

**REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS**



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS

AÑO 9

NÚMERO 9

MÉXICO, 1985

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. José Luis de la Peza, *Rector*
Lic. José Cándano, *Primer Vocal*
Lic. Carlos Mainero, *Segundo Vocal*
Lic. Ramón Sánchez Medal, *Vocal Suplente*

Secretarios:

Lic. Pedro Barrera Ardura, *Secretario General*
Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Secretario Académico*

SIG. TOPOGRÁFICA

No. ADQUISICIÓN

DONACIÓN ()
COMPRA ()

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

CONSEJO EDITORIAL

Consejo Editorial:

Dr. Jorge Adame Goddard, *Director*
Lic. Jaime del Arenal Fenochio
Lic. Juventino V. Castro
Lic. Fauzi Hamdam Amad
Lic. Francisco de Icaza
Lic. Carlos Muggenburg
Lic. Ramón Sánchez Medal

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

© Derechos reservados conforme a la ley. Escuela Libre de Derecho. Dr. Vértiz No. 12, México 06720, D.F.

Certificado de licitud de título No. 092. Certificado de licitud de contenido No. 051. Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación. Reserva de derechos al uso exclusivo del título, No. de inscripción 526-76. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

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

INDICE

PRESENTACIÓN 9

ARTICULOS

JORGE ADAME GODDARD

Iglesia y Estado en México según Justo Sierra 11 ¹⁷⁵⁴

MIGUEL ALESSIO ROBLES

La llamada legitimación de los hijos nacidos fuera de matrimonio y tres errores legislativos en materia de Derecho de Familia 27

HÉCTOR ALVARADO G.

Comentarios en torno al Código Fiscal de la Federación . . . 35

JAVIER ARCE GARGOLLO

Notas sobre el pacto de exclusiva 61

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

Vasconcelos, Herrera y Lasso y la Escuela Libre de Derecho 71

SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA

La descentralización industrial, exigencia mundial 103

MANUEL BECERRA RAMÍREZ

La doctrina latinoamericana acerca de la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 12 de diciembre de 1974 117

JUVENTINO V. CASTRO

Sobre las "inconstitucionalidades" de la Constitución . . . 125

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ	
El Derecho Económico: un asunto para repensar el Derecho	135 ¹⁷⁶²
RAFAEL DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO	
La Capitulación de Santa Fe	155
ANDRÉ DOREMUS. Trad. Jan Meyer	
La muerte de Carl Schmitt: un testigo excepcional	205
WALTER FRISCH PHILIPP	
El registro de acciones y sus efectos	209
RAFAEL GIBERT	
La Escuela de Hinojosa	231
-EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE	
Comentarios sobre algunas de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal	239
FAUZI HAMDAN AMAD	
Análisis de la ley sobre justicia en materia de faltas de policía y buen gobierno del Distrito Federal	253
FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR	
La Codificación civil en México, 1821 - 1884	265
JUSTO NAVA NEGRETE	
El Convenio de París, una utopía para los países en desarrollo (el caso de Latinoamérica)	279
HORACIO RANGEL ORTIZ	
Conceptos fundamentales de la competencia desleal en materia de propiedad industrial.	299
HUMBERTO RUIZ QUIROZ	
Los contratos a favor de tercero	327

RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL	
La responsabilidad civil por los actos ilícitos de los funcionarios públicos.	361

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI	
La ley "se obedece pero no se cumple". En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho Indiano	379 ¹⁷⁷⁴

ENRIQUE TORROELLA DE LA ESTRADA, S. J.	
Apuntes de historia de la Escuela Libre de Derecho	441

GUSTAVO R. VELASCO, MANUEL SÁINZ LARRAÑAGA y JOSÉ ARCE CERVANTES	
La enseñanza del Derecho en la Escuela Libre de México	451

MIGUEL VILLORO TORANZO	
La abogacía ante la Deontología Jurídica	463 ¹⁷⁷¹

DISCURSOS

Discurso pronunciado en la Ceremonia de Apertura del curso escolar 1985-1986 por el SR. LIC. CARLOS COLÍN NÚÑEZ en la Escuela Libre de Derecho, el día 3 de septiembre de 1985	499
--	-----

Discurso pronunciado por el alumno SR. CLAUDIO GONZÁLEZ G., presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1985-1986, el día 3 de septiembre de 1985	503
--	-----

PRESENTACIÓN

Ofrecemos a la comunidad de estudiosos del Derecho un nuevo número de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, que testimonia el esfuerzo de profesores y egresados de la Escuela, así como de distinguidos juristas colaboradores, por servir a México, fomentando la difusión y desarrollo de la ciencia jurídica.

La edición de una revista especializada es fundamentalmente una obra científica. La revista viene a ser el medio por el cual se difunden las reflexiones, opiniones, puntos de vista y juicios que hacen los estudiosos, acerca de los problemas de determinada materia. El trabajo principal no es tanto la impresión y edición de la revista, cuanto el estudio personal de los autores de los artículos que la conforman. La revista tiene la virtud de fomentar ese estudio y difundir sus resultados entre la comunidad científica; logra que el estudio personal, siempre enriquecedor para quien lo hace, se convierta en obra de cultura abierta a todos los hombres.

La aparición ininterrumpida de nuestra Revista, durante nueve años consecutivos, es un signo de que ya cuenta con un equipo de autores más o menos estable, que han encontrado en sus páginas un foro abierto y adecuado para la expresión de sus ideas. Es ya una publicación conocida, y bien acreditada en el medio jurídico mexicano, e incluso apreciada en algunos países extranjeros.

Con el objeto de perfeccionar una labor que ya ha rendido frutos apreciables, la Junta Directiva decidió renovar el Consejo Editorial. La labor del nuevo Consejo consistirá primordialmente en dar una personalidad propia a la Revista, es decir dotarla de unas ciertas características formales que, sin detrimento de la libertad de opinión, que es un valor esencial de nuestra Escuela, aseguren su calidad científica.

Para este número, además de hacerse varios ajustes tipográficos, el Consejo procedió a seleccionar los artículos que se publicarían, con el criterio de mejorar el nivel académico de la Revista, aunque se redujera su número de páginas. También se ha establecido un nuevo sistema de distribución, que permitirá una difusión más amplia, tanto dentro como fuera del país. Sin embargo, por la premura del tiempo,

no se han introducido todos los cambios que parecen convenientes. En breve, el Consejo Editorial dará a conocer los criterios editoriales que haya acordado para los siguientes números.

Antes de terminar esta breve nota quiero recordar que dentro de dos años, en 1987, la Escuela cumplirá setenta y cinco años de vida. No trato de evocar dicho acontecimiento con el simple fin de disponer a una celebración que, obviamente, nos llena de alegría. Procuro, más bien, suscitar el propósito de que se aproveche el aniversario para vigorizar la presencia e influencia de nuestra Escuela en el medio jurídico nacional. A este efecto, mucho podrá contribuir, entre otras cosas, la publicación de estudios jurídicos importantes, como la que se hizo para conmemorar el vigésimo quinto aniversario.

José Luis DE LA PEZA
Rector

IGLESIA Y ESTADO EN MÉXICO SEGÚN JUSTO SIERRA

Jorge ADAME GODDARD.

SUMARIO: *Introducción. 1. La visión de Justo Sierra. 2. Postulados filosóficos y fuentes del pensamiento de Justo Sierra. 3. Apreciación crítica.*

Introducción

El tema de las relaciones de la Iglesia y el Estado en México es un tema difícil de tratar, por el apasionamiento que despierta el recuerdo de las guerras civiles que ha habido entre nosotros por cuestiones religiosas, y también porque al respecto corren muchos prejuicios o ideas preconcebidas que son fruto más bien de las contiendas armadas, principalmente de la Guerra de Reforma, que del estudio y la reflexión. La historiografía mexicana está llena de este tipo de prejuicios, tanto respecto de la Iglesia como respecto del Estado. Para hacer un análisis objetivo de las relaciones entre ambas entidades en México, me parece que es necesaria una labor de determinación y superación de esos prejuicios, gracias a la cual pueda entrarse al análisis de los documentos históricos con posibilidades de mayor comprensión.

Una obra fundamental en la historiografía mexicana moderna es la *Evolución política del pueblo mexicano* de Justo Sierra, de la cual Edmundo O'Gorman opina que fue "la manera más aguda a que pudo llegarse a principios de este siglo en la comprensión del pasado mexicano".¹ Aparte del influjo que ha ejercido esta obra en la historiografía mexicana, debe tenerse en cuenta que las ideas de Sierra sobre la Iglesia y el Estado en México han sido ampliamente difundidas por

¹ La *Evolución política del pueblo mexicano* apareció por vez primera en el libro *México: Su evolución social*, Tomo I, volumen 10., México, 1900-1902, pp. 33-314 (bajo el título *Historia Política*), y tomo II, pp. 415-434 (bajo el título *La era actual*). Luego fue publicado con el nombre que ahora tiene por la Casa de España en México (México, 1940). Al editarse las *Obras Completas del maestro Justo Sierra* por la UNAM en 1948, la *Evolución política del pueblo mexicano*, editada y anotada por Edmundo O'Gorman, integró el tomo XII de esta colección, y luego fue reimpreso separadamente en 1977. En este trabajo se tiene como base el texto de la reimpresión de 1977, al cual remiten las notas. Esta obra se citará en lo sucesivo *Evolución*.

el sistema educativo nacional, del cual él es en gran medida creador. Las obras sobre historia de México que escribió Sierra con fines didácticos,² en lo que se refiere al tema que nos ocupa, contienen las mismas ideas que la *Evolución política*, y fueron difundidas entre alumnos y maestros de la escuela primaria.

Las ideas de Sierra en este punto no son originales, sino las que en general compartió el partido liberal y luego el partido de la Revolución, pero ellas adquirieron en la obra educativa y escrita de Justo Sierra una formulación determinada, ampliamente difundida, que luego es fácil detectar en obras historiográficas, en libros de texto para las escuelas primarias y secundarias, en discursos políticos y aun en las mismas leyes. Es significativo que en los debates del congreso constituyente de 1917 respecto del artículo 130, que regula la situación de la Iglesia en México, los argumentos que usan los diputados en contra de la Iglesia en México son básicamente los que expresó Sierra.³

Dada la trascendencia de la obra de Sierra, me ha parecido conveniente analizar su visión sobre Iglesia y Estado, en México, tal como parece en la *Evolución política*... con el fin de reconsiderarla, para lograr un mejor entendimiento de esta grave cuestión.

1. La visión de Justo Sierra

Con el objeto de mantener el tratamiento histórico que da el autor a la cuestión en esas obras, haré la exposición del punto de vista de Justo Sierra respecto de cada uno de los períodos en que divide la historia de México.

² Los *Elementos de Historia Patria, México*, 1894, en dos volúmenes, destinados al tercero y cuarto años de la instrucción primaria obligatoria. Del primer volumen se conocen ejemplares de 1902 y 1905 que indican ser la séptima edición, aunque son idénticos al original; del segundo volumen hay un ejemplar de 1912 que indica ser la quinta edición, pero también idéntico al original; de cada una de estas ediciones se anuncian diez mil ejemplares de ambos volúmenes. En 1926 la Secretaría de Educación Pública editó los dos volúmenes en un solo tomo, que luego se reprodujo en las *Obras Completas*, T. IX, pp. 291-390. El *Catecismo de Historia Patria*, redactado para los grados inferiores de la educación primaria, fue editado pero dado su carácter de texto oficial en la enseñanza pública, seguramente tuvo por vez primera en 1894. Se conocen ediciones de 1896 y 1904, pero dado su carácter de texto oficial en la enseñanza pública, seguramente tuvo numerosas y abundantes ediciones. Se reprodujo en las *Obras Completas*, T. IX, pp. 392-420.

³ Pueden verse las intervenciones de los diputados González Galindo, Pastrana Jaimes, José José Álvarez, Palavicini, Múgica, a propósito del debate del artículo 130 constitucional en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. VIII, México, 1967.

a) "Las civilizaciones aborígenes y la Conquista"

Sierra no duda en calificar la civilización maya como una "teocracia", es decir como civilización en que la ciencia, el arte, la moral, la organización social y aun el gobierno dependen de la religión.⁴ De esta circunstancia se deriva que la "clase sacerdotal" adquiere gran importancia. "Sin el sacerdocio —llega a decir— no habría habido civilizaciones americanas". El cacique o jefe político tiene que ser aliado de esa clase; es visto como "hijo de dios" o "dios".⁵

La civilización nahoá también se caracteriza por la "preponderancia del sacerdocio", por "el despotismo teocrático ejercido sobre millares de seres humanos apenas vestidos y alimentados...".⁶ Los mexicas lo gran cambiar un gobierno originalmente teocrático por "una especie de monarquía electiva",⁷ a partir de la cual se establece y organiza el imperio. Pero posteriormente, bajo Moctezuma II, el "imperio militar" tórnase una "teocracia"; sin embargo, esta evolución no resulta muy clara, pues considera Justo Sierra que, ya en época de Moctezuma I, el pueblo era esclavo de los sacerdotes y que la guerra dependía de la religión, cosa esta en verdad incompatible con la noción de un imperio militar.

Las religiones de los pueblos prehispánicos parten del culto a los muertos, "suben al culto de los antepasados", que luego se convierte en un culto "ilimitado de la naturaleza", el cual, por la tendencia a la unidad característica de la inteligencia humana, se encamina al culto de un alma o un dios superior, del cual dependen los demás dioses, y finalmente llega a la concepción de un dios único. La religión de los nahoas llegó a definir un dios superior, aunque no un dios único.⁸ El juicio que le merecen estas religiones no está enunciado expresamente, pero puede inferirse de otras afirmaciones: son religiones que dan lugar a un "despotismo" o "tiranía" sacerdotal, por lo que puede concluirse que son enemigas de la libertad; considera también que son religiones inferiores al cristianismo, como se puede entender de su afirmación de que Moctezuma II fue "el vencido de Cristo"⁹ o de la afirmación de que si los toltecas hubieran tenido, entre otras cosas, una religión superior que afirmara que "Dios es bueno" y "el hombre sagrado para el hombre" (ambas verdades cristianas), habrían mantenido su dominio en la altiplanicie y Cortés no habría podido derrotarlos.¹⁰

⁴ *Evolución*, p. 16.

⁵ *Evolución*, p. 17.

⁶ *Evolución*, p. 29.

⁷ *Evolución*, p. 37.

⁸ *Evolución*, p. 25.

⁹ *Evolución*, p. 50.

¹⁰ *Evolución*, p. 30.

Es característico de Justo Sierra explicar las concepciones religiosas prehispánicas acudiendo a terminología y concepciones cristianas; así habla del "bautismo y confesión mayas",¹¹ asimila los profetas a los brujos y hechiceros;¹² llama "vicario de dios" a Ilhuicamina,¹³ David a Netzahualcōyotl y Salomón a Netzahualpilli,¹⁴ y acerca los sacrificios humanos al sacrificio eucarístico, al decir que esa "costumbre ritual", repugnante y atroz como ninguna, estaba informada por el mismo anhelo que movía los ágapes eucarísticos de las pristinas comuniones cristianas".¹⁵

El descubrimiento de América, desde el punto de vista de los españoles, dice Sierra, era un "galardón providencial a sus empeños por la cruz",¹⁶ y da a entender que con este punto de vista los conquistadores, movidos principalmente por la fiebre de oro, justificaban la violencia que ejercían sobre los indígenas y esperaban confiadamente la salvación eterna.¹⁷

b) El periodo colonial y la Independencia

Hecha la conquista por las armas, era necesario que entre conquistadores y vencidos se estableciese un vínculo de unión que permitiera la paz. Tal vínculo, en opinión de Sierra, fue el cristianismo, por lo que no duda en llamar "pacificadores" a los primeros predicadores de la fe cristiana. Tiene frases de elogio para Zumárraga, Quiroga y, principalmente, para Las Casas, cuyas gestiones en favor de los indios aminoraron la brutalidad de los conquistadores. Afirma que clérigos como éstos "reconcilian a la historia... con la cristianización de los americanos llevada a cabo por España, aun cuando su antecedente forzoso haya sido la conquista con todas sus violencias y horrores".¹⁸ La razón de este juicio es que la cristianización de los indígenas los preservó de ser exterminados y los puso "en la ruta que debía conducirlos a la solidaridad con el mundo de la civilización".¹⁹

A la primera generación de "apóstoles" sucedió otra que se encontró, dice Sierra, con una población aborígen ya cristianizada, por lo que los clérigos, frailes y seculares, sólo tuvieron que administrar rutinariamente la obra realizada por los precursores. De predicadores se convirtieron en "explotadores" de la familia indígena, condenándola, por

¹¹ *Evolución*, p. 15.

¹² *Evolución*, p. 17.

¹³ *Evolución*, p. 39.

¹⁴ *Evolución*, p. 47.

¹⁵ *Evolución*, p. 32.

¹⁶ *Evolución*, p. 47.

¹⁷ *Evolución*, pp. 48 y 61.

¹⁸ *Evolución*, p. 75.

¹⁹ *Evolución*, pp. 82 p 84.

la organización canónica, a "eterna minoría" de edad.²⁰ Por otra parte, la Compañía de Jesús llega a "gobernar casi exclusivamente la clase ilustrada de la Nueva España".²¹ La Iglesia fue consiguiendo así la "dominación social" y una gran riqueza económica, por lo que se convirtió en aliada del poder temporal: tuvo que darse una transacción entre pacificadores y conquistadores, que consistió en dejar al indio (fuerza de trabajo) sometido a la Iglesia, a cambio de quedar ésta bajo la vigilancia del poder civil.²²

Según este esquema, el Rey tiene el control efectivo de la Iglesia, garantizado por los derechos inherentes al Regio Patronato Indiano, los cuales dejan intactas "las cuestiones dogmáticas y de disciplina superior". Tales derechos eran: "cesión de los diezmos... en cambio de ciertas obligaciones pecuniarias del Estado para con la Iglesia; necesidad del permiso de la autoridad para exigir obispados y parroquias, para edificar iglesias, monasterios y hospitales, y para poder penetrar los frailes o los clérigos en las colonias; nombramientos de obispos que solían funcionar, como el señor Zumárraga, antes de que el Papa confirmarse su elección; determinación de los límites de las diócesis, presentación para todo beneficio eclesiástico (de obispo a sacristán); facultad de reprender y castigar a los servidores de la Iglesia y de detener la acción de los tribunales eclesiásticos; necesidad del consentimiento (*placet*) del monarca para ejecutar las órdenes del Pontífice; competencia para resolver dudas y controversias eclesiásticas..." Todas estas supuestas facultades del monarca indican "la supremacía del rey sobre la Iglesia de las Indias", por lo que Sierra dice que el rey en realidad era un "pontífice sustituto".²³

No obstante, la Iglesia adquirió una gran riqueza económica, lo que le permitía de hecho gobernar en Nueva España; "si el monarca la gobernaba, ella gobernaba de hecho las Indias". El gobierno virreinal (el "Estado", dice impropiamente Sierra) le estaba subordinado. El rey la dejaba mandar, porque se dio cuenta que la dominación española era aborrecida por las masas populares, y que sólo la aceptaban "en la forma de gobierno supremo de la Iglesia". Como hechos fundantes de esta afirmación aduce el tumulto popular contra el Virrey Diego Carrillo Mendoza, conde de Priego, y a favor del arzobispo, y el motín popular en la ciudad de México en 1692, que fue calmado por la intervención de clérigos seculares y frailes. La Iglesia, por lo tanto, más que el Virrey, es el *instrumentum regni*, el brazo del reino.²⁴ El complemento eficaz de este sistema de dominación política es la

²⁰ *Evolución*, pp. 88 y 96.

²¹ *Evolución*, p. 91.

²² *Evolución*, p. 102.

²³ *Evolución*, pp. 114-115.

²⁴ *Evolución*, pp. 116-117.

Inquisición, cuyo papel consistió en impedir el nacimiento del "espíritu científico".²⁵

La Iglesia domina la sociedad civil, que pretende organizar como una "teocracia".²⁶ Su inmenso poder representa un problema para el gobierno civil, por lo cual los monarcas borbones procurarán destruirlo paulatinamente. Es cierto que parte de las riquezas de la Iglesia se destinan a socorrer a los pobres, a obras de beneficencia y de enseñanza, o en préstamos ventajosos para el gobierno o particulares, pero la concentración de la riqueza "estancada y aumentada indefinidamente en manos de una corporación" constituía un problema político: el poder que tenía la Iglesia, y otro económico: la escasez de riqueza circulante.²⁷ Por eso era necesario que los reyes procedieran, como los borbones, a la disminución paulatina de dicho poder. En esta perspectiva se mira la expulsión de los jesuitas por Carlos III.

En relación a la Independencia, Sierra opina que "la consumó" la Iglesia con el fin de defender sus propiedades del anticlericalismo gaudiano.²⁸ Lo realmente importante para la historia patria fue el movimiento insurgente; con él nació la patria mexicana; fue Hidalgo quien "la engendró".²⁹ En la insurgencia hay muchos clérigos, procedentes del "clero bajo"; "ellos eran los más resentidos contra el alto clero", opuesto a la Insurgencia, como lo demuestra en su opinión el decreto de excomunión pronunciado por Abad y Queipo y el proceso canónico contra Hidalgo.³⁰

c) La República

En este libro tercero de su obra, el más extenso, Justo Sierra considera la problemática entre la Iglesia y el Estado, especialmente grave en el siglo XIX, como una consecuencia de las relaciones que ambas sociedades tuvieron en la época colonial y, sobre todo, como una consecuencia de la Independencia política de México.

La Iglesia había prestado durante el siglo XVI el servicio de la evangelización de los indígenas, entendida como su incorporación a la civilización, pero luego se había convertido en su principal enemiga en tanto que los mantenía sometidos para beneficio propio y del poder real. La Iglesia no tuvo durante los siglos XVII y XVIII más función acumular una gran riqueza, devino una potencia económica y, por ende, que la de ser el instrumento de gobierno del rey, pero como llegó a

²⁵ *Evolución*, p. 125; cfr. p. 91.

²⁶ *Evolución*, p. 106.

²⁷ *Evolución*, p. 116.

²⁸ *Evolución*, pp. 116 y 166.

²⁹ *Evolución*, p. 150. Los trescientos años de vida novohispana no fueron más que el periodo de gestación de la patria, p. 173.

³⁰ *Evolución*, pp. 151-152.

política, que era necesario debilitar para poder establecer un gobierno civil. Conseguida la Independencia, a cuya consumación contribuye eficazmente la Iglesia, nace la "patria" mexicana, pero su representante, el flamante gobierno civil, no puede actuar con libertad ante una Iglesia, poderosa que, además, no reconoce que el gobierno mexicano tenga las prerrogativas para controlarla (el regio patronato) que tenía el monarca español. A la luz de este planteamiento, entiende la llamada Reforma como "una empresa de emancipación, consecuencia forzosa de la obra de los grandes insurgentes de 1810"; éstos habían conseguido la emancipación política, los reformistas trataban de "destruir el régimen colonial en lo que más hondas raíces había echado en la sociedad, en la tutela indiscutida de la Iglesia; se trataba, en una palabra, de convertir en sociedad laica a la sociedad mexicana".³¹

El Estado o sociedad "laicos" eran para Justo Sierra una necesidad histórica. Esta idea es la fundamental en su concepción sobre la relaciones Iglesia y Estado. Al hablar de las civilizaciones prehispánicas, las juzga como "teocracias", controladas por un grupo sacerdotal, aliado del poder político, que explota los naturales sentimientos religiosos del pueblo; la vida novohispánica es otra "teocracia", si bien organizada en torno a una religión superior, el cristianismo, por lo que significó un progreso en relación a las teocracias prehispánicas, pero a fin de cuentas una teocracia que tenía que ser liquidada por una nueva obra emancipadora que suprimiría todas las "supersticiones" y que estará confiada "a la ciencia, a la escuela, al maestro".³² Esta idea de la necesaria evolución hacia el Estado laico, fue la principal razón que expuso Sierra para justificar las Leyes de Reforma: la razón que apoyaba y justificaba al gobierno, dice, "era eminentemente política, no era jurídica; sus fundamentos no estaban en los cánones ni en los códigos: estaban en la necesidad de vivir del Estado", el cual tendería "con propensión irresistible" a consolidarse como único poder soberano.³³ La más clara formulación de esta idea la presenta en el siguiente párrafo:³⁴

la evolución de la República hacia el completo dominio de sí misma, hacia la plena institución del Estado laico, tenía un obstáculo insuperable: la Iglesia constituida en potencia territorial y espiritual al mismo tiempo: sobre lo espiritual nada podía el Estado, sobre lo material sí; desarmó a su gran adversario de su poder territorial y pasó. Esto era fatal; era necesario: en política la necesidad es la ley, es el criterio de lo justo y de lo injusto.

³¹ *Evolución*, pp. 204-205.

³² *Evolución*, p. 84. Ver p. 242, donde dice que la Iglesia procuraba mantener la "superstición religiosa".

³³ *Evolución*, p. 274.

³⁴ *Evolución*, pp. 298-299.

En esta evolución hacia el Estado laico, la Iglesia es vista como un obstáculo, en tanto que es entendida como un grupo de poder. El Estado, representante de la soberanía nacional, no podía subsistir "con otro Estado dentro, oficialmente reconocido, cuyo jefe era un príncipe extranjero, el Papa".³⁵ El "Estado eclesiástico" tenía que someterse al "Estado político".³⁶ Para esto, era necesario confiscar los bienes de la Iglesia; sólo así podría evitarse la influencia "perniciosa" del clero y conseguirse la supresión de los privilegios eclesiásticos, para alcanzar la sociedad laica y democrática, que es el objetivo histórico del pueblo mexicano, y para cuya consecución todo medio es lícito (la "necesidad es la ley"). Las fundamentaciones jurídica y económica de la nacionalización de bienes eclesiásticos son realmente secundarias; la primera es que los bienes eclesiásticos no eran de propiedad particular, sino corporativa, por lo cual estaban sujetos a "condiciones especiales que el Estado tenía derecho de dictar o de modificar en provecho de la comunidad"; además, que los bienes eclesiásticos se habían adquirido principalmente por donaciones del soberano o autorizadas por el soberano, y las donaciones son siempre revocables. La fundamentación económica era que mientras los bienes de manos muertas no encontrasen en circulación, "la fortuna pública no podía crecer".³⁷

La Reforma, declara Sierra en repetidas ocasiones, no es un movimiento antirreligioso: no interviene ni en los dogmas ni en la vida interior de la Iglesia.³⁸ Lo único que pretende es controlar su disciplina externa, con el objeto de garantizar la libertad de conciencia a cada mexicano.

Ante el movimiento progresista de la Reforma, el "clero" reacciona para defender "sus privilegios".³⁹ Es notable que Sierra utiliza la palabra "clero" con sentido peyorativo para designar a los agentes de la reacción, y en especial para referirse al "alto clero", es decir a los obispos; con este recurso logra dirigir sus críticas a un grupo de personas determinado, pero queda latente al lector la posibilidad de atribuir las a la Iglesia en su conjunto. También es característica su distinción entre "bajo" y "alto" clero, que introduce por vez primera en el capítulo relativo a la Independencia con el fin de distinguir los eclesiásticos que apoyaron la Insurgencia de los que combatieron; con igual finalidad la usa respecto de la Reforma: en el "bajo clero" "hervían las

³⁵ *Evolución*, p. 205.

³⁶ *Evolución*, p. 274.

³⁷ *Evolución*, p. 242. Para Sierra era "evidente" que el gobierno mexicano no podía alegar ser heredero del regio patronato indiano, concedido por el Papa a los monarcas españoles; pero era "poco menos" que evidente o, en el peor de los casos, "controvertible", que el Rey, y luego el Estado, podían retirar los privilegios que habían concedido a la Iglesia, en compensación de ese patronato, y revocar las donaciones que habían hecho.

³⁸ *Evolución*, pp. 20, 304 y 342.

³⁹ *Evolución*, pp. 204, 237, 271, 305.

ideas reformistas y liberales", mientras que el "alto clero" estaba "resuelto a defender sus privilegios".⁴⁰

Para defenderse, el clero se alía con los militares, "como que eran las clases privilegiadas".⁴¹ De esta alianza resultan los gobiernos reaccionarios de Bustamante y Santa Anna. El clero entra "de lleno" al terreno político para apoyar la última administración santanista, merced al influjo que ejerció Alamán,⁴² luego apoyará la revolución de Comonfort, el Plan de Tacubaya y la Intervención francesa, con funestos resultados. El apoyo consiste en poner a disposición del bando político el dinero y recursos de la Iglesia, así como su influencia social. Sierra opina que el clero "explotó" a favor de un bando político los sentimientos religiosos del pueblo: llamaba a Miramón "el hombre de la Providencia", celebraba con *Te Deum* las victorias de los conservadores y la llegada de los imperialistas.⁴³ Especialmente dolorosa fue la condena de la Constitución de 57 y de la obra reformista hecha por Pío IX: "Jamás, ni cuando nos negó el derecho a ser independientes, había hecho resonar en nuestro país la Iglesia una voz más dura, más preñada de dolor y de muerte".⁴⁴

Con esta actitud, el "clero" había convertido la guerra civil en una guerra religiosa, "y toda la organización eclesiástica, con el supremo jerarca a su cabeza, y todos los dogmas, hasta el fundamental de la existencia de Dios, y todos los temores, desde el temor del infierno hasta el patíbulo, fueron hacinados en formidable bastilla para reparo del tesoro de la Iglesia".⁴⁵

Finalmente, la Reforma fue impuesta y el partido reaccionario derrotado. La actitud partidaria del clero lo hizo merecedor de castigo: represalias fueron la desamortización, las leyes de Reforma y la expulsión de los obispos.⁴⁶ El partido vencedor, el partido liberal, así como su programa político, la Constitución de 57 y las leyes de Reforma se convierten, a los ojos de Justo Sierra, en la encarnación de la "patria". Ésta había nacido en el movimiento insurgente, y ahora alcanzaba la mayoría de edad gracias al triunfo del partido liberal. En ese momento, comenta Sierra, "La República fue entonces la nación; con excepciones ignoradas, todos asistieron al triunfo, todos comprendieron que había un hecho definitivamente consumado, que se habían realizado conquistas que serían eternas en la historia, que la Reforma, la República y la patria resultaban, desde aquel instante, la misma cosa y que no había más que una bandera nacional, la Constitución de Cincuenta

⁴⁰ *Evolución*, p. 204.

⁴¹ *Evolución*, p. 208.

⁴² *Evolución*, p. 265.

⁴³ *Evolución*, pp. 293, 294, 298, 328.

⁴⁴ *Evolución*, p. 280.

⁴⁵ *Evolución*, p. 305.

⁴⁶ *Evolución*, pp. 265, 297, 298, 310.

y Siete; bajo ella todos volvieron a ser ciudadanos, a ser mexicanos, a ser libres".⁴⁷ A partir de entonces el ideal común de los mexicanos es "realizar la ley".

Con esta idea se enlaza la teoría de Justo Sierra acerca de las "revoluciones" en la historia de México. La primera fue la revolución de independencia, que sirvió para que el país se emancipara de la dominación política española, y la segunda la de la Reforma, que sirvió para emanciparse del régimen colonial, transformando la sociedad por la supresión de los privilegios, la distribución de la riqueza inmóvil, la regeneración del trabajo, y la creación plena de una "conciencia nacional" para así lograr el establecimiento de un "régimen de libertad".⁴⁸ Después, agregaría que el gobierno de Porfirio Díaz ha constituido una tercera etapa definitiva en la evolución de México, al haber hecho posible la paz, gracias a la cual nació "nuestra personalidad internacional".⁴⁹ La historiografía oficial posrevolucionaria insistiría en este esquema de Sierra, pero poniendo la Revolución de 1910 como tercer movimiento constitutivo de la nacionalidad mexicana.

En la *Evolución política* . . . , Sierra no hace consideración alguna sobre las relaciones de la Iglesia y el Estado en la época de paz del gobierno porfiriano. Sin embargo, en su ensayo titulado *México, social y político*,⁵⁰ publicado en 1889, once años antes que la primera, hace algunas observaciones interesantes al respecto. El partido reaccionario, y en él entiéndase incluida la Iglesia, ha aceptado la Reforma, opina Sierra, como un hecho consumado; a esto ha contribuido eficazmente la política del Primado, Pelagio Antonio de Labastida y Dávalos. Al aceptar el nuevo régimen, el partido reaccionario ha quedado totalmente extinguido. Sin embargo, conviene que el conjunto de derechos de la Iglesia "suprimidos con perfecta razón y con plena justicia desde el punto de vista sociológico, pero con enorme inconsecuencia desde el punto de vista filosófico" renazcan más tarde; "no se trata de una extinción, sino de una suspensión, destinada a desaparecer cuando las causas complejas que la motivaron hayan desaparecido". Esa reparación del derecho puede conseguirse en nombre de las libertades constitucionales: "en nombre de la libertad de asociarse para la comunidad religiosa; en nombre de la libertad de transitar, para los hábitos sacerdotales; en nombre de la libertad de conciencia, para las manifestaciones del culto".⁵¹ Reconoce que liberalismo y catolicismo son "antagónicos", pero que es posible encontrar, como en Estados Unidos, un *modus vivendi* para mantener la paz, en el que los católicos respeten

⁴⁷ *Evolución*, p. 359. Ver también pp. 323, 305.

⁴⁸ *Evolución*, pp. 250, 251.

⁴⁹ *Evolución*, p. 398.

⁵⁰ Publicado en *Obras completas del maestro Justo Sierra*, IX, México, UNAM, 1948.

⁵¹ *México social y político*, pp. 160-161.

el régimen liberal y el catolicismo "se limite a su papel de elemento supremo de conservación social".⁵²

2. Postulados filosóficos y fuentes del pensamiento de Justo Sierra

La obra analizada no contiene aparato crítico, por lo que no es posible detectar cuáles son las fuentes directas de sus afirmaciones. Según O'Gorman, su principal fuente informativa fue *México a través de los siglos*,⁵³ pero me parece que más importante, por el momento, es conocer cuáles fueron las fuentes de sus postulados filosóficos, que son los que en buena medida determinan su análisis de los documentos históricos. No cabe decir que Sierra fue un positivista, que no tuvo apego a filosofía alguna, pues, aparte de que el positivismo implica ciertas posiciones filosóficas, principalmente en el campo de la teoría del conocimiento, Sierra mismo acogió esa doctrina con muchas reservas, como él mismo declaraba en 1874: "partidarios ardientes del método positivista en la enseñanza, no lo somos de la filosofía de la Escuela. Creemos en la existencia del espíritu".⁵⁴ Para poder individualizar los principios filosóficos en que se inspira la interpretación de Sierra, me ha parecido conveniente hacer una síntesis de las principales afirmaciones y juicios de Sierra sobre el tema, de acuerdo a la exposición que se ha hecho de su pensamiento en el epígrafe 2 de este trabajo.

a) Las civilizaciones prehispánicas constituyen verdaderas "teocracias", dominadas por el grupo sacerdotal, aliado o confundido con los jefes políticos y militares.

b) La cristianización produce un progreso al principio, en tanto que pone a los indígenas en contacto con la "civilización".

c) Durante los siglos XVII y XVIII, la Iglesia se convierte en el instrumento por medio del cual el monarca español gobierna y explota a los indígenas; en compensación de este servicio, el monarca deja que la Iglesia gobierne en Indias y se enriquezca desmesuradamente, pero en todo caso el rey mantiene su soberanía sobre la Iglesia, por virtud de los derechos inherentes al Regio Patronato.

d) En el siglo XVIII, las riquezas acumuladas por la Iglesia llegan a representar un obstáculo para el predominio del gobierno civil, por lo cual los monarcas borbones inician una política tendente al debilitamiento del "poder" de la Iglesia, que constituye el antecedente de la Reforma. De esta manera se inicia el proceso para liquidar la "teocracia" que ejercía la Iglesia en México.

⁵² *Ibidem*, p. 5.

⁵³ Prólogo a *Evolución*, p. 5.

⁵⁴ Yáñez, Agustín, *Don Justo Sierra. Su vida, sus ideas y su obra*, México, UNAM, 1950, p. 190. En lo sucesivo se citará YÁÑEZ.

e) Con el movimiento insurgente comienza propiamente la historia de México, la verdadera historia patria. El conflicto entre el Estado y la Iglesia que se plantea ya en los primeros días de vida independiente es la pugna entre un movimiento progresista, tendente a la constitución de un Estado democrático y laico, y el movimiento retardatario, encabezado por el clero y secundado por las clases privilegiadas del antiguo régimen, tendente a conservar los bienes y privilegios del clero y sus aliados, es decir un movimiento que quiere conservar la organización teocrática de la vida civil.

f) En esta pugna, el movimiento progresista es identificado con la patria, por lo que el movimiento reaccionario queda descalificado como antipatriótico.

g) La Reforma no es anticristiana, ni se mete con el dogma o con la vida interna de la Iglesia; lo único que pretende es controlar la disciplina externa, para hacer posible la vigencia del Estado laico que garantiza la libertad de conciencia individual. Cuando el "clero" declara que el partido liberal hace guerra a la religión, no hace más que explotar los sentimientos religiosos del pueblo con el objeto de defender sus riquezas.

h) Hecha la paz con el triunfo del partido progresista, el Estado podrá ser tolerante con la Iglesia, y establecerse entre ambas entidades un *modus vivendi*, siempre que la Iglesia se mantenga dentro de los límites legales que fije el gobierno.

En estas afirmaciones parece claro que están implícitas las siguientes concepciones filosóficas:

a) La llamada ley de los tres estadios de A. Comte, que señala que en la evolución histórica, que marcha definitivamente en sentido progresivo siempre, hay tres grandes etapas: la teocrática, la metafísica y la positiva. En la visión histórica de Sierra, la época prehispánica y la novohispánica corresponden a la primera etapa; los años combativos del partido liberal son lo etapa metafísica, y la consolidación del gobierno porfiriano constituye la última etapa.

Relacionadas con la adhesión que Sierra presta a esta filosofía de la historia se encuentran: b) la fe en el Estado laico y democrático, como punto culminante de la evolución política, y c) la identificación de tal forma política, y de los movimientos que a ella condujeron, con la patria.

Es también determinante en la visión de Justo Sierra, d) el concepto que tiene de la Iglesia. Ésa se compone únicamente de los sacerdotes, o, por usar su expresión favorita, del "clero"; su misión es manifiestamente política, terrenal, por lo que, o domina al poder político (como ocurre en las teocracias), o es dominada por él (como sucede en el Estado laico); entre estos dos extremos puede darse una variedad de situaciones intermedias de lucha o alianza temporales.

Respecto de las fuentes de donde proceden esas nociones fundamentales de Justo Sierra, no estoy en posibilidad de explicarlas con detalle, pero se pueden dar algunas referencias que ayudarán a situar a Sierra dentro de las corrientes contemporáneas del pensamiento occidental. Según se desprende de su biografía escrita por Agustín Yáñez,⁵⁵ los años en que vivió en la ciudad de México, después de la muerte de su padre (1861), en casa de su padrino Luis Méndez Echazarreta, fueron decisivos para su formación intelectual. El padrino, que contaba con 29 años, era y siempre lo fue, un hombre conservador, católico. Inscribió a Justo, que entonces apenas tenía trece años, en el Liceo Franco Mexicano, donde tuvo a la mano *Le Journal des Débats*, y donde se aficionó a Renán y a Strauss, "con sobresalto de la piadosa madre".⁵⁶ Hacia el año de 1861 asiste a la cámara de diputados, y entra en contacto con Ignacio Manuel Altamirano, quien le parece ser alguno de los personajes de *Los Girondinos* de Lamartine, obra que por aquellos días, confiesa el mismo Sierra, "devoraba".⁵⁷

Terminada la instrucción elemental en el Liceo Franco Mexicano, Sierra ingresó al Colegio de San Ildefonso, en el año de 1863, el año de la Intervención francesa, contra la cual reacciona abiertamente. Cuando llegaron Carlota y Maximiliano a la ciudad de México (1864), él estaba en el grupo de estudiantes que en la plaza principal gritaban "¡muera los mochos!". En el mismo año Sierra profirió el grito "¡muera el Papa!", en la capilla del colegio, mientras se celebraba la misa diaria obligatoria.⁵⁸ En la *Disertación sobre "El Matrimonio", leída en la noche del día 9 de agosto de 1865 en la Academia de Derecho Natural del Colegio Nacional de San Ildefonso...*,⁵⁹ el primero de sus trabajos en prosa, presenta algunos de los postulados fundamentales de su pensamiento, que lo seguirán inspirando en sus obras sucesivas. En lo relativo a las relaciones Iglesia-Estado, ya aparece una de sus ideas dominantes, la "tendencia del clero en subyugar al Estado"; contaba entonces diecisiete años.

Junto con Altamirano fundó el 5 de mayo de 1870 la Sociedad de Libres Pensadores, cuyo presidente honorario era Victor Hugo, a quien Sierra llamó el "divino forjador".⁶⁰ Sierra nunca fue ateo, sino más bien un hombre, a su manera, religioso. Su educación familiar fue cristiana, principalmente la que le infundió su madre, quien, lo confiesa él

⁵⁵ Ver nota anterior.

⁵⁶ YÁÑEZ, p. 35.

⁵⁷ Citado por YÁÑEZ, p. 35.

⁵⁸ YÁÑEZ, p. 37.

⁵⁹ YÁÑEZ, cita este manuscrito (p. 37), indica su contenido y anuncia que formaría parte del tomo XV de las *Obras Completas* de Justo Sierra, pero dicho tomo no llegó a publicarse, por lo que el manuscrito permanece inédito. Ver Mantecón, Ignacio, et al., *Bibliografía general de don Justo Sierra*, México, UNAM, 1969, página 9.

⁶⁰ YÁÑEZ, pp. 35 y 47.

mismo, lo crió "en la creencia en lo sobrenatural como en lo más natural del mundo".⁶¹ Su religiosidad, una vez que rompió con el dogma y culto católicos, la orienta por la ciencia, la patria o la humanidad, siguiendo en esto, según parece, a Renan y a Compté. Varias veces declara que cree en Dios, pero la religión consiste para él principalmente en un "sentimiento" interior, que se experimenta individualmente, y que no tiene necesidad de manifestaciones comunitarias.⁶² De esta suerte concilia su política de laicismo educativo con su religiosidad privada.⁶³ Sin embargo, se casa sacramentalmente ante la Iglesia, su mujer es católica practicante, y lo mismo su hija Concha.⁶⁴

3. *Apreciación crítica*

Las opiniones de Sierra sobre las relaciones de la Iglesia y el Estado en México dependen de su aceptación de ciertos postulados filosóficos, que son los que pretendo aquí enjuiciar sumariamente. También sería conveniente, en otro trabajo, hacer una valoración de la realidad histórica de algunas de sus afirmaciones, como la de que la Iglesia detentaba la tercera parte de la riqueza nacional al iniciarse la vida mexicana independiente.

La fe que tiene Sierra en el progreso perpetuo de la historia, compartida por muchos pensadores del siglo XIX, hoy, después de las dos guerras mundiales y con la amenaza de una guerra nuclear, ya no puede sostenerse y, en general, ha sido rechazada por la Filosofía de la Historia contemporánea, más bien de corte pesimista. Como consecuencia debe rechazarse el juicio de identificar al partido o facción vencedora políticamente en un periodo determinado con el partido del progreso o, lo que es todavía más peligroso desde el punto de vista de la libertad, de identificarlo con la "patria". Este tipo de juicio, que en México se expresa en la conocida idea lanzada por Sierra de que el país es el resultado de la Insurgencia, la Reforma y la Revolución, es parcial porque sólo toma en cuenta como indicador de la bondad de un movimiento histórico el hecho de que haya prevalecido, sin tener en cuenta que su misma prevalencia puede ser un signo de descomposición, como, por ejemplo, la militarización de la vida pública romana a lo largo del siglo III fue un signo de la descomposición política que desembocó en el Imperio burocrático y absolutista de los siglos IV y V. Juicios de esa clase, inspirados en la ingenua fe en el progreso irremediable, de hecho, han servido para justificar regímenes políticos que se presentan

⁶¹ YÁÑEZ, pp. 185, 186.

⁶² YÁÑEZ, pp. 46, 47, 61.

⁶³ YÁÑEZ, p. 186.

⁶⁴ YÁÑEZ, pp. 55, 61, 210.

les hizo ver como enemigos de la libertad a todos los grupos sociales individualista del hombre, propia de los liberales del siglo pasado, que so, lo entorpece. Late en el fondo de este pensamiento la concepción por consecuencia, rechazan como antipatriótico todo lo que se les oponga. Por lo tanto, decir que la Iglesia ha desempeñado en México un papel antinacional o antipatriota, porque se opuso a la Reforma o a la Revolución, es hacer un juicio parcial, que depende de la identificación del país o de la patria con la facción política dominante, y que se sustenta en la insostenible fe en el progreso. Para hacer un juicio objetivo al respecto, hace falta ponderar lo que tuvieron para México de positivo y negativo la Reforma y la Revolución, y la incidencia que en ambos aspectos tuvo el papel de la Iglesia. ¿Estaremos hoy ya a suficiente distancia histórica para poder hacerlo? Me parece que no, máxime que tenemos un gobierno que se dice heredero de la Reforma y encarnación de la Revolución, por lo que conviene abstenerse de pronunciar juicios de carácter general al respecto, e ir desarrollando estudios monográficos sobre relaciones de la Iglesia y el Estado en México en los diversos momentos históricos y en los diversos aspectos que ellas comprenden.

El concepto que tiene Sierra de la Iglesia, el de una clase sacerdotal o "clero" que explota los sentimientos religiosos del pueblo para particular provecho económico y político, concepto común a muchos penla libertad personal, que, en vez de aprovechar al sentimiento religioso-sadores racionalistas, depende, en cierta parte, de su misma religiosidad individualista. Al considerar que la religión es sólo un sentimiento, que cada quien puede objetivar con absoluta libertad, es natural que concluya que toda organización social de la religión es un modo de limitar que se interpusieran entre el individuo y el Estado. Hoy, este punto como el culmen de la evolución histórica del país que gobiernan y que, de vista individualista del hombre está superado, y más bien se insiste en el aspecto social de la persona humana, por lo que no hay inconveniente alguno para reconocer que las personas, así como tienen derecho para asociarse libremente en empresas, sindicatos, o partidos políticos, lo tienen para asociarse en comunidades religiosas, que se establecen, como cualquiera otra asociación, para beneficio común de los asociados. Esto se complementa con la doctrina sobre la Iglesia dada por el Concilio Vaticano II, en la cual, sin desconocer la organización jerárquica necesaria, se insiste que ella es pueblo de Dios, es decir compuesta de religiosos, sacerdotes, obispos y mayoritariamente de seglares, con lo cual se viene a impedir la aceptación de la idea, que tanto maneja Sierra, de que la Iglesia es el "clero". De acuerdo con estas ideas, el juicio de que la reacción de la Iglesia ante la Reforma fue para defender los intereses del clero, tiene que corregirse. La Iglesia defendió, por medio de los preladados mexicanos principalmente, sus derechos y propiedades, con lo cual defendía los intereses del pueblo

católico. Podrán criticarse la forma, los medios o la eficacia de esa defensa, pero hacerlo era no sólo lícito, sino incluso obligatorio para esas autoridades, como lo sería para los jefes de cualquier asociación que se viera atacada. Me parece que es acertada, sin embargo, la crítica que hace Sierra al hecho de que los obispos mexicanos cometieron un error al vincular la suerte de la Iglesia con la de un partido político; esto lo reconocieron las propias autoridades eclesiásticas, al aprobar, en el V Concilio Provincial Mexicano, celebrado en 1891, la norma de que los clérigos se abstuvieran de participar directa y activamente en política.

La concepción de la Iglesia como una organización que busca el poder, como un Estado de carácter transnacional, depende también de que Sierra, como en general los pensadores del siglo XVIII y XIX, desconocen la fundamental distinción entre *potestas*, poder socialmente reconocido, y *auctoritas*, saber socialmente reconocido. Podrá no tenerse fe en el origen, constitución y misión sobrenatural de la Iglesia, pero por la simple observación natural es posible reconocer que la Iglesia es una institución dedicada a la difusión de un saber, el Evangelio, por conducto de medios aptos para ello. Desde este punto de vista natural, la misión de la Iglesia es similar a la de la Universidad, y al igual que ésta, requiere autonomía del poder político, para poder enseñar lo que considera verdadero y no, como resultaría de su dependencia del poder político, lo que considere en cada momento conveniente. Esta independencia del Estado, también es exigida en razón de la libertad: la alianza de un determinado saber con el órgano que tiene el monopolio de la fuerza pública, da lugar a que dicho saber pueda ser impuesto, en vez de libremente aceptado, gracias a la amenaza de la coacción pública directa o indirecta. De aquí puede verse que la exigencia de independencia del poder político que reclama la Iglesia, y en lo cual no han cejado las autoridades eclesiásticas mexicanas, no puede interpretarse como un artificio para que luego la Iglesia domine al Estado, sino como la defensa de un derecho inherente a toda asociación dedicada a la difusión de un saber, que es también una garantía de la libertad de conciencia de todos.

Para terminar quiero citar las palabras que Justo Sierra dirigió a su maestro Ignacio M. Altamirano cuando el primero explicaba su discrepancia respecto de las ideas liberales "puras" que sustentaba el segundo, y que igualmente pueden dirigirse a Sierra para explicar nuestra discrepancia:⁶⁵

decirlo que la reforma, que la libertad y que la patria misma: la Hay una cosa superior a nuestros afectos y más grande, no vacilo en verdad.

LA LLAMADA LEGITIMACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO Y TRES ERRORES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

Miguel ALESSIO ROBLES

I

Nuestra legislación civil se ha venido conformando bajo el manto de tradiciones históricas que tuvieron fundamentos sociales y filosóficos que no corresponden, en algunos casos, a la realidad social a que actualmente está destinada en nuestro país. En el Derecho Mexicano de Familia, las fuentes históricas seguidas inexorablemente por nuestros legisladores vieron sus primeros efectos prácticos modernos en la Francia del Primer Cónsul hace más de un siglo; ello ha obligado a la modificación sucesiva, parcial y, en ocasiones limitada, de nuestro Código Civil.

Una de las tradiciones históricas que ya no fueron adoptadas por el legislador del Código Civil de 1928-1932, fue la que concebía distintos efectos y tratos civiles y sociales para los hijos antiguamente llamados naturales. Se consideró que el origen filial de unos y otros no debía acarrearles diferencias en cuanto a derechos civiles, tales como el derecho de heredar a los ascendientes y demás familiares o el derecho a recibir alimentos, ya que la busca de las últimas consecuencias de la realidad social destinada a ser regulada normativamente, enseñaba que no eran los hijos quienes debían sufrir las consecuencias de un hecho en el que en forma alguna había intervenido, desde luego, su voluntad y su capacidad de discernir sobre la conveniencia o inconveniencia de la relación marital de sus padres, quienes por otro lado tenían la libertad de adoptar la norma religiosa y de trato social del matrimonio acogida por el derecho, la de vivir en forma marital o concubinato también regulada jurídicamente en cuanto a ciertos efectos, tener relaciones con el único propósito de engendrar un hijo, o bien, engendrarlo sin voluntad. El informe de la Comisión Redactora y Revisora del Proyecto del Código Civil, señala: "Por lo que toca a los hijos, se comenzó a borrar la odiosa diferencia entre los hijos le-

gítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen, ...".¹ Independientemente de la terminología que utilizó la Comisión, es evidente que al legislar con esos fundamentos se tuvo de cerca el encuentro de los primeros principios y últimas consecuencias de derecho, es decir, de justicia y equidad y, por tanto, del bien común, ya que la protección de la persona humana a lo largo de su vida, fundamentalmente en sus primeros años y, en última instancia, la protección de la vida, son sin lugar a dudas los valores supremos de la axiología jurídica.

No se eliminó, sin embargo, la figura jurídica de la llamada legitimación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, por la cual éstos se consideran nacidos dentro del matrimonio, cumpliéndose los siguientes requisitos: ser reconocidos por sus padres y que éstos contraigan matrimonio, aún inclusive en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio que fueren, además, adulterinos o incestuosos, tal y como se desprende de los artículos 255 y 256, que no hacen ninguna distinción, ratificándose lo anterior por el hecho de que en el capítulo correspondiente a la "legitimación" se eliminó esta limitación que se establecía en el artículo 328 del Código Civil de 1884.

Surge, sin embargo, la interrogante que lleva a establecer si la figura que se comenta debe mantenerse como reguladora de una realidad social en la que aparentemente ya no encuadra. En efecto, si tanto los hijos nacidos del matrimonio, como los nacidos fuera de él, tienen los mismos derechos civiles, ¿cuál es la razón de que se mantenga tal institución dentro del Derecho Positivo?

Es evidente que en legislaciones pasadas, cuando no existió tal equiparación de derechos, la llamada legitimación de los hijos nacidos fuera de matrimonio otorgaba a éstos una última esperanza de adquirir los derechos que tiene un hijo de matrimonio. En todo caso, el concepto "legitimación" es erróneo porque no se encuadra dentro de la ley a tales menores por la actualización de las hipótesis normativas, ni se vuelven legítimos sus derechos; prueba de ello es el hecho de que el legislador de 28 haya eliminado también los conceptos de los hijos legítimos y de hijos naturales que fueron considerados oprobiosos.

A este respecto, el maestro Rojina Villegas señaló como un acierto que unió justificadamente el derecho natural con el positivo, la equiparación de los derechos civiles de los hijos, tanto de matrimonio como de los antiguamente llamados naturales. "El fomento de las uniones

¹ Página 6 de dicho Informe.

matrimoniales nunca debe implicar un régimen de injusticia para admitir distinciones odiosas, ... Por ello, el sistema mexicano a través de la Ley de Relaciones Familiares y después en el Código Civil vigente, lleva a cabo una absoluta equiparación de hijos naturales y legítimos, en todos los derechos y obligaciones ...".² Sin embargo, el maestro citado, al hablar de los caracteres éticos del derecho de familia, señala que en la legitimación se encuentra el empeño del legislador para que los beneficios de aquélla se extiendan a los concebidos o a los hijos fallecidos que hubieren dejado descendencia,³ sin mencionar cuáles son esos beneficios.

A reserva de efectuar un estudio más profundo sobre la figura que se comenta, sobre todo en relación con la llamada por la doctrina "Legitimación por Ministerio de Ley" prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil, consideramos de suma importancia señalar tres casos en los que por errores legislativos existen aparentes diferencias entre los efectos civiles de un tipo de filiación y otro, los que también en forma aparente se traducirían en justificantes de la llamada legitimación de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

II

El artículo 470 autoriza al ascendiente que sobreviva de los dos que en grado ejerzan la patria potestad, a nombrar en su testamento un tutor para aquellos menores sobre quienes la ejerzan, remitiendo para tal efecto al artículo 414, que por su parte habla de los grados en que se debe ejercer aquélla, enumerando a los padres, abuelos paternos y maternos, pero refiriéndose sólo a los hijos nacidos de matrimonio.

De la interpretación literal de la primera de las disposiciones citadas y de la ausencia de otra norma que prevea la facultad para que quienes ejercen la patria potestad respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio puedan nombrarles tutor testamentario, parece que la intención del legislador fue la de privar a los ascendientes de hijos nacidos fuera de matrimonio, del derecho de nombrar tutor testamentario para dichos menores y en tal caso existiría entonces una diferencia aun cuando mínima entre los efectos civiles de ambos tipos de filiación y se justificaría por tanto la figura de la legitimación para conceder a los padres o demás ascendientes tal derecho.

Tal interpretación sería errónea ya que tendría base en un evidente error legislativo, provocado por la práctica todavía vigente de legislar al través de copias a ordenamientos jurídicos que regulan relaciones

² Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Familia, p. 607.

³ Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Familia, p. 33.

sociales que no encuadran dentro de aquellas que corresponden a nuestra filosofía social.

De una interpretación integral de todos los preceptos relativos a la tutela testamentaria resulta claramente que no fue ésta la intención del legislador, sino por el contrario, la de conceder a todas aquellas personas que en grado ejercen individualmente la patria potestad, el derecho de hacer tal nombramiento. En efecto, en primer término, el legislador concedió tal derecho, inclusive a aquella persona que en forma individual ejercen sobre el menor la patria potestad por virtud de vínculo de la filiación civil (artículo 481), con mayor razón debe entenderse que aquellos ascendientes que ejercen la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen también ese derecho; en segundo término, parece claro que si la intención del legislador fue la de eliminar cualquier clase de diferencias entre los hijos nacidos fuera de él, con mayor razón fue su intención la de permitir que los ascendientes de estos últimos tuvieran la posibilidad de sustituir la patria potestad que los demás ascendientes pudieran ejercer, por la protección derivada de la tutela, que ejercería una persona de su confianza, figura que está regulada de una forma más firme por la legislación civil y constituye por ende una mejor guarda de la persona y bienes del incapaz.⁴

Lo anterior queda ratificado por el hecho de que el artículo 475 otorga a los padres que en forma individual ejerzan la tutela sobre sus hijos mayores de edad en estado de interdicción por incapacidad intelectual, el derecho a nombrar tutor testamentario, sin distinguir si se trata de padres de hijos de matrimonio o nacidos fuera de él.

III

Otra aparente diferencia entre los dos tipos de filiación que venimos tratando es la que deriva de la reforma al artículo 418 del Código Civil. Dicho precepto establecía antes de dicha reforma lo siguiente:

"A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414". Esta disposición revelaba nuevamente la justificada intención de evitar cualquier diferencia entre un tipo de filiación y otra, y, además, era congruente con la estructura legislativa que sigue el Código, que a partir del artículo 415 hasta el 418, regula el ejercicio de la patria potestad con respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

⁴ Ver Ignacio Galindo Garfias. *Derecho Civil*, p. 685.

Sin embargo, con motivo de las reformas del Código Civil por efecto del llamado movimiento de equiparación de derechos civiles entre el hombre y la mujer, el legislador indebidamente reformó algunas de las disposiciones del derecho de familia, ya que por un lado no logró variar la realidad social que el derecho debe en todo caso regular y no dirigir,⁵ y por el otro, con falta de técnica legislativa varió otras disposiciones, incluyendo algo nuevo y justo, pero suprimiendo indebidamente contenidos de preceptos que debían persistir, como es el caso del artículo que se comenta.

En efecto, intentando suprimir la jerarquía de grados entre ascendientes de segundo grado que tienen derecho a ejercer la patria potestad a falta de progenitores, el legislador reformó el artículo 418 que quedó redactado de la siguiente forma: "A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".⁶ El objeto de la reforma es justificado porque no existía razón alguna para mantener los grados que enumera el artículo 414, siendo también más justo en ese caso eliminar diferencias civiles entre sexos y más positivo para el menor cuyos intereses se tratan de proteger, el que sea el juez quien decida cuál o cuáles de los ascendientes de los padres y del menor debían ejercer ese cargo tomando en cuenta las circunstancias del caso. Pero no obstante lo afortunado de la reforma, el legislador cometió el grave error a que más adelante se hará referencia, producto de la irritante práctica de legislar al vapor, dejando de ejercer la función correspondiente, convirtiéndose el órgano legislativo en un tramitador de iniciativas presidenciales y como consecuencia, por ese solo hecho, en un órgano de menor jerarquía al administrativo.

Como ha quedado señalado, el artículo 418, antes de la reforma, establecía, en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la posibilidad de que sus abuelos ejercieran la patria potestad tal y como lo establece el artículo 414 para el caso de los hijos nacidos de matrimonio. Al suprimirse, por virtud de la reforma tal disposición, aparentemente se privó a los mencionados ascendientes en segundo grado del derecho de ejercer tal cargo, lo que evidentemente resulta contrario a principios de derecho natural que determina la obligación y el derecho de los ascendientes de educar, corregir y cuidar de sus descendientes en el grado mencionado.

⁵ Ver el *Derecho de Familia en México*, Ramón Sánchez Medel.

⁶ *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1974, en vigor 60 días después.

Como puede claramente observarse, el legislador no se percató de que el artículo que reformaba tenía el objeto de equiparar los efectos civiles de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio con los de la filiación de los hijos nacidos de éste, otorgando también el derecho y la obligación de ejercer la patria potestad sobre aquéllos a sus abuelos. Eliminada así desafortunadamente esa disposición, queda al intérprete de la ley el considerar si dichos ascendientes deben y pueden entrar al ejercicio de ese cargo cuando faltan los padres, y nosotros consideramos por lo anotado anteriormente que a pesar de lo erróneo de la forma en que la modificación se realizó debe entenderse que los abuelos de los hijos nacidos fuera de matrimonio sí están facultados y obligados a ejercer la patria potestad a falta de padres, debiendo designar el juez a cuál o a cuáles de dichos ascendientes paternos o maternos corresponderá el ejercicio de ese cargo, atendiendo a las características de cada caso especial, ya que no sólo fue clara la intención del legislador de 28 de hacer la equiparación de que venimos hablando, sino que también debe considerarse que donde existió la misma razón debió existir la misma consideración. El legislador, por tanto, debió añadir lo que incluyó en el artículo 418, en el 414 y adicionar en aquél, manteniendo su antiguo texto, las palabras "... tomándose en cuenta lo dispuesto en el último párrafo de dicho artículo".

Al no existir en nuestro concepto la diferencia a que aparentemente dio lugar el legislador con dicha reforma, tampoco existe justificación alguna, desde el punto de vista de los efectos civiles, de mantener la antigua figura de la legitimación, que en forma alguna varía la situación de los ascendientes de los hijos nacidos fuera de matrimonio dentro del *status familiar*.

IV

El último caso que aparentemente justifica la existencia de la legitimación de los hijos nacidos fuera de matrimonio es el que se presenta al establecer quiénes ejercen la patria potestad de éstos cuando los padres han reconocido al hijo sucesivamente y no viven juntos.

De la simple lectura de los artículos 380 y 381 del Código Civil, en relación con los artículos 415 y, sobre todo, con el 416, se desprende irremediabilmente una diferencia entre los efectos civiles derivados de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio y la de los hijos nacidos fuera de él, ya que es indudable el hecho de que respecto a los primeros, ambos padres ejercen la patria potestad aun cuando vivan separados sin disolver el vínculo, en cambio estas disposiciones señalan, interpretadas integralmente, que la patria potestad la ejercerá úni-

camente el primero que los haya reconocido y sólo cuando éste, por cualquier causa hubiere dejado de ejercerla, entrará a ejercerla el otro progenitor.

La duda que salta sobre esta diferencia nos lleva a analizar los antecedentes de estas disposiciones. Remitirse a los derechos francés y español de donde se copiaron, máxime que en este último continúan vigentes, en materia de derecho de familia, instituciones de derecho canónico,⁷ resulta estéril por el cambio de pensamiento en relación con este punto ocurrido a partir de la Ley de Relaciones Familiares, y por ese motivo se pone de relieve la falta de uniformidad para legislar cuando han cambiado los fundamentos sociales y morales que soportan las normas jurídicas. Lo anterior nos lleva a realizar un análisis práctico sobre la justificación de otorgar el ejercicio de la patria potestad al progenitor que primero haya reconocido al menor en las circunstancias apuntadas.

Si ésta fuera la interpretación definitiva que debe hacerse, resulta también claro que los padres del progenitor que reconoció en segundo término, no podrán entrar al ejercicio de la patria potestad cuando ambos progenitores falten.

La patria potestad es un cargo civil de ejercicio obligatorio establecido para regular la guarda de la persona y de los bienes de un menor de edad y entraña, con respecto a la guarda de la persona, diversas obligaciones de tipo moral que el derecho ha adoptado para dar un contenido obligatorio a la institución, aun cuando el incumplimiento de éstas difícilmente pueda sancionarse. Así es difícil entender cómo un Juez de lo Familiar puede obligar a un padre a educar convenientemente a su hijo, o a corregirlo mesuradamente, sin privarlo del ejercicio de la patria potestad, o recurriendo a organismos públicos existentes pero estériles.

Por otro lado, el hecho de que una persona reconozca a su hijo no trae aparejada exclusivamente la obligación de darle alimentos o eventualmente el derecho recíproco de heredar, sino que implica también a los derechos que derivan de la patria potestad; es indudable que de interpretarse literalmente las disposiciones que se comentan, se propiciaría la posibilidad de que el progenitor que tiene intención de reconocer a un hijo que previamente ha sido reconocido por el otro progenitor que no vive con él, deje de hacerlo por el hecho de que este reconocimiento le traería aparejadas únicamente obligaciones, sin los derechos que corresponden a quien ejerce la patria potestad y sin las

⁷ Ver a este respecto José Castán Tobefías. Derecho Civil Español Común y Tomo V. Vol. 1, y José Ma. Castán Vázquez| La Patria Potestad.

compensaciones establecidas por el cumplimiento de la obligación alimentaria, o por el solo ejercicio de la patria potestad como es el caso del usufructo legal, lo que no corresponde a los naturales fines de la institución.

Consideramos que los antiguos obstáculos sociales han sido definitivamente superados y sólo se requiere adecuar nuestro derecho positivo a sus actuales fundamentos sociales y morales que son más justos y benéficos para el menor y constituyen por ende el mejor camino para lograr el bien común, en última instancia el primer principio del derecho.

Los artículos 380 y 381 hablan originalmente de patria potestad; al reformarse estas disposiciones en el año de 1971 para adecuarlas en su redacción a la creación de los Juzgados de lo Familiar, se cambió dicho concepto por el de "custodia". La razón que tuvo el legislador para reformar en este sentido las mencionadas disposiciones tuvo que ser en el sentido de equiparar los efectos de ambas formas de filiación, ya que no puede pensarse que cometió un error de copia. La exposición de motivos nada dice y pudiera considerarse que por este hecho y en virtud de que los artículos 415 y 416 no fueron reformados en el mismo sentido, el legislador asimiló la custodia a la patria potestad.⁸ Sin embargo, por lo obvio de la reforma, nosotros consideramos con Galindo Garfias,⁹ que dicha reforma tuvo por objeto el privar exclusivamente de la custodia al padre que reconoció posteriormente, pero no de los derechos y obligaciones que derivan de la patria potestad, lo que resulta en términos generales más justo y acorde con los fundamentos sociales y morales que soportan estas normas jurídicas.

De esta forma podemos concluir que tampoco en el caso comentado en este inciso resulta diferencia en los efectos civiles de ambas clases de filiación, ya que la confusión nace exclusivamente de la falta de técnica legislativa. Esperamos confiadamente que tanto en este caso, como en los anteriores, los argumentos esgrimidos sean suficientes para en alguna forma ayudar a esclarecer los errores legislativos comentados.

⁸ Ver la Patria Potestad, José Ángel Villalobos, Tesis profesional E. L. D.

⁹ *Op. cit.*, p. 666.

COMENTARIOS EN TORNO AL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN *

Héctor ALVARADO G.

I. Recursos administrativos

Después de haber comentado sobre los recursos administrativos, en su aspecto teórico (ver Notas sobre los recursos administrativos, en Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, 1982, año 6º, n° 6, p. 491), vamos a hacer un somero análisis de algunas disposiciones del Código Fiscal de la Federación, relativas a los recursos establecidos en el mismo.

Enumeración

El Código Fiscal, al parecer, solamente enumera tres recursos, a saber: a) revocación, b) oposición al procedimiento administrativo de ejecución y c) nulidad de notificaciones. (Artículo 116). Sin embargo, en otros artículos se habla de inconformidades y de excepciones, que deben tramitarse como auténticos recursos, los cuales, tal vez, deberían haberse incluido como tales en el Código (v.gr., artículos 51, 54, 149); a no ser que: 1) no sean auténticos recursos; 2) la autoridad que conoce de los mismos no pretenda que las resoluciones dictadas en ellos (los últimos) no tengan o no produzcan las consecuencias de toda resolución dictada en recurso administrativo; 3) las resoluciones (objeto de inconformidad o de excepción) técnica y legalmente no sean recurribles (como lo ha estimado así correctamente el poder judicial de la federación).

Términos y formalidades

El recurso debe interponerse por escrito. La regla general establece que se presente ante la autoridad emisora o ante la ejecutora, dentro

* Plática dada al Colegio de Notarios del Estado de Chiapas los días 29 y 30 de septiembre de 1983.

de los cuarenta y cinco días siguientes a la fecha en que haya surtido efectos su notificación (según reforma de 1983).

Cuando un particular (contribuyente, debería decir el Código) haya sido afectado por un acto o por una resolución administrativos y falleciere dentro del plazo antes indicado (de 45 días), el término se suspenderá hasta un año, para el caso de que antes no hubiera aceptado su cargo el representante de la sucesión. El Código supone (prevé) aquí la posibilidad de proceder administrativamente en contra de la sucesión de algún contribuyente; sin embargo, no aclara, por ejemplo, qué persona debe considerarse para él como el representante de una sucesión.

Lo relativo a sucesiones es de carácter local (estatal). Por lo mismo, legalmente deberá estarse, en su caso, a lo dispuesto en cada código civil (de cada estado) o en defecto del mismo, a lo dispuesto en el Código Civil aplicable federalmente.

La sucesión del contribuyente, para los efectos fiscales y administrativos consiguientes, debe considerarse como un sujeto (deudor) diverso del particular (contribuyente) afectado. Por lo mismo, para que la sucesión quede también afectada, no basta que se haya notificado el acto o la resolución administrativos al particular; es necesario que se notifiquen los mismos, legal y debidamente a la sucesión, para que le puedan afectar legalmente (en cumplimiento a lo ordenado en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política Federal).

Los recursos administrativos solamente pueden ser interpuestos por los propios particulares afectados o por sus representantes legales (debidamente acreditados). Los representantes de personas físicas sólo pueden serlo licenciados en derecho (disposición ésta que tiene visos de carácter anticonstitucional).

El escrito en que se interponga un recurso debe cumplir los requisitos formales establecidos en el Código (artículos 18 y 122) y al mismo se deben acompañar los documentos precisados (artículo 123). La ley aclara que deben acompañarse también, por regla general, las pruebas documentales que se ofrezcan y los dictámenes periciales que se rindan, en su caso. Las pruebas que no se acompañen (fuera de los casos de excepción) se tendrán por no ofrecidas (en el recurso respectivo).

Procedencia y reglas

Los recursos proceden en contra de los actos administrativos dictados en materia fiscal federal que se precisan en el Código (artículos

117, 118 y 119). La interposición de la revocación es optativa para el interesado, antes de acudir al Tribunal Fiscal de la Federación. Los demás recursos deben agotarse previamente, antes de acudir, en su caso, al juicio ante el Tribunal Fiscal.

Cada recurso tiene reglas propias detalladas en la misma ley (artículos 125 a 129).

Trámite y resolución

En los recursos son admisibles todas las pruebas, con excepción de la testimonial y de la confesional de las autoridades (mediante la absolución de posiciones). Es admisible la petición de informes a las autoridades sobre hechos que consten en sus expedientes (constancias-documentos). Se pueden aceptar pruebas supervenientes, siempre que no se haya dictado resolución en el recurso.

Para el código hacen prueba plena: a) la confesión expresa del recurrente; b) las presunciones legales que no admitan prueba en contrario; c) por regla general, los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos.

En relación con lo anterior conviene tener presente que las autoridades administrativas, además del deber de fundar y motivar (debidamente, adecuada y suficientemente) sus resoluciones (actos), deben respetar la garantía de audiencia reconocida por la constitución política federal en favor de todos los administrados. La autoridad, para determinar que las presunciones o las afirmaciones señaladas por la ley hacen prueba plena en un caso concreto, debe respetar las garantías de audiencia y legalidad (seguridad jurídica) reconocidas por la constitución federal.

Esto mismo debe aplicarse a lo relativo a la valoración y a la apreciación de las pruebas ofrecidas en los recursos administrativos.

La autoridad que conoce de un recurso administrativo debe dictar la resolución final y notificarla al recurrente en un término que no debe exceder de cuatro meses contados a partir de la fecha de interposición del recurso respectivo. La falta de resolución (silencio de la autoridad) significará la confirmación del acto impugnado.

Esta disposición tiene íntima relación con la relativa a la extinción (caducidad) de las facultades de las autoridades administrativas-fiscales.

Las resoluciones dictadas en los recursos, en aclaración y complemento a lo expresado por el Código, deben estar (debidamente, adecuada y suficientemente) fundadas y motivadas (razonadas).

La resolución que se dicte en el recurso (finalidad del recurso) puede: a) desechar el recurso por improcedente; b) mandar reponer el procedimiento administrativo (tanto el de determinación como el de ejecución, lógicamente); c) confirmar el acto impugnado; d) dejar sin efectos el acto impugnado; e) modificar el acto impugnado; f) dictar un nuevo acto que sustituya al acto impugnado (cuando el recurso sea favorable —parcial o totalmente— al recurrente) (Artículo 133).

La resolución que ponga fin al recurso deberá expresar, en su caso, con claridad, los actos que se modifiquen y si la modificación es parcial, deberá indicar el monto del crédito fiscal correspondiente. (Artículo 132, *in fine*).

Creo que en el caso hay falta de una adecuada y correcta técnica legislativa (en este punto concreto). Vale hacer los comentarios expresados al respecto (finalidad de los recursos) en la parte teórica. El Código pudo haber establecido, como finalidades de los recursos, la confirmación y la anulación del acto y añadir sólo la facultad de la autoridad (para los casos de anulación) de dictar el nuevo acto sustitutivo del anulado.

El Código fiscal hace ahora (1983) un añadido (artículo 133 *in fine*). Cuando la resolución final dictada en un recurso ordene realizar un determinado acto o iniciar la reposición del procedimiento administrativo, ello deberá cumplirse en un plazo de cuatro meses (del cual no se determina en qué fecha debe contarse su inicio legal), aún cuando haya transcurrido el plazo de cinco años establecido para la extinción (caducidad) de las facultades de las autoridades fiscales establecido en el artículo 67.

Esta disposición (artículo 133 *in fine*), junto con la contenida en el antes mencionado artículo 131, tienen íntima relación, repito, con lo establecido para la extinción —caducidad— de las facultades de las autoridades (artículo 67).

Conviene analizar someramente, a la luz de los criterios expresados y establecidos en la parte teórica de los recursos administrativos, la redacción actual del Código Fiscal al respecto. Se establece que las facultades de las autoridades se extinguen en el plazo de cinco años, contados a partir de las fechas que se precisan en los tres diversos apartados (I-II-III) contenidos en el artículo (67). Hasta aquí no hay objeción alguna. Después del apartado III, el Código establece que el plazo (de cinco años) señalado no está sujeto a interrupción; sin embargo, inmediatamente, añade a ahora (1983) que dicho plazo sólo se suspenderá cuando se interponga algún recurso administrativo o juicio.

Recordemos que el artículo 88 del anterior código, al hablar de la extinción, originalmente decía que el plazo de cinco años no estaba

sujeto a interrupción ni a suspensión alguna. Lo cual era y sigue siendo lo correcto. Este artículo fue sucesivamente modificado. Luego, al ser expedido el nuevo código fiscal, se estableció de nuevo la figura de la extinción (caducidad) en el señalado artículo 67, mismo que ya ha sido modificado y que en su texto actual señala lo indicado.

La no suspensión del plazo de extinción es correcta. La interrupción del plazo cuando se interpone un juicio y se obtiene la suspensión de la ejecución del acto impugnado también es correcta. Sin embargo, no es correcto (legal-justo-constitucional) establecer que el plazo se suspende cuando se interpone algún recurso administrativo o cuando se interpone un juicio y no se haya obtenido la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

A lo expresado en la parte teórica pueden añadirse estos otros argumentos. Cuando se interpone un recurso administrativo (aún cuando dentro del mismo se conceda la suspensión del procedimiento de ejecución), que debe resolver la propia autoridad que emitió el acto o una dependencia jerárquica superior o conexas (desde el punto de vista administrativo), la indebida tardanza en resolver si es un acto imputable a la propia autoridad; es decir, si la autoridad revisora no dicta oportunamente la resolución respectiva, es manifiesto que sí le es imputable la demora. Precisamente la institución de la prescripción fiscal extintiva (extinción-caducidad) tiene por objeto evitar la incertidumbre e inseguridad jurídica, apoyándose en el transcurso de cierto tiempo y en la inacción del acreedor (fisco). No puede decirse que esté *sub-judice* una cuestión cuando lo único que falta es la decisión de una de las partes de la relación jurídico tributaria, es decir, de la autoridad administrativa misma. (Ver ejecutoria dictada el día 9 de agosto de 1983 en el DA-1113/82 por el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa).

Resolución negativa ficta (resolución confirmatoria ficta).

La abstención de una autoridad (silencio de la autoridad) de resolver un recurso significa, para la ley, que el acto recurrido ha sido confirmado. El recurrente puede, en dicho caso, esperar a que la autoridad dicte la resolución final expresa en el recurso o bien impugnar en cualquier tiempo (lógicamente, después de transcurrido el plazo de cuatro meses señalado en el artículo 131) la presunta confirmación del acto recurrido.

La presunción anterior también opera en el caso de instancias o peticiones presentadas a la autoridades fiscales por los particulares-con-

tribuyentes (artículo 37). En este caso la ley sí habla de resolución negativa (ficta).

Las resoluciones fictas (confirmatorias o negativas) son impugnables, por regla general, ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

Casos de inconformidades y excepciones

a) Cuando alguna autoridad fiscal, al ejercer facultades de comprobación, conozca de hechos o de omisiones que puedan entrañar incumplimiento de disposiciones fiscales, debe darlos a conocer al contribuyente o al responsable solidario, por medio de oficio. Si el contribuyente o el responsable solidario no se inconforman en contra de los hechos o de las omisiones o no ofrecen pruebas para desvirtuarlos, los mismos se les tendrán por aceptados.

El oficio (enviado para dar a conocer los hechos o las omisiones), sin embargo, no constituye resolución fiscal (artículo 51).

Cabe preguntarse si la inconformidad señalada (establecida) por el Código es un auténtico recurso administrativo o no lo es. Según la exposición hecha en la parte teórica, los recursos sólo proceden en contra de resoluciones (actos) fiscales (finales); criterio que se encuentra apoyado en resoluciones dictadas por el poder judicial de la federación. Como en este caso no se trata de una resolución fiscal, puede concluirse que la inconformidad prevista no es un recurso administrativo (desde el punto de vista técnico).

b) Cuando alguna autoridad fiscal, al practicar una visita domiciliaria, conozca de hechos o de omisiones (antes indicadas), aunque no lo señala expresamente la ley, debe darlos a conocer al visitado (antes de concluir la visita (artículo 51).

El visitado que no esté conforme con los hechos u omisiones, con los hechos contenidos en las actas (final-complementarias) o con *ambos*, puede inconformarse en contra de los mismos. Los hechos no recurridos o respecto de los cuales no se ofrezcan pruebas, se tendrán por aceptados (artículo 54).

Además de lo expresado en el punto anterior, cabe añadir que, en un recurso, lo impugnable no son los hechos, sino las resoluciones (actos) de autoridades administrativas (competentes). Debe decirse también que los visitadores no son autoridades competentes para dictar resoluciones fiscales (finales); por lo mismo, las actas que levanten ellos (técnica y legalmente) no son recurribles (tal como también lo ha corroborado el poder judicial federal).

El código restringe, indebidamente en este caso, las pruebas que pue-

de ofrecer el inconforme, al establecer (tácticamente) que sólo pueden ofrecerse pruebas documentales. (artículo 54).

c) En los casos de adeudos garantizados con prenda o con hipoteca, de adeudos por alimentos, de adeudos por salarios o por sueldos devengados en el último año de trabajo, de adeudos por indemnizaciones laborales, se tiene preferencia (en el pago) sobre el fiscal federal. Las personas que tengan tal preferencia deben hacer valer la excepción correspondiente. El código fiscal no aclara, sin embargo, cómo debe hacerse valer dicha excepción. Tal parece que la excepción debe (puede) hacerse valer dentro o con motivo del recurso de oposición (artículos 118, 128, 149).

d) Al designarse bienes para embargo, puede resultar que se oponga a la práctica del embargo un tercero, basándose en que tiene el dominio sobre ellos. (No se trata, al parecer, del mismo caso de la oposición al procedimiento administrativo de ejecución.)

Si, al designarse bienes para embargo, se opone un tercero, mediante prueba documental suficiente, a juicio del ejecutor, el embargo no se practica. En este caso debe dictarse una resolución, (sin que el código precise por quién, si por el ejecutor o por la oficina ejecutora), la cual tiene el carácter de provisional y la que debe ser siempre sometida a ratificación. (El código no dice tampoco a cargo de quién corre la ratificación. De lo preceptuado por la ley, parece que puede deducirse que la resolución debe ser dictada por el ejecutor y debe ser ratificada por la oficina ejecutora (artículo 158).

Si, a juicio de la oficina, las pruebas no son suficientes, ordenará al ejecutor que continúe la diligencia y en caso de embargarse bienes, se debe notificar al interesado que puede hacerse valer (ahora sí) la oposición al procedimiento de ejecución.

e) Otros casos son los previstos por los artículos 144 (suspensión del procedimiento administrativo de ejecución) y 175 (avalúo de bienes embargados objeto de remate).

II. Cuestiones relativas a disposiciones generales fiscales. Aclaraciones

En materia fiscal federal existe el código fiscal de la federación y las leyes que establecen los diferentes tributos o contribuciones que puede cobrar el estado federal mexicano.

El código fiscal no establece contribución alguna. Da normas generales en relación a las diferentes clases de ingresos a que tiene derecho la federación mexicana; aclara conceptos (términos -figuras- instituciones) que se utilizan con una connotación propia (y exclusiva) de la materia tributaria; establece los deberes —genéricamente— de los contribuyentes; señala las facultades de la administración pública para

verificar y comprobar el cumplimiento de los deberes a cargo de los contribuyentes, así como la forma y el tiempo en que pueden y deben hacerlo; establece los castigos y las sanciones que pueden imponer las autoridades (administrativas y judiciales) a las personas que dejan de cumplir sus deberes fiscales; establece los medios que pueden usar los contribuyentes para defenderse de decisiones indebidas de las autoridades y señala cómo pueden las autoridades fiscales hacer efectivos los créditos fiscales; entre otras circunstancias.

Es decir, el código fiscal, establece normas de carácter general, en contraposición de las leyes tributarias, que detallan cada uno de los ingresos fiscales y que establecen, entre otros, la clase de ingreso, las personas obligadas a pagarlo, los casos en que debe pagarse, la forma y tiempo de pago; la cantidad (por ciento) a pagar; fundamentalmente.

Por razones de tiempo y de orden, en esta ocasión solamente analizaré algunos de los puntos más relevantes del código fiscal, para tomarlos en su caso como normas o principios de carácter general, aplicables con posterioridad (en cada ocasión concreta, en su caso) a las leyes tributarias específicas.

Conceptos generales

Para poder analizar los puntos a tratar, conviene tener presente el alcance que da el código fiscal a ciertos conceptos o términos usados en él y en la legislación tributaria federal.

Las personas físicas y las jurídicas tienen el deber de contribuir a los gastos públicos (del estado federal mexicano); es decir, la federación mexicana tiene derecho a percibir diferentes clases de ingresos. Los ingresos federales más importantes son las llamadas contribuciones o tributos. Las clases más importantes de contribuciones son los impuestos, las aportaciones de seguridad social, los derechos, los accesorios de los anteriores (ingresos). Además de las contribuciones, la federación percibe también los llamados aprovechamientos y los productos. Para poder cobrar contribuciones, las mismas deben estar establecidas expresamente en la ley vigente y aplicable al caso.

El código fiscal establece que, para la materia tributaria, debe entenderse como domicilio (fiscal) el local, en que se encuentre el principal asiento de los negocios, el local que se utilice como base fija para el desempeño de las actividades propias o el lugar donde se tenga el principal asiento de las actividades, (tratándose de personas físicas).

¿Qué entiende el código por local? Todo hace suponer (hay indicios legales que veremos más adelante) que por local debe entenderse edi-

ficación, edificio, construcción o casa (indistintamente). La regulación específica sobre domicilio fiscal de las personas físicas que establece el código puede producir algunos problemas en la práctica. Uno de ellos puede ser el relativo al caso de una personas física que utilice varios locales para sus negocios o actividades. De la redacción del código podría desprenderse que, cuando una misma persona física utiliza diversos locales para el desarrollo de sus actividades, solamente debe considerarse como domicilio fiscal aquél en el cual se encuentre el principal asiento de negocios o de actividades, o el que se utilice como base fija para el desempeño de las mismas. La interpretación lógica-gramatical de los preceptos legales permite llegar, en principio, a esta conclusión.

En materia fiscal, en los plazos fijados en días, no se cuentan los inhábiles. En los plazos señalados como periodos, v. gr., meses, se computan todos los días. Cuando el último día de un plazo sea inhábil, el término se prorroga hasta el siguiente día hábil.

Las autoridades fiscales solamente pueden practicar diligencias en días y horas hábiles. Las horas hábiles son las comprendidas entre las 7:30 y las 18:00 horas. En casos excepcionales, se pueden habilitar días y horas inhábiles.

El concepto de enajenación de bienes, para la legislación fiscal, es distinto del tradicional (civil o mercantil) (artículo 14). La ley tiene también su concepto propio de las figuras de arrendamiento financiero y de actividades empresariales (para los efectos fiscales) (artículos 15 y 16).

Cuestiones sobre derechos y deberes de los contribuyentes

Los contribuyentes deben pagar sus contribuciones en los plazos que señalan las leyes fiscales respectivas. Las contribuciones no pagadas en tiempo generan recargos. Las contribuciones pagadas extemporáneamente, en forma espontánea, causan un recargo máximo del 100% de su monto. Si las contribuciones se pagan extemporáneamente, por determinación de las autoridades fiscales, los recargos pueden llegar hasta el 250% de su monto; además de que el contribuyente puede hacerse acreedor a sanciones pecuniarias por su falta de pago oportuno (artículo 21).

Existe la posibilidad (como veremos después) de utilizar, en forma simultánea, la vía administrativa y la vía judicial para el cobro de contribuciones y de accesorios no pagados en tiempo por los contribuyentes.

Los contribuyentes tienen derecho a solicitar la devolución de las cantidades pagadas indebidamente. La autoridad puede hacer la devo-

lución de oficio (si se da cuenta, por ejemplo, de que el contribuyente hizo el pago indebido — lo cual nunca sucede en la práctica); a petición de parte. Si el interesado así lo desea, puede compensar las cantidades que tenga a su favor contra las que esté obligado a pagar (lo cual puede resultar más conveniente, en ocasiones, en la práctica).

El código fiscal establece que, en ciertos casos (supuestos), la orden de la autoridad para la devolución y su cumplimiento no implican ni constituye una resolución favorable al contribuyente. Cabe aclarar que, si tal orden y su cumplimiento no son una resolución favorable al contribuyente, no puede entenderse qué tipo de resolución sean (desde el punto de vista técnico). Con esta disposición se provoca que la autoridad (ordenadora —cumplimentadora) pueda evadir de hecho el deber de acudir al tribunal fiscal de la federación, para demandar la anulación de la resolución, en el caso de que la orden o su ejecución se consideraran posteriormente indebidas. La autoridad podría revocar (unilateralmente — de oficio) dicha orden, sin necesidad de acudir al tribunal. ¿Basta que el código diga que no se trata de una resolución favorable al contribuyente, para que técnica y efectivamente no lo sea? Estimo que no (artículo 23).

Los pagos hechos por los contribuyentes se aplican primero a los accesorios y a los créditos más antiguos, siempre que se trate de la misma contribución. Esta disposición puede ocasionar complicaciones a los contribuyentes, para el caso de que los pagos no se apliquen a las contribuciones que señalen en la declaración correspondiente, sino que se apliquen a algún otro concepto. Esta disposición no toma en cuenta los conceptos tradicionales. (Civiles-mercantiles) de los pagos de obligaciones y de la aplicación de cantidades entregadas en pago de deberes. No se seguirá el orden establecido en la ley cuando se interponga algún medio de defensa legal (artículo 20).

En materia tributaria existen responsabilidad solidaria legal. Esto es, en determinados casos y bajo supuestos previos, algunas personas, por imposición de ley, se van a ver obligadas a pagar, en su caso, solidariamente con el deudor principal fiscal (con otros responsables solidarios o con ambos) los adeudos a cargo del principal. Por ejemplo los retenedores; los obligados legalmente a recaudar contribuciones a cargo de contribuyentes; los liquidadores de sociedades; los síndicos en las quiebras; los adquirentes de negociaciones; los representantes de residentes en el extranjero; los que ejercen la patria potestad o la tutela; los legatarios, los que se obliguen expresamente. La responsabilidad solidaria comprende también accesorios (menos multas).

Los notarios públicos no son responsables solidarios del pago del im-

puesto sobre enajenación de inmuebles (cuando proceda el pago del mismo).

Como casos relevantes de responsabilidad solidaria de los notarios cabe señalar los siguientes. En relación con el impuesto al valor agregado, específicamente en lo relativo a la enajenación de inmuebles (por la cual deba pagarse el impuesto correspondiente), el notario es retenedor y por lo mismo, si es responsable solidario legal. También lo es, en relación con el impuesto sobre la renta, en los casos de enajenación de bienes inmuebles para personas físicas (artículos 103 y 150 Ley del Impuesto sobre la Renta.)

Vale la pena analizar (lo cual será en alguna otra ocasión) la constitucionalidad de la responsabilidad solidaria tributaria. En esta ocasión solamente analizaremos una cuestión práctica emanada de la aplicabilidad de dicha responsabilidad solidaria. Puede darse el caso de que, en aplicación (estricta) de lo dispuesto en la ley, se dé el deber (obligación) de retención de contribuciones a cargo de dos o más terceros (sucesiva o simultáneamente). En el caso de enajenación de un inmueble por una sociedad mercantil se va a considerar como retenedores del impuesto tanto a la sociedad como al notario público; sin embargo, podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución tica a los dos retenedores la misma responsabilidad solidaria simultáneamente. (Debería considerarse como primer responsable al principal retenedor, en cada caso; en el caso anterior, por ejemplo, debería considerarse a la sociedad como la principal retenedora.)

En relación con el cobro-recaudación (retención) de contribuciones por terceros (diversos del fisco federal) cabe hacer también una consideración técnica. La Constitución Política Federal establece que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. Técnicamente, la labor de retención (recaudación) de contribuciones puede considerarse como un auténtico trabajo personal. ¿Es constitucional que las leyes tributarias impongan ese tipo de deber, sin contar con el consentimiento del retenedor-recaudador y sin retribuirle su labor justamente? Un análisis inicial parece determinar que no lo es.

El Código establece el Registro Federal de Contribuyentes, en el cual deben estar registradas las personas físicas y las jurídicas. En el caso de levantamiento de actas constitutivas, de actas de fusión y de actas de liquidación, los notarios públicos deben informar a la secretaría de hacienda si, dentro del mes siguiente a la firma respectiva, los otorgantes de la escritura no comprueban haber presentado la solicitud correspondiente.

Las personas obligadas a presentar declaraciones periódicas tienen

derecho a presentar, en ciertos supuestos, declaraciones complementarias substitutivas. Si hay alguna diferencia, se causan recargos solamente sobre la complementaria.

Facultades de las autoridades fiscales

Las autoridades fiscales pueden contestar consultas sobre situaciones reales y concretas. Las resoluciones favorables establecen derechos a favor del particular, siempre que consten por escrito. Los funcionarios facultados pueden emitir criterios para la aplicación de las disposiciones fiscales (los cuales no son obligatorios para los contribuyentes, a quienes, sin embargo, sí les pueden beneficiar).

Las autoridades administrativas fiscales no pueden revocar (ni modificar siquiera) de oficio (oficiosamente) las resoluciones favorables a los particulares. Si desean hacerlo, deben acudir en demanda ante el tribunal fiscal de la federación (artículo 36). Si lo hacen, sin acudir al tribunal, el contribuyente puede acudir al juicio de amparo por violación a garantías constitucionales.

Los actos (proveidos-resoluciones) emitidos por las autoridades fiscales deben llenar determinados requisitos, para poder ser considerados legalmente válidos. Tales actos deben llenar, primordialmente, los requisitos que se derivan de los artículos 14 y 16 constitucionales. Así, los actos deben constar por escrito; deben emanar (y acreditarse) de autoridad competente (cuya competencia debe derivar de una ley vigente aplicable al caso); deben estar sellados; deben estar firmados por el funcionario titular (personalmente); deben estar fundados y motivados (no de una manera simplista, sino, como lo ha establecido el poder judicial federal, debida, adecuada, correcta y suficiente); deben respetar (haber respetado) la garantía de audiencia.

El código fiscal, por su parte, establece sus requisitos: los actos deben constar por escrito; deben señalar la autoridad emisora; deben estar fundados y motivados; deben expresar la resolución, el objeto o el propósito de que se trate; deben ostentar la firma del funcionario competente; deben ostentar el nombre del destinatario; en caso de responsabilidad, deben señalar además la causa legal de dicha responsabilidad (artículo 38).

Si un acto administrativo fiscal no llena todos los requisitos (constitucionales-legales), es inválido y puede ser impugnado, a través del recurso administrativo procedente o a través del juicio de nulidad ante el tribunal fiscal de la federación. Excepcionalmente, un acto administrativo puede ser impugnado a través del juicio de amparo (en el caso de que se hagan valer exclusivamente, en relación con el mismo, vio-

laciones a las garantías constitucionales, tal como lo ha determinado el poder judicial de la federación). El acto, invalidado por falta de algún requisito, debe ser invalidado en su totalidad y no tan sólo en parte. (El acto administrativo es válido o es inválido en su totalidad; no puede ser parcialmente válido y parcialmente inválido).

Las autoridades fiscales pueden imponer medidas de apremio a los contribuyentes, a los responsables solidarios o a los terceros relacionados con ellos, cuando se opongan u obstaculicen el ejercicio de sus facultades.

Estos medios pueden ser la solicitud del auxilio de la fuerza pública o la imposición de multas. (Estas medidas deben llenar los requisitos de todo acto administrativo, para que sean válidas; además, por lo que hacen a las multas, las mismas deben cumplir los requisitos señalados por el poder judicial de la federación en tesis jurisprudenciales diversas) (artículo 40).

Las personas obligadas a ello deben presentar sus declaraciones, avisos o documentos, dentro de los plazos señalados en las disposiciones fiscales correspondientes. Cuando no lo hagan así, la secretaría de hacienda puede exigir la presentación correspondiente y proceder, además, simultánea o sucesivamente, a realizar los siguientes actos: a) hacer efectiva una cantidad igual a la contribución determinada en la última declaración, a cualquiera de las determinadas en las últimas seis declaraciones por la autoridad (la cual tiene carácter de pago provisional); b) embargar precautoriamente bienes o negociaciones; c) imponer las multas correspondientes y requerir la presentación del documento omitido. La autoridad solamente puede formular hasta tres requerimientos por una misma omisión. Hechos los tres requerimientos y no obtenido resultado favorable, la autoridad fiscal pondrá los hechos en conocimiento de la autoridad competente (¿cuál?) para que se proceda por desobediencia a mandato legítimo de autoridad competente (artículo 41).

El código fiscal está tipificando aquí, presuntivamente, una conducta concreta delictiva, basada en desobediencia a órdenes de autoridades fiscales. (¿Puede considerarse un requerimiento de una autoridad fiscal como un mandato legítimo de autoridad competente? ¿Puede considerarse que una desobediencia a un requerimiento administrativo constituya, técnica y constitucionalmente, una conducta delictiva? A primera vista, parece que no, en ambos casos.)

Estas facultades concedidas a las autoridades fiscales, si no son anti-constitucionales, por lo menos son exorbitantes. El código otorga un poder excesivo a dichas autoridades (los particulares —administrados— quedan en un estado de posición de inferioridad atribulante y

de cuasi indefensión frente al prepotente gigante administrativo). La ley creó aquí un arma que será demasiado poderosa y peligrosa en manos de las autoridades hacendarias.

La secretaría de hacienda tiene el deber legal de comprobar el cumplimiento de disposiciones fiscales y en su caso, el de determinar contribuciones omitidas o créditos fiscales, así como el de comprobar la comisión de delitos fiscales. Para cumplir dicho deber, la ley le concede diversas facultades (artículos 42). Algunas de las más importantes son: a) rectificar errores aritméticos; b) revisar dictámenes de contadores; c) valorar y verificar (físicamente) bienes; d) recabar informes y datos de funcionarios y empleados públicos y de fedatarios (notarios públicos), que posean con motivo de sus funciones (si esto no es anticonstitucional, por lo menos es extraconstitucional); e) requerir la exhibición de contabilidad (en el domicilio fiscal, en el establecimiento comercial o en las oficinas de las autoridades —lo cual es, esto último— exagerado) y el proporcionamiento de datos, documentos e informes; f) practicar visitas y revisar (no recoger) contabilidad, bienes y mercancías (lógicamente, sólo el domicilio fiscal; g) allegarse las pruebas necesarias para formular denuncias, querellas o declaratorias al ministerio público. Estimo que el código se excede (en el aspecto técnico jurídico) al conceder a las actuaciones de la secretaría de hacienda el mismo valor probatorio que el concedido por la ley relativa a las actas de policía judicial.

Cabe insistir que el ejercicio de las facultades anteriores debe estar sujeto a los requisitos constitucionales y legales indicados. (Estas facultades pueden ejercitarse conjunta, indistinta o sucesivamente, precisa la ley).

De las facultades señaladas interesa analizar la relativa a las llamadas visitas domiciliarias. Las visitas sólo pueden practicarse mediante (previa) la orden correspondiente. Toda orden de visita (igual que todo acto administrativo) debe llenar los requisitos establecidos en la constitución federal (artículo 16, primer párrafo). En especial, la orden artículo 16, para evitar la violación a garantías constitucionales.

El Código Fiscal, por su parte, establece diversos requisitos. Deben llenar los requisitos establecidos en el último párrafo de dicho artículo. Además, debe indicarse el lugar o los lugares donde deba efectuarse la visita. (Aquí, al parecer, hay una contradicción o incongruencia. Para la ley, según decía antes, técnica-lógicamente, puede deducirse que las personas tienen un solo domicilio fiscal. Diversas disposiciones, en especial las relativas a las visitas domiciliarias, permiten inferir que éstas deben practicarse en el domicilio fiscal del visitado;

luego, técnica y legalmente, debe decirse, en principio, que las visitas solamente pueden practicarse en el domicilio fiscal. En una sola ocasión, al parecer, el Código dice que las visitas pueden realizarse simultáneamente en varios lugares. Sin embargo, al establecer lo anterior, la ley no habla de varios domicilios, con esa palabra precisa).

También debe indicarse el nombre de los visitantes, que pueden actuar conjunta o separadamente. (artículo 43).

Existe alguna omisión —imprecisión— del código en relación con ciertos aspectos previstos por la constitución política federal y con ciertos criterios jurisprudenciales emitidos por el poder judicial de la federación. Las visitas sólo pueden practicarse en el domicilio fiscal (lugar) y no en las casas-habitación (en éstas sólo pueden realizarse excepcionalmente). Deben señalarse detalladamente los objetos que se buscan y precisarse los documentos que se pueden pedir. Deben concretarse los periodos y los aspectos a los cuales debe contraerse la visita. La violación a estos criterios podría ocasionar que, en el caso, no se tratara de reales visitas, sino de auténticos cateos disimulados y ordenados, no por una autoridad judicial (única competente para ello), sino por una administrativa, indebidamente.

La violación a garantías constitucionales y el incumplimiento de requisitos, en las órdenes de visitas domiciliarias, hace nacer (en principio) la posibilidad de acudir a los medios legales procedentes para impugnarlas. Sin embargo, en la práctica, lamentablemente existen ciertos problemas que pueden hacer nugatorios (de hecho) los derechos de los contribuyentes. Las órdenes de visita no pueden impugnarse mediante recurso administrativo, porque no existe establecido alguno en forma expresa. No puede interponerse el juicio de nulidad en su contra, porque el mismo se considera improcedente en el caso. En relación con el juicio de amparo, al que sí puede acudir el contribuyente afectado, cabe decir que puede darse el caso de que no se tenga tiempo para interponerlo o para obtener la suspensión del acto reclamado, antes de que se inicie la práctica de la visita.

La ley establece reglas generales a las cuales deben sujetarse las autoridades, los visitados, los responsables solidarios y los terceros en los casos de visitas en el domicilio fiscal. (Estimo que aquí puede encontrarse un principio de solución a la contradicción-incongruencia antes planteada: en el caso, los lugares en que se puede realizar simultáneamente una visita no se refieren a la misma persona, sino a las diversas precisadas por la propia ley.) Cuando se ordene una visita en relación con supuestos responsables solidarios o terceros, la autoridad debe emitir una fundamentación y una motivación especiales, diferentes a las emitidas, en su caso, en relación con el visitado principal (contribu-

yente). Las reglas más importantes son: a) debe desarrollarse la visita en el lugar o lugares indicados; b) el visitador debe dejar citatorio, cuando no esté el visitado ni su representante; c) puede procederse en el acto anterior al aseguramiento de la contabilidad, de bienes o de mercancías; d) los visitadores deben identificarse; e) previo requerimiento, los visitados deben designar dos testigos, (si no lo hacen, los designan los visitadores). Los detalles anteriores deben hacerse constar en el acta respectiva. Las autoridades fiscales (no se precisa si se trata de las que ordenan o de las que ejecutan una visita) pueden solicitar el auxilio de otras autoridades fiscales competentes para continuar (en sustitución) una visita o para practicar una diversa a la que estén practicando las primeras. Esta intervención debe estar fundamentada y motivada).

Los visitados, sus representantes o las personas (en el caso de previo citatorio) con quienes se entienda una visita, tienen el deber de permitir al visitador el acceso al lugar, de mantener a su disposición los documentos que acrediten el cumplimiento de disposiciones fiscales (¿todos?, ¿solamente aquellos señalados expresamente, en su caso, en la orden de visita?), de permitir sacar copias fotostáticas, de permitir la verificación de bienes y de mercancías.

La ley faculta a los visitadores para recoger, en ciertos supuestos excepcionales, la contabilidad a fin de examinarla en las oficinas de la autoridad fiscal. (Esta disposición ha sido atacada en algunos aspectos por criterios emitidos por el poder judicial federal) (artículo 45).

El desarrollo de la visita en el domicilio fiscal también debe sujetarse a reglas. Las más importantes son: a) debe levantarse un acta que contenga los hechos o las omisiones conocidos por los visitadores (tales hechos u omisiones hacen prueba plena, aunque su consignación no constituye resolución fiscal) (exageración legal); b) debe levantarse un acta parcial en cada uno de los lugares en que se practique simultáneamente una (misma) visita; c) pueden sellarse y marcarse documentos, bienes, archiveros, oficinas para asegurarlos; d) se pueden levantar actas parciales o complementarias, antes o después de concluida la visita; e) en ciertos casos excepcionales, pueden levantarse las actas en las oficinas de las autoridades fiscales; f) el cierre del acta debe hacerse con las formalidades legales estipuladas (artículo 46).

Las visitas pueden concluirse anticipadamente en los casos señalados por el código (artículo 47).

Las autoridades pueden solicitar informes, datos, documentos y con-

tabilidades a los contribuyentes, a responsables solidarios y a terceros, para el ejercicio de facultades de comprobación, fuera de visitas domiciliarias. La solicitud deberá cumplir los requisitos legales establecidos (artículo 48). Hay que recordar que estas solicitudes deben reunir también todos los requisitos (constitucionales-legales) establecidos para los actos administrativos, para el efecto de que puedan ser consideradas válidas por el destinatario y deban ser cumplidas por el mismo.

De la disposición anterior puede desprenderse un indicio consistente en que, para el código, la casa-habitación, en su caso, no es el domicilio fiscal de las personas físicas. La ley distingue expresamente entre ambos términos (conceptos).

Las autoridades fiscales tienen otras facultades legales, que vale la pena analizar, las cuales son las siguientes:

a) La de determinar presuntivamente la utilidad fiscal de los contribuyentes, así como el valor de actos o de actividades por las cuales se deba pagar contribuciones, en los casos establecidos (artículo 55);

b) la de calcular presuntivamente los ingresos brutos de los contribuyentes y el valor de actos o de actividades sobre los cuales proceda el pago de contribuciones, para el ejercicio de que se trate, para los efectos de la determinación presuntiva antes señalada, siguiendo los procedimientos indicados (artículo 56);

c) la de determinar presuntivamente las contribuciones que debieron haberse retenido, cuando aparezcan las omisiones señaladas en las retenciones o en los enteros (artículo 57).

Conviene insistir en que las autoridades fiscales no pueden usar estas facultades arbitrariamente (discrecionalmente). El uso de las mismas debe ser fundado y motivado.

Con motivo de la práctica de una visita domiciliaria, las autoridades fiscales pueden darse cuenta durante su desarrollo de que el visitado se encuentra en alguna de las causas establecidas para determinación presuntiva (55). En dicho caso pueden las autoridades notificar al visitado que existe la posibilidad de aplicarle la determinación presuntiva, para que corrija su situación fiscal y se concluya o se continúe, en su caso, la visita (artículo 58).

Las autoridades fiscales también pueden hacer algunas presunciones. Los principales supuestos (casos) son los establecidos (previstos) por los artículos 59, 60, 61 y 62. Estas presunciones, por beneficencia (bondad) de la ley, admiten prueba en contrario. Algunos de los supuestos previstos por la ley parecen, a primera vista, exagerados prác-

ticamente. Puede decirse que el código otorgó en estos puntos un beneficio indebido (exorbitante) al fisco, con un perjuicio correlativo para los administrados, a quienes, en ocasiones, va a situar de hecho en estado de imposibilidad práctica de defenderse y a quienes, en otras, va a derivar cargas de prueba (injustas, que no les deberían corresponder técnicamente).

También vale insistir que estas presunciones no pueden ser hechas por las autoridades fiscales en forma discrecional. Deben serlo fundada y motivadamente; para que puedan considerarse técnica y legalmente como válidas y puedan surtir los efectos consiguientes.

Los hechos y las omisiones conocidos con motivo del ejercicio de facultades de comprobación o que consten en documentos o en expedientes que lleven o tengan en su poder las autoridades fiscales, pueden ser utilizados por la secretaría de hacienda y por cualquier autoridad u organismo descentralizado competente para determinar contribuciones federales (artículo 63).

Las autoridades fiscales, al ejercer facultades de comprobación respecto de contribuciones pagaderas mediante declaraciones periódicas de los contribuyentes, para determinar contribuciones omitidas, deben proceder de acuerdo a lo establecido en el artículo 64.

Las contribuciones omitidas y los créditos fiscales, determinados por las autoridades como consecuencia del ejercicio de sus facultades de comprobación, deben pagarse, junto con sus accesorios, dentro del mes siguiente a la fecha en que surta efectos la notificación de aquéllos. Si no se presenta inconformidad en contra de las contribuciones y si no se garantiza su pago, la autoridad fiscal competente puede iniciar el procedimiento administrativo de ejecución (si no se obtiene la suspensión del mismo, mediante la garantía antes indicada).

Las autoridades fiscales pueden autorizar el pago de contribuciones a plazos, de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 66.

Las facultades de comprobación, de determinación y de imposición de sanciones se extinguen en el plazo de cinco años contados de acuerdo a los lineamientos señalados por el artículo 67. (Conviene recordar los comentarios hechos antes en relación con esta disposición y su similar del código anterior al vigente actualmente).

El código fiscal establece otra presunción en favor de las autoridades fiscales (artículo 68). Los actos y las resoluciones de ellas se plano) (y su negativa no implique la afirmación de otro hecho), en tamente), a menos que el afectado los niegue lisa y llanamente (de presumen legales (esto es, válidos, como debería haberse dicho correc-

cuyo caso las autoridades deberán comprobar los hechos motivadores de sus actos o de sus resoluciones.

El personal oficial que intervenga en la aplicación de disposiciones tributarias tiene el deber, por regla general, de guardar la absoluta reserva correspondiente (artículo 69).

III. Sobre las infracciones y los delitos

1. Las autoridades fiscales pueden imponer multas por infracciones a las disposiciones legales fiscales. Las multas, se insiste aquí, deben cumplir todos los requisitos (constitucionales-legales) establecidos para los actos administrativos. (Existen además criterios jurisprudenciales expresos emitidos por el poder judicial de la federación respecto a los requisitos propios de las multas fiscales). (artículos 70 y 75).

Las autoridades pueden imponer multas a las personas que realicen los supuestos establecidos en el código, a las personas que omitan el cumplimiento de deberes legales fiscales y a las personas que cumplan los deberes extemporáneamente (artículo 71).

Para el código pueden existir (simultáneamente) varios responsables en la comisión de una infracción. En dicho caso puede la autoridad imponer la misma multa a todos ellos y éstos tienen el deber de pagar (cada uno) el importe total de la multa. Esta disposición, si no es anticonstitucional, luce excesiva (exorbitante) a primera vista y puede considerarse aparentemente como extraconstitucional. Este caso específico de imposición de multas debe, en forma especial, fundamentarse y motivarse (debida, adecuada y suficientemente).

El código dispone que no se impondrán multas a los contribuyentes que cumplan extemporáneamente sus deberes fiscales, cuando lo hagan en forma espontánea. Tampoco se impondrán multas cuando se haya incurrido en infracción a causa de fuerza mayor o de caso fortuito (artículo 73).

Existe la posibilidad legal de condonar multas impuestas por infracciones a disposiciones legales fiscales. La condonación sólo puede ser hecha por la secretaría de hacienda. La condonación solamente procede en relación con multas que hayan quedado firmes (esto es, multas no recurridas o no impugnadas legalmente). La solicitud, por lo mismo, no puede considerarse como un recurso y las resoluciones dictadas en la instancia correspondiente no pueden ser impugnadas o recurridas (artículo 74).

2. El código tipifica algunas conductas como delitos fiscales. Para proceder penalmente por algún delito fiscal, es necesario que, en su

caso, la secretaría de hacienda: a) formule querrela; b) declare que el fisco sufrió o pudo sufrir perjuicio; c) formule la declaratoria correspondiente. Fuera de los casos precisados, basta una simple denuncia de hechos ante el ministerio público federal. Ciertos procesos penales pueden ser sobreseídos, a petición de la secretaría de hacienda, cuando los procesados paguen o garanticen las contribuciones, las sanciones y los recargos respectivos (artículo 92).

En los procesos penales, con motivo de delitos fiscales, la autoridad judicial no puede imponer multas. Cuando se inicie un proceso penal, la autoridad fiscal sigue siendo la única competente para hacer efectivas las contribuciones, los recargos y las multas adeudadas (es decir, todo cobro de adeudos fiscales debe ser hecho en la vía administrativa y no en la judicial). (artículo 94).

El código establece la que se ha llamado (se conoce) como responsabilidad penal (artículo 95). También tipifica el delito de encubrimiento (en los delitos fiscales) (artículo 96); así como el delito de tentativa (artículo 98).

El código precisa las conductas tipificables como contrabando (artículo 102) y señala ciertos supuestos de hecho de los cuales puede deducirse como presuntivamente cometido el delito de contrabando. (artículo 103).

El código castiga también otras conductas equiparadas al contrabando, para los efectos de la sanción correspondiente (artículo 105). Vale aclarar que se castiga la adquisición y la posesión (por cualquier título) de mercancías extranjeras, que no sean para uso personal (es decir, cuando se adquieran o se posean mercancías extranjeras de tráfico no prohibido para uso personal —exclusivamente— no se deberá castigar dicha conducta como delictiva o equiparable a delito para efectos de la pena correspondiente). El código trata de precisar (aunque de manera incompleta e incorrecta) cuáles pueden considerarse como mercancías de uso personal (artículo 106).

El código precisa también las conductas tipificables como defraudación fiscal (artículo 108) y establece otras que pueden ser sancionadas con las mismas penas del delito de defraudación (artículo 109).

Además de las conductas tipificadas como delictivas o de las equiparables a los delitos establecidos, el código sanciona otras conductas (no tipificadas como delitos ni equiparables a ellos). (artículos 110 y 111). A primera vista y analizando someramente las consecuencias que podrían derivar para los administrados de la aplicación de estas disposiciones, podría estimarse que las facultades otorgadas a las autoridades fiscales —en este punto—, además de ser excesivas, podrán

ser demasiado peligrosas en ciertos casos (o en mano de determinados funcionarios). Valdría la pena analizar el carácter (presuntivamente) anticonstitucional o al menos, extraconstitucional de estas disposiciones.

IV. *El procedimiento administrativo de ejecución fiscal*

1. El procedimiento de ejecución es el medio que pueden utilizar las autoridades fiscales para hacer efectivas las contribuciones no pagadas voluntariamente por los contribuyentes o no garantizadas debidamente, dentro de los plazos legales establecidos para tales efectos (artículo 145). Éste es un procedimiento administrativo que puede ser impugnado (recurrido) por los afectados (artículos 116 y 126). Este procedimiento presupone (como requisito de procedibilidad técnica) la previa determinación (existencia) del crédito fiscal correspondiente y su exigibilidad legal (en principio).

El procedimiento de ejecución (técnicamente) es distinto del de determinación. (Ambos producen efectos jurídicos propios).

La autoridad que conoce de la ejecución es diversa de la que determina el crédito. Ante la autoridad ejecutora no es posible, por lo mismo, impugnar el crédito en sí mismo (artículo 126).

No obstante lo anterior, actualmente (para la ley) el procedimiento de ejecución puede iniciarse y tramitarse (y aún terminarse) aun cuando el procedimiento de determinación no se haya terminado o se encuentre suspendido (legalmente, de hecho) (artículo 145).

2. Vale la pena hacer un análisis completo sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de este procedimiento. Por circunstancias de tiempo, hará solamente ciertas consideraciones al respecto.

El procedimiento de ejecución no está previsto en la constitución política federal. No existe fundamento constitucional expreso del cual se pudiera derivar su presunta validez legal.

El procedimiento, además, viola lo dispuesto en los artículos 14, 16, 17 y 22 de la Constitución política.

Este procedimiento se encuentra establecido (solamente) en leyes secundarias y ha sido avalado por el poder judicial federal (quien, en este caso, como en algunos otros, ha acudido en auxilio patente —e innecesario— de la administración pública). Los argumentos que se hacen valer en favor del procedimiento (fundamentalmente por el poder judicial) son simples argumentos de hecho; los cuales, repito, carecen de base constitucional expresa y en la mayoría de los casos, constituyen simples presunciones carentes de validez (técnica y legal).

mientras no se demuestre lo contrario (por la propia administración pública o por su auxiliar, el poder judicial federal). No he encontrado un argumento de derecho —válido técnicamente— en favor de este procedimiento.

3. Las normas establecidas en favor de la administración pública, que regulan el procedimiento de ejecución, colocan a los administrados (los verdaderos necesitados de auxilio y protección en contra de la administración) en una situación (posición) de injusta desventaja frente a la administración pública.

En cualquier medida precautoria solicitada por un particular, éste debe responder necesariamente de los daños y perjuicios que se causen con la misma y previamente debe otorgar garantía suficiente a satisfacción del tribunal.

La administración pública no responde de los daños y perjuicios que ocasiona constantemente y en especial, con las medidas precautorias que instaura contra los administrados (no debe responder de ellos legalmente). Tampoco tiene el deber de otorgar garantía previa suficiente.

Esta situación, demás de injusta, es excesiva y exagerada, así como extraconstitucional (si no inconstitucional).

La supuesta responsabilidad subsidiaria del Estado establecida por algunas legislaciones (v. gr. Código Civil del Distrito Federal) es difícil (por no decir imposible) de hacerse efectiva prácticamente.

La administración pública inicia muchas veces procedimientos de ejecución injustos e indebidos. En estos casos los afectados se ven obligados a litigar bajo cargas onerosas e indebidas. La administración no responde de los gastos y costas —a veces excesivos— erogados por los particulares. Esta última circunstancia ha sido, incluso, reconocida por algunos tribunales integrantes del poder judicial federal.

4. Las autoridades fiscales tienen la facultad legal para iniciar el procedimiento administrativo de ejecución. Estas autoridades pueden exigir el pago de las contribuciones no pagadas o no garantizadas dentro de los plazos establecidos por la ley (artículo 145).

Los contribuyentes deben pagar sus contribuciones dentro de los plazos establecidos en el artículo 6º. Si no lo hacen así y la autoridad fiscal determina alguna contribución omitida (a cargo del contribuyente), ésta debe ser pagada dentro del mes siguiente a la fecha en que la autoridad notifique (fehaciente y legalmente) el adeudo a cargo del contribuyente (artículo 65). Si el contribuyente no está conforme con la determinación de la autoridad fiscal y pretende impugnar la contribución exigida, debe garantizar el interés fiscal (adeudo) dentro del mismo mes antes indicado.

Cuando el contribuyente no pague o no garantice las contribuciones a su cargo dentro de los términos señalados (6º y 65), la autoridad puede iniciar el procedimiento de ejecución (cobro coactivo del adeudo). Esto es, son requisitos indispensables previos a la ejecución (por regla general) que exista la determinación de la autoridad, que la misma haya sido notificada debidamente al afectado y que éste se abstenga de pagar o de garantizar lo reclamado (artículo 151).

Excepcionalmente puede practicarse embargo precautorio, para asegurar el interés del fisco, antes de que el crédito esté determinado o sea exigible, en los casos y supuestos establecidos en el artículo 145.

Los ingresos obtenidos en el procedimiento de ejecución se aplican, en su caso, a los gastos de ejecución, los recargos (intereses), las multas y las contribuciones (ver artículo 20).

5. Conviene analizar aquí aun cuando sea en forma somera, lo que el código fiscal denomina gastos de ejecución. Se dice que los gastos de ejecución son accesorios de las contribuciones y de los aprovechamientos y que participan de la naturaleza de ambos (artículos 2º y 3º.) ¿Es correcta esta consideración, desde el punto de vista técnico? A primera vista, parece que no. Los gastos de ejecución consisten fundamentalmente en una cantidad o en un porcentaje que se cobra a los contribuyentes por el requerimiento de pago, por el embargo de bienes y por el remate de los mismos (cuando se inicia el procedimiento de ejecución en contra de aquéllos). Estos gastos incluyen también las llamadas erogaciones extraordinarias, las cuales comprenden los gastos de transporte de bienes embargados, de avalúo, de impresión y de publicaciones de convocatorias y edictos, de inspección o cancelación de gravámenes, de expedición de certificados de gravámenes; los honorarios de depositarios y peritos y los honorarios de las personas contratadas por los interventores.

La autoridad ejecutora determina los gastos de ejecución, los cuales deben pagarse junto con los demás créditos fiscales; salvo que se hayan recurrido al procedimiento administrativo de ejecución. Los ingresos recaudados por concepto de gastos de ejecución se destinarán al establecimiento de fondos de productividad y para financiar programas de formación de funcionarios fiscales (salvo que estén destinados legalmente a otros fines) (artículo 150).

Lo relativo a los gastos de ejecución tienen caracteres claros de anticonstitucionalidad (inconstitucionalidad). En efecto:

a) La determinación (cuantificación) de los mismos queda prácticamente al criterio discrecional de la autoridad ejecutora. No se dan bases (reglas) precisas para establecer la cuantificación de dichos gastos.

Puede no existir proporcionalidad (constitucional) entre los que se pretenda cobrar y lo gastado efectivamente.

b) No existe necesariamente una relación directa entre el gasto incurrido y el cobro por concepto de ejecución. El gasto de ejecución se convierte así en un gravamen que no está considerado (previsto-establecido) en la ley federal de ingresos y el cual no se destina para los gastos públicos (generales-específicos).

c) La capacitación de los funcionarios fiscales debe afectar el presupuesto de egresos y es incorrecto que se pretenda hacerla recaer sobre el patrimonio de los contribuyentes ejecutados, los cuales además deben pagar, en su caso, recargos y sanciones.

d) Los empleos públicos son retribuidos conforme a la ley y de acuerdo con lo establecido en el presupuesto de egresos. Es incorrecto que los particulares paguen el trabajo de los funcionarios y empleados públicos (artículos 13 y 75 constitucionales). (Éste es un gasto propio y exclusivo de la hacienda pública.)

Es impropio que en una ley se diga que el dinero que se les cobra de más a los contribuyentes se destine directamente a autoridades fiscales, a través de los llamados fondos de productividad, ya que, repito, sus remuneraciones también deben afectar el presupuesto de egresos.

e) No existe base constitucional para imponer cargas a los particulares, las cuales se destinen directamente en beneficio de funcionarios públicos.

6. El procedimiento de ejecución debe iniciarse ahora por una diligencia de requerimiento de pago y de embargo (en su caso) (artículos 151 y 152), la cual deberá realizarse después de transcurrido el mes siguiente a la notificación de la determinación de la autoridad fiscal competente. El ejecutor debe constituirse en el domicilio del deudor, para practicar la diligencia correspondiente, debiendo cumplir los requisitos y las formalidades ordenadas para las notificaciones personales (137). Requerido personalmente el pago, el deudor debe acreditar haber pagado o haber garantizado, en su caso, el adeudo. Si no lo hace, el ejecutor practicará el embargo de bienes o negociaciones suficientes a garantizar el pago de las contribuciones adeudadas. El ejecutor debe levantar un acta pormenorizada de la diligencia y entregar una copia al deudor o a la persona con la cual la entienda. El acta debe llenar todos los requisitos señalados para la validez de los actos administrativos (*sic*).

7. Los bienes (negociaciones) pueden ser sacados a remate para que, con su producto, se pague al fisco el importe de las contribuciones adeudadas. El remate se realizará (en el caso de que no se haya ob-

tenido la correspondiente suspensión del procedimiento ejecutivo) a los sesenta días de practicado el embargo. En el caso de embargo precautorio, el remate se realizará una vez que se hayan determinado y se hayan hecho exigibles los créditos, siempre y cuando los adeudos no se paguen al momento del requerimiento (y no se hubiera obtenido, además, la suspensión del procedimiento ejecutivo). En los casos de impugnación de resoluciones determinativas de las autoridades (recursos administrativos - juicios de nulidad), el remate se realizará cuando la resolución confirmatoria del acto impugnado quede firme y definitiva inimpugnable (artículo 173).

8. Los actos administrativos no se ejecutan (no se inicia el procedimiento administrativo de ejecución -se suspende- dicho procedimiento) en los casos en que se solicite la suspensión de los mismos (del procedimiento) a la autoridad ejecutora y se garantice el interés del fisco. El afectado debe interponer recurso administrativo o juicio de nulidad en contra del acto impugnado (o en su caso, del procedimiento de ejecución) dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación del acto cuya ejecución se suspendió y debe acreditar dicha interposición, ante la autoridad ejecutora. Si no se acredita la interposición de recurso de juicio, la autoridad puede hacer efectiva la garantía (artículo 144).

9. El interés del fisco (fiscal) puede ser garantizado en las formas señaladas por el artículo 141. La garantía debe comprender las contribuciones adeudadas, los accesorios causados y los accesorios que se causen en los doce meses siguientes a su otorgamiento. (Estos accesorios, de acuerdo al criterio del artículo 21 y del 142, corresponden exclusivamente a lo que se conoce como intereses moratorios). Al término de los doce meses y mientras no se pague el adeudo correspondiente, la garantía debe ampliarse por el importe de los recargos correspondientes los doce meses siguientes y así sucesivamente, hasta llegar al 250% de las contribuciones reclamadas (adeudadas). (Si no se hacen las ampliaciones de la garantía, puede iniciarse el procedimiento administrativo de ejecución por el importe de las mismas).

La garantía del interés fiscal procede, fundamentalmente, cuando se solicita la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución, cuando se solicita prórroga para el pago de adeudos fiscales y cuando se solicita autorización para pagarlos en abonos periódicos (artículo 142).

10. Las controversias surgidas entre el fisco federal y los fiscos estatales (¿municipales también?) relativas al derecho de preferencia para recibir el pago de adeudos fiscales deben resolverse por tribunales judi-

ciales de la federación, de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 147.

Los casos de concurrencia (en un mismo procedimiento administrativo de ejecución) del fisco federal con fiscos estatales, deberán ser tratados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 148.

V. Sobre la prescripción de los créditos (adeudos) fiscales

El código estima como créditos fiscales todos los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados, provenientes de contribuciones, de aprovechamientos y de sus accesorios, incluyendo los derivados de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos y de los particulares. El código estima también como créditos aquellos a los cuales las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena (artículo 4º).

Esta noción legal de crédito fiscal es ahora bastante imprecisa (e incorrecta) desde el punto de vista técnico (e incluso, desde el aspecto meramente gramatical), lo cual va a redundar (ganancia de pescadores) indebidamente en beneficio exclusivo de la (indefensa) administración pública.

Los créditos fiscales pueden extinguirse por prescripción (extinción por el transcurso del tiempo).

La prescripción fiscal es distinta y así debe distinguirse, de la llamada caducidad fiscal (extinción de las facultades de las autoridades administrativas fiscales).

La prescripción fiscal se consume en el término de cinco años. Sin embargo, a diferencia del establecido por la caducidad, este término sí puede interrumpirse (artículo 146) o suspenderse (144).

NOTAS SOBRE EL PACTO DE EXCLUSIVA

Javier ARCE GARGOLLO

La *exclusividad* es un concepto que aparece con frecuencia en las relaciones de derecho privado derivadas de contratos mercantiles. En la práctica actual de los negocios, numerosos contratos entre empresas contienen alguna referencia a la exclusividad como elemento importante de actos jurídicos que buscan relaciones duraderas.

El *pacto de exclusiva* suele aparecer en contratos tales como el suministro, el de transferencia de tecnología, el de agencia, distribución e incluso en relaciones con comisionistas y mediadores. Estas figuras de reciente auge en el Derecho Mercantil, no reguladas por nuestras leyes y por tanto atípicas, van acompañadas de un acuerdo de exclusividad que no siempre se pacta en forma clara y da lugar a dificultades en su interpretación y alcances.

1. CONCEPTO

El término de pacto de exclusiva no es definitivo, se conoce también como cláusula de exclusiva o de exclusividad, derecho de exclusividad, modalidad de exclusiva y otras denominaciones. El término de *pacto* a que nuestras leyes aluden en algunas disposiciones¹ debe tomarse como sinónimo de convenio (artículo 1792 C-c.), de compromiso o simplemente de acuerdo. En Roma el pacto fue el acuerdo que, en sus orígenes, no tenía acción. Posteriormente el pretor reconoció que los pactos podían modificar una relación jurídica y aparecen generalmente concertados en el acto mismo del contrato. Se les conoce como *pacta adjecta*, unidos a una relación principal.

"La *exclusiva* en su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con per-

¹ Por ejemplo el pacto de retroventa —Código Civil (C.c.) 2302— el pacto de preferencia —C.c. 2304 a 2308— y todos los vocablos relacionados: "lo expresamente pactado" —C.c. 1796— "puede pactarse" —C.c. 2301, 2310, 2312— o "salvo pacto en contrario" —Código de Comercio (C. de c.) 304, 333, 359, 381, 384, 391, 577—.

sona distinta a concesionario, o a éste la de no concluir las con otro que no sea el concedente."²

En términos más amplios, y no sólo como *limitación a la libertad contractual*, ha sido concebido como "una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla en favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente".³

La *esencia* de este acuerdo se encuentra en no recibir, en no realizar ciertas prestaciones, en no concluir determinados contratos, sino solamente con aquellas personas a quienes se les reconoce la exclusiva.

Este pacto de exclusiva —que excluye a los terceros de la realización de determinados negocios— significa para el beneficiario de la exclusiva un valor en su patrimonio, un *privilegio* y, algunas veces, un monopolio. En el campo de los negocios es evidente que un contrato con pacto de exclusiva tendrá un valor económico distinto, más alto, que un contrato que no tenga ese beneficio.

2. ACCESORIEDAD DEL PACTO

El pacto de exclusiva no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo o independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrador o proveedor exclusivo, etc. Siempre el pacto de exclusiva estará ligado a una relación principal y por ello resulta un *acuerdo accesorio*, adicional, que acompaña a algún contrato.

El contrato al que va unido el pacto de exclusiva es generalmente un contrato de ejecución continuada o diferida, es decir, que produce entre las partes una *relación duradera*, más o menos permanente. La exclusividad no se presenta en contratos de ejecución inmediata. Los casos de contratos que hemos señalado (suministro, agencia, distribución, etc.), en que se pacta la exclusiva, presentan esta característica de la duración.

Se ha pensado que hay contratos que en su esencia o por su naturaleza son siempre exclusivos, de modo que el pacto de exclusiva forma parte esencial de la relación contractual y no puede separarse de ésta.

Trataremos por tanto de encuadrar al pacto de exclusiva dentro de la clasificación de cláusulas que integran a un contrato. Se habla así de cláusulas esenciales, naturales y accidentales.

² Puente Muñoz, Teresa: *El Contrato de Concesión Mercantil*. Ed. Montecorvo. Madrid 1976. p. 109.

³ *Idem*. p. 111.

Son *esenciales* aquellos elementos absolutamente necesarios para la existencia y validez del contrato, por ejemplo, la cosa y precio en la compraventa. Son elementos *naturales* aquellos que, sin ser absolutamente necesarios, acompañan ordinariamente a los contratos de determinada naturaleza, de modo que si las partes no disponen lo contrario o los excluyen, entran en juego por disposición de la ley. La ley suple a la voluntad de las partes. Son ejemplos de estos elementos, la evicción en la compraventa, la onerosidad del mandato o de la comisión. Por último, son elementos *accidentales* aquellos que no son necesarios para la existencia y validez del contrato, ni acompañan ordinariamente al tipo contractual, pero las partes pueden adicionarlos si así lo expresan.⁴

El pacto de exclusiva puede ser esencial, natural o accidental para algunos contratos. Por ejemplo una ley Belga de 27 de julio de 1961 define al distribuidor y regula el contrato de distribución como sigue: "el concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho a vender a título exclusivo los artículos o productos de un fabricante concedente, en su propio nombre y en su propia cuenta."⁵ También puede considerarse que la exclusiva resulta cláusula *esencial* en los contratos de intermediación (representaciones comerciales, comisiones, agencia, distribución) que regulan algunas leyes de países Centroamericanos.⁶ Estas disposiciones de orden e interés público, no permiten que las partes acuerden la no exclusividad del intermediario.

Algunos autores que estudian el contrato de concesión mercantil o distribución han aceptado que la exclusiva es un elemento esencial de este contrato, aunque no es unánime la opinión de la doctrina al respecto.

En otros casos, el pacto de exclusiva es un elemento *natural* del contrato al que está unido. Esto significa que si las partes no lo acuerdan, la ley que regula al contrato lo establece. En nuestro derecho no tenemos ningún caso de estos contratos, pero el Código Civil Italiano (C.c. ital.) que regula el contrato de agencia, prevé la exclusiva como cláusula natural de estos contratos. Así, el artículo 1743 dice: "El proponente no puede valerse simultáneamente de más agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad,

⁴ Para ampliar sobre este tema puede verse: Díez Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Tecnos. Madrid 1979, p. 226. En nuestra doctrina: Borja Soriano, Manuel: *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Porrúa. México 1982, pp. 278 y 279.

⁵ Citado por Broseta Pont, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid 1978, p. 428.

⁶ Nos referimos a leyes dictadas por países como República Dominicana, Puerto Rico, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

ni el agente puede asumir el encargo de tratar en esa zona y por el mismo ramo negocios de más empresas que concurren con el proponente."

Aquí, si las partes no lo pactan, la ley italiana establece la exclusiva —para las dos partes— como cláusula natural. Pero, desde luego puede excluirse del contrato si los contratos expresamente lo acuerdan.

Por último, el pacto de exclusiva se produce como elemento *accidental* de la mayoría de los contratos cuando las partes así lo acuerdan. Es éste el caso más usual en la práctica. Como ejemplo podemos mencionar los Artículos 1567 y 1569 del C.c. ital. que previenen la posibilidad de pactar la exclusiva para el contrato de suministro.

3. CLASES

Aunque son muy variadas las formas en que puede pactarse la exclusiva, en términos generales diremos que hay dos tipos de exclusiva en atención al beneficio de la misma.

Para la agencia o distribución puede pactarse así. El obligado por la exclusiva no puede trabajar en su zona para otros empresarios o partes competidores; y el obligado por la exclusiva no puede designar a otros agentes o distribuidores en la zona o para los productos concedidos al beneficiario de la exclusiva, e incluso evitar que sus productos sean introducidos a la zona por conductos distintos a la actividad del beneficiario de la exclusiva. De este modo, el pacto de exclusiva puede ser de *simple* o *doble signo*,⁷ o unilateral o bilateral en atención a los obligados por la exclusiva. En los contratos de suministro, agencia y distribución suele llamársele a estas clases de exclusiva como *exclusiva de abastecimiento* o *aprovisionamiento* cuando es el agente, suministrado o concesionario el obligado a no contratar con otros suministradores o fabricantes.

Un contrato, por lo tanto, puede contener el pacto de exclusiva a favor de una parte, por ejemplo del agente; a favor del empresario o de ambas.

4. REQUISITOS

El pacto de exclusiva tiene dos *requisitos básicos*. Está referido siempre a determinada zona geográfica o comercial. Puede también comprender determinada clase de productos, pero esto también implica una zona geográfica. Y, el otro requisito de la exclusiva es su limita-

⁷ Broseta Pont, *Op. cit.*, p. 423.

ción en el tiempo, siempre la exclusiva debe tener un plazo.

"En general se sostiene la necesidad de que la exclusiva quede sometida a límites de *tiempo* y de *espacio* que habrán de ser respetados por las partes."⁸

Respecto al *área geográfica*, ésta puede ser muy amplia, por ejemplo: todo el mundo, o todo el mundo con excepción de México, Brasil y Argentina.

Mantilla Molina, al tratar de los agentes, nos habla de la posibilidad de pactar la exclusiva de estas tres formas:

"a) La renuncia del comerciante a otorgar el carácter de agentes a otras personas en el territorio de que se trata;

b) La renuncia a gestionar negocios sin intervención del agente, aunque reservándose la facultad de aceptar propuestas espontáneamente por personas residentes en el territorio de la exclusiva o que han de ejecutarse en él;

c) La obligación de no tratar sin intervención del agente, o a lo menos, la de abonarle la cantidad pactada sobre todos los negocios celebrados en el territorio y que han de ejecutarse en él, aunque se hubieren perfeccionado sin mediación del agente."⁹

El problema de definir *el territorio* ha dado lugar a una fórmula que —cuando no se detalla la zona territorial— nos da un principio de solución para establecerla. Si no se ha señalado, nos dice un autor, "no habrá más límite que el de la *efectiva actividad económica* del beneficiario de la misma."¹⁰

La fijación del territorio y su aplicación al pacto de exclusiva puede ser muy compleja. Así, por ejemplo, la doctrina francesa y la española hablan de distintas cláusulas de territorialidad con diferentes efectos en los obligados por la exclusiva. Éstas se conocen como: "territorialidad simple, territorialidad reforzada, territorialidad absoluta o territorialidad con reserva."¹¹ Cada uno de estos conceptos entraña una mayor o menor protección a la zona exclusiva.

Como el pacto de exclusiva supone una limitación a la libertad, este acuerdo debe estar sujeto a un cierto *término*. "La duración de la obligación negativa no puede, sin embargo, ser indefinida o perpetua porque no puede serlo la limitación de la libertad individual que toda obligación supone. Tampoco será válida cuando tenga una duración excesiva."¹²

⁸ Uria, Rodrigo: *Derecho Mercantil*. Madrid, 1982, p. 557.

⁹ Mantilla Molina, Roberto: *Derecho Mercantil*. Ed. Porrúa, México 1976. p. 156.

¹⁰ Puente Muñoz, *op. cit.*, p. 121.

¹¹ *Idem*, pp. 120 a 129.

¹² Díez Picazo, *op. cit.*, p. 446.

Si el pacto de exclusiva no tiene señalado un plazo específico de duración, debe entenderse que el término es el mismo que el del contrato principal al que está unido.

Por último, no ya como requisito, sino como materia importante que debe contener el pacto, es importante concretar a qué prestaciones, productos o mercancías se refiere. Esto resulta de gran utilidad práctica para aquellos casos de exclusiva en donde existen productos o mercancías similares a las que por la relación contractual principal tiene el obligado a la exclusiva. En el caso de "exclusiva de aprovisionamiento" (a favor del concedente) el concesionario o distribuidor, agente o suministrado se obliga a no adquirir o promover *productos análogos o concurrentes*. El problema se presenta en la práctica al tratar de definir qué se entiende por productos concurrentes o, en terminología económica, bienes sustitutos.

5. EFECTOS

Es principio de todos los contratos y convenios que éstos sólo obligan a quienes intervienen en ellos como partes. *Res inter alios acta*. El principio dice que "sólo a la 'partes' aprovecha o perjudica el contrato, ya que únicamente para ellas dimanar los derechos o las obligaciones de dicho contrato; y por contrapartida, todos los terceros extraños a dicho contrato no se benefician ni se perjudican directamente, pues no les obliga ni les otorga derechos ese contrato."¹³

El efecto general que el pacto de exclusiva produce entre las partes en una *obligación de no hacer* y más específicamente de no contratar. Pero este deber sólo se produce entre las partes que intervienen en el pacto de exclusiva. De este modo, si una parte viola el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, esta nueva relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto, pues el tercero con quien se contrató no estaba obligado por el pacto de exclusiva. En resumen, el contrato celebrado entre el deudor del pacto de exclusiva y un tercero es válido.

Con respecto al acreedor o beneficiario del pacto de exclusiva, el deudor que lo viola debe resarcir los *daños y perjuicios* causados, por aplicación del principio general del incumplimiento de obligaciones negativas.

¹³ Sánchez Meda, Ramón: *De los Contratos Civiles*. Ed. Porrúa, México 1976. p. 71.

6. INCUMPLIMIENTO

Ante el incumplimiento del pacto de exclusiva por una parte (unilateral) o las dos partes (bilateral) obligadas, las consecuencias o efectos del *incumplimiento* se producen, solamente, entre las partes. Este incumplimiento, como el incumplimiento general de cualquier contrato bilateral, de prestaciones recíprocas, da derecho a la parte perjudicada a pedir de acuerdo al artículo 1949 del C.c. el pago de daños y perjuicios y el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato.

Es frecuente, por tanto que, dada la importancia que el pacto de exclusiva tiene para algunos contratos mercantiles como el de agencia o de distribución, el incumplimiento del pacto sea causa de *terminación* general de todo el contrato. Para el resarcimiento de los *daños* pueden las partes plantear contractualmente varias soluciones. El fabricante, por ejemplo, si viola el pacto de exclusiva y vende directamente o a través de un tercero en el territorio asignado puede verse obligado a pagar la comisión al agente exclusivo o el margen del distribuidor exclusivo al considerarse que la venta se hizo por su conducto. Puede también establecerse contractualmente una remuneración equivalente como una fracción o porcentaje de la comisión o margen que restituyan al beneficiario de la exclusiva del daño causado.

Joaquín Rodríguez señala que "no es raro encontrar cláusulas en que el agente (para el contrato de agencia) tendrá derecho a percibir comisión por todas las operaciones que se practiquen en su zona aunque se hagan sin su intervención."¹⁴ A esta remuneración Uría, entre otros autores, le ha llamado *comisión indirecta*.¹⁵ Con este tipo de soluciones que contractualmente garantizan el cumplimiento del derecho de exclusiva, puede lograrse que el contrato y el pacto subsistan y que no sea necesario acudir a la terminación de la relación contractual, por la compensación parcial y concreta que en las violaciones a la exclusiva recibe su beneficiario.

7. NATURALEZA JURÍDICA

El pacto de exclusiva es un acuerdo accesorio que requiere de una relación —generalmente contractual— para su existencia. Por tanto, en primer término diremos que el pacto de exclusiva es una cláusula

¹⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*. Ed. Porrúa, México, 1979 Tomo I. p. 228.

¹⁵ Uría, *op. cit.*, p. 557.

o un *acuerdo accesorio* a una relación principal de la cual depende. No puede pensarse en un pacto de exclusiva en abstracto o general.

El pacto de exclusiva, por los efectos que produce, cabe dentro del concepto general de las *obligaciones negativas* u obligaciones de no hacer, pues significa para el deudor de éste un deber de abstención: de no recibir o realizar prestaciones, de no contratar con persona distinta al beneficiario de la exclusiva. La obligación de no hacer está regulada en el artículo 2028 de nuestro C.c. que dice: "El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención." La obligación negativa puede ser, a su vez, abstención de actos materiales o de actos jurídicos. El pacto de exclusiva, como obligación negativa, implica así, sobre todo, una abstención de actos jurídicos que se conoce en la doctrina como *obligación de no contratar*. Nos dice Díez Picazo: "Un negocio jurídico que ha alcanzado en los tiempos modernos una cierta tipicidad económico-social como obligación negativa, es el llamado *pacto o cláusula de exclusiva* (v.gr., suministro con exclusiva). Esta última figura aparece cuando el deudor promete que todas las prestaciones de una determinada especie las realizará sólo con la otra parte contratante y que, por consiguiente, se abstendrá de realizarlas con terceras personas. Por ejemplo: un fabricante se obliga a vender toda su producción a un comerciante y, por consiguiente, a no venderla a terceras personas. También a la inversa: un comerciante se compromete a adquirir las mercaderías de un determinado tipo sólo a un determinado fabricante y, por consiguiente a no aprovisionarse de otras distintas."¹⁶

No debemos dejar de mencionar que en nuestro derecho, para contratos *traslativos de dominio*, podemos acudir a otra interesante disposición que es el artículo 2301 del C.c. Este precepto contempla la posibilidad de que una de las partes se obligue a no vender a determinada persona. La norma dice: "Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna." "Esta modalidad —nos dice Francisco Lozano— consiste simplemente en que se impone al comprador una obligación de no hacer." Y, adelante agrega: "Se sanciona con la regla general en materia de incumplimiento de obligaciones... Por tanto la venta que realiza ese comprador a favor de la persona a quien se prohibió vender, es válida. Sim-

¹⁶ Díez Picazo, *op. cit.*, p. 445.

plemente la transgresión, el incumplimiento, se sanciona con el pago de *daños y perjuicios* en favor del vendedor."¹⁷

Esta disposición, en nuestro concepto, puede interpretarse ampliamente y considerar a *determinada persona* como personas que tienen ciertas características: comerciantes de una zona geográfica, fabricantes de ciertos productos, etc. La norma prohíbe pactar la no enajenación en general, no vender a persona alguna. La disposición resulta así una especie de la norma que regula a las obligaciones de no hacer (artículo 2028 del C.c.) y debe entenderse y complementarse con aquéllas.

En *conclusión*, el pacto de exclusiva es una limitación a la libertad contractual que se produce en contratos de duración generalmente de naturaleza mercantil. Para nuestro derecho el pacto será siempre una cláusula accesorio o accidental que debe ser convenida por las partes expresamente.

Cuando se pacta la exclusiva debe tenerse presente el contenido y límites de la misma respecto a: obligado y beneficiario de la exclusiva, espacio o territorio, plazo por el que se concede y los posibles efectos por su incumplimiento.

¹⁷ Lozano, Francisco: *Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos*, México, D.F., 1970. pp. 238 y 239.

VASCONCELOS, HERRERA Y LASSO Y LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: 1. Un discurso conmemorativo. 2. Dos maestros, dos generaciones. 3. ¿Maestro y discípulo? 4. Los primeros ataques. 5. La presencia de don Manuel. 6. Junio de 1912. 7. Nuevo ataque, defensa, contradicciones y dudas. APÉNDICE: "Un error reiterado", por Manuel Herrera y Lasso.

El sábado 24 de julio de 1937, en el Teatro de Bellas Artes de la ciudad de México, el maestro Manuel Herrera y Lasso (1890-1967), profesor de Derecho Constitucional de la Escuela Libre de Derecho, pronunció un emotivo discurso, conmemorativo del aniversario de la institución, que en aquella fecha cumplía 25 años.¹ Sus palabras, además de recordar tiempos idos e impulsar hacia el futuro, trataron de ubicar las tareas de la Escuela en el campo de la cultura y la enseñanza jurídicas del país. La pasión que siempre puso en sus palabras —y que merecía entonces la ceremonia— no lo hizo olvidar, sin embargo, que la Libre había sido, en ocasiones, centro de ataques o de "apreciaciones desfavorables". La gran mayoría de éstas no le importaron, ni que su número fuese elevado; simplemente consideró que no valía la pena detenerse a refutarlas.

Verdad es que desde su fundación en 1912, la Escuela Libre de Derecho de la capital federal no se libró de críticas, enemigos y contradictores, y aunque las causas de las mismas no puedan ser analizadas aquí es necesario destacar que se deben relacionar con la propia evolución política, educativa y social del México contemporáneo, concretamente, con las variaciones ideológicas de la élite en el poder y con la correspondiente actitud política asumida por los exalumnos de la institución. La calidad de *Libre* que desde su fundación decidió adoptar como característica esencial, la ha llevado a enfrentarse con quienes han entendido el concepto libertad en forma dife-

¹ Cfr. en *Lectura. Libros e ideas*. T. II, No. 1, 1º de septiembre de 1937, pp. 26-36.

rente al de sus fundadores. En Bellas Artes, Herrera y Lasso tenían muy presente, quizás, el agresivo ataque que, bajo la jefatura de Narciso Bassols (1897-1959), la Secretaría de Educación Pública dirigió contra la Escuela en los primeros años de la década de los treinta;² ataque que fue frenado y, finalmente, disuelto por la Suprema Corte de Justicia en el año de 1937.³

La nula importancia otorgada por el constitucionalista a las opiniones particulares y ofensivas legales contra la Libre se debió, por un lado, a su firme convicción de que ésta había retribuido con creces a la sociedad mexicana con la excelencia académica y profesional de la gran mayoría de sus egresados, y, por otro, a que su ideario, ajeno a todo fin político y religioso, había sido y era fielmente cumplido, colocándola de esta manera al margen de cualquier crítica fundada: "Y al obrar así —dijo— la Escuela no lo hace mirando a sí misma. La escuela se siente hecha por y para la Patria."⁴

No obstante esta íntima convicción, un pero brotó de los labios del tomista con injerto bergsonian, como le gustaba definirse;⁵ un pero llamado José Vasconcelos (1882-1959). Quien fuera dirigente maderista, convencionista convencido y alma y rector del movimiento educativo más importante que registra nuestra historia, había publicado en 1935 y 1937, respectivamente, el primer libro de su autobiografía, el *Ulises Criollo*⁶ —escrito en el exilio que se impuso al perder formalmente las elecciones presidenciales de 1929— y su *Breve Historia de México*,⁷ ni breve ni historia según algunos, pero sí "la síntesis histórica más leída y solicitada de cuantas se han escrito" en México.⁸

En ambos libros, Vasconcelos había opinado peyorativamente sobre la Escuela Libre. Estas opiniones fueron, precisamente, las únicas que al Maestro Herrera y Lasso le dolieron y, en consecuencia, le importaron refutar.

² En 1932, con motivo de la promulgación del *Reglamento sobre revalidación de grados y títulos otorgados por Escuelas Libres Universitarias*, y en 1933, con el pretexto de la promulgación de la *Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de México*. Vid. *La Escuela Libre de Derecho*, México, s.e., 1947, pp. 6 y 7.

³ Cfr. *Amparo de la Escuela Libre de Derecho v.s. Secretaría de Educación Pública. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia*. México, s.e. 1933.

⁴ *Lecturas*, op. cit., p. 33.

⁵ Manuel Herrera y Lasso, *Ensayos Filosóficos*. México, Jus, 1968, p. 9.

⁶ México, Botas, 1935.

⁷ México, Botas, 1937.

⁸ Alvaro Matute. "La Breve Historia de México; una lectura de 1982". En *José Vasconcelos; de su vida y su obra*. México, UNAM, 1984, p. 145.

2. Dos maestros, dos generaciones

Vasconcelos y Herrera y Lasso no pertenecieron a la misma generación. El primero está ubicado de lleno en la Generación del Ateneo (1873-1888 según Luis González; 1875-1890 según Krauzer⁹), también conocida como Generación revolucionaria, generación de 1910 o generación del centenario;¹⁰ generación "barbechadora", según el autor de *Pueblo en Vilo*, destructora del positivismo spenceriano de los "científicos" y de la religión de la Razón; intuicionista, y profundamente comprometida con la cultura universal. El segundo, aunque nacido en el límite último de aquella generación (1890), participa más bien de las características de la Generación constructiva (1889-1905), epi-revolucionaria, de los Siete Sabios, o de 1915, según Gómez Morín; a la que le han aplicado los epítetos de esclava del presente, impulsiva, de humor desigual, violenta y susceptible, vanidosa y cordial, cuya principal cualidad fue "su afán constructivo, su febril actividad a la hora de hacer instituciones".¹¹

Su posición limítrofe y la obvia imprecisión de las divisiones generacionales, hacen que Herrera y Lasso también participe de la mentalidad y de las actitudes de la generación ateneísta, si bien su madurez intelectual se manifieste entre los años de 1935 y 1958, como la de todos los miembros de su generación. Esta posición ambivalente puede quedar reflejada en el hecho de que, para algunos de los miembros de su ronda generacional, el egresado de la Libre ya sea un líder a quien apoyar en 1918, cuando lanza su candidatura independiente al cargo de diputado federal por el quinto distrito electoral del Distrito Federal,¹² y por su particular formación intelectual que lo identifica más con los del Ateneo que con los de 1915: como a aquéllos, Boutroux, Nietzsche, Schopenhauer, James, Croce y, sobre todos, Bergson lo influirán toda su vida; como éstos recibirá el saludable mensaje de

⁹ Luis González. *La ronda de las generaciones. Los protagonistas de la Reforma y la Revolución Mexicana*. México, SEP, 1984, p. 66; Enrique Krauze. *Caras de la Historia*. México, Cuadernos de Joaquín Mortiz, 1983, pp. 127 y ss. Consultense en estas obras las características generales de los miembros de esta generación y de la de 1915.

¹⁰ González, loc. cit.

¹¹ *Idem*, p. 99.

¹² Manuel Gómez Morín, Alfonso Caso y Vicente Lombardo Toledano, tres de los Siete Sabios, quienes fueron sus "mejores propagandistas". Vid. Manuel Herrera y Lasso. "Las Elecciones de San Luis Potosí. I. La Postulación". *Excelsior* 26 de julio de 1946. "Gané a la buena y perdí a la mala" diría después don Manuel.

Caso. Por lo mismo, para entender cabalmente su pensamiento y su acción tenemos que colocarlo a horcajadas entre las dos generaciones, igualmente preocupadas —y combativas— por el porvenir de México.

A las semejanzas o diferencias que por su ubicación en generaciones diferentes unen o separan a Vasconcelos y a Herrera y Lasso, hay que añadir las que, en lo personal, los identifican o los apartan.

Ambos fueron provincianos, uno del centro mestizo y otro del sur indígena, aunque, al final de cuentas, criollos los dos.¹³ Los primeros y decisivos años de Vasconcelos transcurrirán, sin embargo, en el norte árido y semisalvaje, en medio de un ambiente "frontera"; mientras que los del potosino, rodeados por la huella imborrable de la cultura hispánica.¹⁴ Los dos, de familias de la clase media, donde la indiscutida autoridad paterna es mitigada por la dulzura de una madre fiel y prudente, y donde el trabajo personal se constituye en la única garantía de la seguridad económica, siempre tan vulnerable. El ateneísta pronto se desplazará rumbo a las regiones naturales de don Manuel, y aún más allá, provocándole su conocimiento un asombro que marcará su pensamiento en forma definitiva. El encuentro con Durango, la asimilación de los contrastes físicos que desde esta ciudad hasta el puerto de Campeche va percibiendo provocarán, sin duda, las primeras reflexiones del joven oaxaqueño sobre la identidad del país que va descubriendo. Por el contrario, la niñez de Herrera y Lasso, que no fue sorprendida por apaches ni por una cultura ajena, ni siquiera por

¹³ Los datos biográficos de Vasconcelos se han tomado desde luego, de sus obras autobiográficas; los de Herrera y Lasso, principalmente de las amenisimas conversaciones que durante meses hemos sostenido con su querida hija, la señorita Raquel Herrera Lasso, a quien agradecemos profundamente su ayuda. También se encuentran datos importantes de su vida en una cronología biográfica preparada por la misma, así como en "Manuel Herrera y Lasso". *El Foro*, 4a. época, Núms. 4-6, abril-diciembre de 1954, p. 29; Rafael Montejano y Aguiñaga. *Biografía de los Escritores de San Luis Potosí*, México, UNAM, 1979, pp. 181 y 182; Genaro Ma. González, et. al. *Homenaje al señor licenciado don Manuel Herrera y Lasso*, Rector honorario y Maestro emérito de la Escuela Libre de Derecho, en el primer aniversario de su fallecimiento, México, Editorial Luz, 1968; *Diccionario Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México*, 4a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 988. Con este y otro material estamos preparando una biobibliografía del Maestro que aparecerá publicada en sus *Estudios Constitucionales*. Tercera serie, que, en colaboración con la señorita Herrera Lasso, vamos a editar próximamente.

¹⁴ Para valorar la importancia del paisaje y su posible relación con los dos pensadores, léanse los primeros capítulos del *Ulises*, para el caso de Vasconcelos, y "Las elecciones de San Luis Potosí V. En vísperas de la Elección" *Excelsior*, 7 de agosto de 1946, para el de Herrera y Lasso.

grandes viajes, transcurrió en la seguridad provinciana de la casi inmóvil sociedad finisecular.¹⁵

Durante su niñez, fueron adoctrinados en los principios del catolicismo por decidida influencia y ejemplo maternos, dejando esta formación religiosa profunda y permanente huella en su respectivo pensamiento. Pero si Vasconcelos pronto abandonó la fe infantil —no la creencia en un Dios único ni los principios morales del cristianismo—,¹⁶ para adoptar el indiferentismo religioso y dar su nombre a la masonería,¹⁷ la vida de Herrera y Lasso, por el contrario, parece haber transcurrido sin el mínimo titubeo religioso. Católico siempre, ingresó pronto al Seminario Conciliar de San Luis Potosí no con el objeto de ordenarse sacerdote —su vocación era otra—, pero sí para hacerse de la formación humanista y religiosa que lo caracterizará toda su vida. De su fe dará el mayor testimonio al sufrir el exilio con motivo de la apología que hizo de los católicos mexicanos perseguidos por el régimen callista.¹⁸ Nació, vivió y murió católico, mientras Vasconcelos sólo en la etapa final de su vida —casi desconocida para sus biógrafos— regresó al seno de la Iglesia para morir en él.

En la edad de los estudios, Herrera y Lasso recibió dos tipos de educación —a los cuales siempre que pudo hizo referencia—: la humanista en el Seminario y la científica en el Instituto Científico y Literario de San Luis Potosí y, ocasionalmente, en la Escuela Nacional Preparatoria. Vasconcelos, por su lado, recibió la educación positivista por la doble vía del Instituto Campechano y de la Escuela

¹⁵ Don Manuel no saldría fuera de su país, salvo una rápida visita al sur de Estados Unidos y sus años en Cuba (1927-1928).

¹⁶ Agradecemos a Carlos Herrejón el habernos ilustrado en este punto. Tanto en las conversaciones que hemos sostenido con él en Zamora, como en su libro *Historia del Estado de México*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1985, p. 213, destaca y ejemplifica la correspondencia entre el programa educativo de Vasconcelos al frente de la Secretaría de Educación Pública y la ética cristiana.

¹⁷ John Skirius. "Vasconcelos: el político y el educador". En José Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

¹⁸ Los escritos en defensa de los católicos y de la Iglesia durante los años de 1926, 1929 y 1931 se publicaron bajo el rubro "En defensa de la libertad religiosa" en los *Estudios de Derecho Constitucional*. México, Pólis, 1940, pp. 99-163. Su célebre polémica sostenida en público con Luis León puede leerse en *Controversia celebrada en el Teatro Iris de la capital de la República, el día 4 de agosto de 1926, bajo los auspicios de la Federación de Sindicatos Obreros del Distrito Federal, pertenecientes a la Confederación Regional Obrera Mexicana, entre Luis L. León, por parte de las organizaciones obreras y Manuel Herrera Lasso por parte de la Liga de Defensa de la Libertad Religiosa en México, sobre el tema "El Movimiento Revolucionario y el clericalismo mexicano"*. Tacubaya, 2a. ed., Dirección de Estudios Geográficos y Climatológicos, 1926, 31 pp.

Nacional Preparatoria. Al momento de escoger profesión, y tal vez por influencia familiar, a los dos se les haría irresistible el canto de la gran capital; por lo demás, reducto egoísta de la alta cultura a que ambos aspiraban. Por diversas razones, los dos decidieron por la carrera de abogado. Vasconcelos transitó eventualmente por ella, por la política y la filosofía llegarán a convertirse en sus pasiones intelectuales. El Derecho no será sino valioso *modus vivendi* al cual ocurrir, por cierto con éxito, en épocas difíciles. De no ser su *Teoría dinámica del Derecho* (1907),¹⁹ escrita para cumplir con el requisito formal para obtener el título de abogado, su riquísima bibliografía no recoge otro estudio jurídico. En la vida de Herrera y Lasso, por el contrario, la política y la filosofía tuvieron una atención prioritaria, pero el Derecho, sin duda, fue el motivo principal de su quehacer intelectual, profesional y académico. Su nombre ha quedado indisolublemente ligado al de la ciencia jurídica de nuestro país.

En diferentes momentos de sus vidas ambos se lanzaron a la lucha política. De Vasconcelos son bien conocidas sus andanzas en este difícil campo: colaborador de Madero, fundador y presidente del Partido Constitucional Progresista, convencionista, furibundo anticarranclán, secretario de Educación Pública con Obregón, candidato derrotado al gobierno de su natal Oaxaca, y líder del movimiento que llevó su nombre y que culminó con su no reconocida elección como Presidente Constitucional de la República en 1929. Un camino que corre sin obstáculos desde 1910 a 1929 y que, abruptamente, se cerró en el *Plan de Guaymas*. Pocos saben, en cambio, que Herrera y Lasso fue ferviente maderista, candidato a diputado federal en dos ocasiones: una en 1918 y otra en 1946. En ninguna alcanzó el éxito deseado —al igual que Vasconcelos— más por la fuerza de un partido que por la voluntad de los votantes.²⁰ Por sus actividades políticas, los dos pensadores sufrieron el exilio, pero de éste salió fortalecida su particular visión de México.

Diferencia notable entre la carrera política de uno y de otro fue la desconfianza pertinaz de Vasconcelos en las posibilidades de un partido político, que contrasta con el convencimiento herreriano de que la lid política podía hacerse en el interior de un partido; idea ésta más acorde con su principal cualidad.

¹⁹ Publicada nuevamente en *Anuario Jurídico* VI, 1979, pp. 407-430 con nota preliminar de Diego Valadés.

²⁰ Vid. en "Las elecciones de San Luis Potosí", *Excelsior* 26 y 31 de julio; 1, 3, 7, 8 y 10 de agosto; y 5 y 7 de septiembre de 1946, la crónica de su lid electoral del mes de julio y de su escamoteada victoria.

Efectivamente, la fuerza de Herrera y Lasso estuvo siempre en la palabra; la de Vasconcelos en la pluma. He aquí su mayor y principal diferencia; por ella es tan difícil *escribir* de Herrera y Lasso como *hablar* de Vasconcelos. A uno habría que oírlo nuevamente y dejarse cautivar por sus palabras (como cuentan ocurría siempre con sus auditorios) para comprenderlo cabalmente e intentar así, tímidamente, *escribir* sobre él. Esto hoy es casi imposible; sólo existen pocas y desconocidas grabaciones de sus discursos, estando la mayor parte de éstos congelados por la frialdad de las versiones taquigráficas.²¹ A Vasconcelos, en cambio, podemos leerlo en las páginas que integran una de las mejores obras literarias escritas en castellano. Ésta es su ventaja. Pero aun cuando el primero se expresó fundamentalmente por la voz, cuanto escribió está bien escrito; andan por ahí para probarlo, además de obras sueltas aun no recogidas en algún volumen, sus *Estudios Constitucionales*²² y los extraordinarios *Ensayos Filosóficos*,²³ desgraciadamente hoy tan poco leídos. De la misma forma, cuando Vasconcelos habló, lo hizo para convencer a dos generaciones de que México podía salvar su destino espiritual si anteponía la cultura y la honradez política al crimen y a la traición. Palabra y escritura, instrumentos que ambos unieron para llevar a cabo su tarea fundamental, la de educar, para la cual nacieron.

Al margen de que cada uno haya participado en la fundación de instituciones de educación superior —la Libre en el caso de don Manuel (1912); la Universidad Popular (1912) y el Colegio Nacional (1943) en el de Vasconcelos— la respectiva vocación magisterial la desarrollaron en niveles y con métodos diferentes. Herrera y Lasso llegó a ligar su nombre con el de la Libre de Derecho en forma exclusiva y casi indisoluble, a grado tal que fue nombrado Maestro emérito —por más de 50 años de docencia— y Rector Honorario de la misma.²⁴ A Vasconcelos, por su lado, no lo podemos desligar del nombre de las dos máximas instituciones educativas del país: la Secretaría de Educación Pública —la cual fundó en 1921—

²¹ Se conservan en posesión de la señorita Raquel Herrera Lasso, hija única de don Manuel. Contienen discursos pronunciados por éste en la Escuela Libre de Derecho.

²² *Estudios*, op. cit. y *Estudios Constitucionales*. Segunda Serie, México, Jus, 1964.

²³ México, Jus, 1968.

²⁴ Se le extendió el diploma de Rector Honorario el 22 de julio de 1954 por acuerdo unánime de la Junta de Profesores. Vid. *Diploma* respectivo en el Archivo de la Escuela Libre de Derecho.

y la Universidad Nacional de México— de la cual fue Rector y a quien dotó de lema y escudo—, y aunque sólo en forma ocasional se haya dedicado a la docencia regular, su actividad educadora es, sin lugar a dudas, de mucho mayor amplitud y alcances que la de Herrera y Lasso: Rector, promotor de los clásicos y de las bibliotecas, creador de la educación rural, editor de *El Maestro*; su labor educativa no conoció límites. Tanto en sus libros y artículos periodísticos, como en la serie de innumerables conferencias que inició con aquella impartida en el Ateneo de la Juventud sobre Gabino Barreda, prolongó durante sus largos años de exilio y concluyó en El Colegio Nacional, no desaprovechó prácticamente oportunidad alguna para elevar el nivel cultural del país.

No deja de sorprender, pues, que quien con toda justicia llegará a recibir por su obra educativa el título de "Maestro de la Juventud" y quien en 1929 naciera como guía de la juventud mexicana, se haya visto envuelto, en dos ocasiones, en sendos conflictos con el estudiantado mexicano, llegando a ser el blanco de durísimos ataques por parte de éste. Pero es que el ímpetu y la inconformidad innatas del genio lo llevaron, en ocasiones, a seleccionar e imponer métodos que a corto plazo parecieron desembocar en el caos, o en enfrentamientos que pudieron llegar a paralizar las buenas intenciones de su autor. En otras ocasiones, la firme voluntad por proclamar e imponer su verdad ante todos o el temperamento impulsivo que lo dominaron fueron las causas de los altercados y rencillas. Sólo la fina sensibilidad del estudiantado, la indiscutible y patente labor llevada a cabo por Vasconcelos, y el contenido del mensaje proclamado en sus libros, editoriales y discursos, pudieron convencer a aquél de que en el autor de *La Raza Cósmica* tenía la nación el guía espiritual que requería. Tal vez faltó a Vasconcelos la experiencia que, en su favor, tuvo Herrera y Lasso. Recibido de abogado en 1905 no participó nunca en calidad de estudiante en un movimiento como el que daría origen a la Escuela Libre. Por lo mismo, le fue fácil, en su oportunidad, asumir una posición contraria e incluso francamente represiva de las aspiraciones estudiantiles. Herrera y Lasso, por su parte, jugó el papel de líder estudiantil en el movimiento de 1912, cuando apenas cursaba el tercer año de leyes, habiendo sido expulsado por ello de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

Como educadores, ambos cumplieron en exceso su misión hasta su muerte. Esta determinaría la suerte final de cada uno. La mayor envergadura de la acción vasconcelista y el hecho de que la mayor

parte de su obra nos haya quedado impresa permitirán a México seguir, discutir, confrontar, replicar, sancionar o criticar su pensamiento. En cambio, lo mejor de Herrera y Lasso se perdió desde el momento mismo en que calló para siempre. Sus ideas —no las del constitucionalista sino las del humanista— se van ausentando cada vez más, en la medida en que las generaciones de alumnos a quienes dio clases van dejando su paso a otras que no lo escuchamos. Algunos de sus discípulos repiten inclusive de memoria las frases más célebres de su notable oratoria. Los menos han cumplido con la misión de transmitir su pensamiento humanista a los nuevos estudiantes de la Libre. De él, como de Vasconcelos, quedarán finalmente sólo las páginas ya impresas y las que manos filiales sepan rescatar del olvido.

3. *¿Maestro y discípulo?*

Por la cercanía generacional entre el filósofo y el jurista, y por la similitud de sus espacios físico e intelectual, no resulta descabellado pensar en una posible influencia del primero sobre el pensamiento del segundo. Pero el decisivo paso de Herrera y Lasso por las aulas del Seminario y la ausencia del primero en las cátedras de la Escuela Nacional de Jurisprudencia cuando el potosino cursó sus primeros estudios, inicialmente pudieron imposibilitarla. En el Seminario Herrera y Lasso recibió la formación escolástica y humanista que a Vasconcelos le faltó, y en Jurisprudencia —como toda su generación— fue influido por Antonio Caso (1883-1946). Los libros de este filósofo mexicano enriquecerán, en sus primeras ediciones —subrayadas, anotadas—, la incipiente biblioteca del discípulo.²⁵ Años más tarde, cuando éste de principio a su labor literaria, reconocerá la deuda intelectual que debía a Caso: "Honrar a Caso es tributar homenaje de rendimiento a México que en él se ennoblece y magni-

²⁵ En su acervo, adquirido en parte por la Escuela en 1981, se encuentran: *Problemas Filosóficos*. México, Librería de Porrúa Hermanos, 1915 ("17/agosto/1915. A mi amigo y discípulo, el licenciado Manuel Herrera Lasso con la profunda estimación intelectual de su maestro. Antonio Caso"); *La existencia como economía y como caridad*. México, Librería de Porrúa Hermanos, 1916; *La existencia como economía, como desinterés y como caridad*. México, Ediciones México Moderno, 1919, ("A Manuel Herrera Lasso, con mi profunda estimación para el amigo y mi admiración para el enérgico orador. Antonio Caso, 23/V/1919"); *Ensayos Críticos y Polémicos*. México, Cultura, 1922; *Discursos a la Nación Mexicana*, México, Librería Porrúa Hnos., MCMXXII; *El Problema de México y la ideología Nacional*. México, Cultura, 1924; *Principios de Estética*. México, Secretaría de Educación Pública, MCMXXV; y *La Filosofía de Husserl*, México, s.e., 1934. *El acto ideatorio*. México, Porrúa, 1934.

fica" dirá en 1927.²⁶ Vasconcelos, por el contrario, estará ausente tanto en biblioteca como en obra. La presencia de libros muy posteriores de este autor en el acervo de Herrera y Lasso como *La Metafísica* (1a. ed., con sus hojas sin denunciar); el *Ulises*, (en su segunda edición); *La Tormenta* (1a. ed.); *El Desastre* (1a. ed., subrayada y anotada profusamente); *El Procursulado* (1a. ed., poco anotada); la *Breve Historia* (1a. ed., anotada y subrayada de pi a pa); la *Historia del Pensamiento Filosófico* (1a. ed., corregida); *La Flama* (5a. reimpresión, regalo familiar de 1965), y *En el Ocaso de mi vida* (1ª ed., sin ninguna anotación), contrasta con la ausencia de sus primeras obras y de libros tan importantes como *La Raza Cósmica* o la *Indología*. En sus artículos y conferencias Vasconcelos no será citado más que en una ocasión: en los *Ensayos*, y no por su autor, sino por un editorialista de *El Heraldo de Cuba* al identificar a Herrera y Lasso con Caso y Vasconcelos como autorizados exponentes "de las nuevas orientaciones que sigue el pensamiento de la hermana nación azteca".²⁷ Sin duda el periódico cubano exageró al hacer esta identificación; el quehacer literario del potosino apenas principiaba en 1928, mientras que el de Caso y el de Vasconcelos ya impactaban a México y al Continente; pero la personalidad del primero era indudable —motivo mismo de su exilio— y sus méritos intelectuales como constitucionalista y humanista empezaban a ser reconocidos. La falta posterior de influencia del filósofo sobre el joven jurista pudo deberse, aparte de las causas iniciales ya mencionadas, a dos hechos particulares. Por un lado, a que en el momento en que aparecieron las primeras obras vasconcelistas la influencia de Caso sobre Herrera era ya decisiva y, por otro, a que éste recibió, en buena parte, una formación intelectual muy similar a la de Vasconcelos y, en general, a la de los miembros del Ateneo. Efectivamente, la posición de Herrera y Lasso entre dos generaciones lo hizo participar, como le hemos dicho, de las mismas lecturas que los miembros de la generación del Ateneo. A los obligados Comte, Taine y Spencer, unieron todos la lectura voluntaria de Platón, Nietzsche, Schopenhauer, James, Boutroux, y fundamentalmente la de Henri Bergson, el faro de los ateneístas y el filósofo injertado en el tomista potosino.²⁸

²⁶ "Antonio Caso" publicado por primera vez en *El Diario de la Marina*, (La Habana) 16 de Noviembre de 1917; reproducido en *Excelsior* el 19 de diciembre de 1963 y en los *Ensayos*, p. 349. Recuérdese que en 1914 Herrera y Lasso toma la cátedra de Sociología en sustitución de Caso en la Libre de Derecho Vid. *Homenaje*, p. 22.

²⁷ *El Heraldo de Cuba*, 31 de diciembre de 1928, y en *Ensayos*, p. 15.

²⁸ Basta una lectura somera de los *Ensayos* para darse cuenta de los autores

Con este común patrimonio, enriquecido en forma particular por don Manuel con su profundo conocimiento de la historia —universal y mexicana—, con su dominio del latín —puerta abierta a los clásicos—, sus lecturas religiosas y espirituales, y con su atracción por autores no decisivos en la formación de Vasconcelos, tales como el propio Caso, Max Scheler, Blondel, Ortega y Gasset, Barres, Eugenio D'Ors, Maritain, Vázquez de Mella y, de manera destacada, Carlos Pereyra el constitucionalista no *necesitará* del pensamiento vasconcelista, y por lo mismo no se cobijará, llegado el momento, bajo su "sombra".

4. Los primeros ataques

Los ataques vasconcelistas que Herrera y Lasso refutó en el discurso del XXV Aniversario de la Escuela Libre estaban consignados, desde 1935, en el *Ulises Criollo* y, recientemente, en la *Breve Historia de México* (1937).

En las líneas del primero —recuerdos de su encuentro con "Adriana" (Elena Arizmendi)— el filósofo había escrito:

Uno de los más recientes caprichos de Adriana había sido presentarse en una asamblea de estudiantes de Medicina, donde se hacía censura de su gestión como enfermera en campaña. Al principio, su belleza se impuso; pero se mostró gobiernista en su discurso, y ciertos galanteadores despechados hicieron correr la voz de que era amante de Madero; la heroica asamblea se puso a si-searla. Ocurrió todo esto días antes de que yo la dirigiera. Lo primero que le aconsejé fue la abstención completa de toda presencia en público y el silencio. Que me dejara a mí liquidar esas cuentas; ya llegaría la ocasión.

Se presentó ésta, justamente, con motivo de las manifestaciones antimaderistas que siguieron a la visita de Manuel Ugarte. Los estudiantes, equivocados, se hacían instrumento de los enemigos interés personal o simplemente resultaban un reflejo de la pasión del nuevo régimen o del sentir de sus familiares, heridos en algún

leídos por Herrera. Respecto de las lecturas de los ateneístas Cfr. *Conferencias del Ateneo de la Juventud*, México, UNAM, 1962, pp. 10 y 11; Pedro Henríquez Ureña "La influencia de la Revolución en la vida intelectual de México" en *Universidad y Educación*, México, UNAM, 1969, p. 97; José Vasconcelos "El Movimiento intelectual contemporáneo de México" en *Conferencias*, p. 129. Sobre las particulares de Vasconcelos, cfr. el *Ulises Criollo*, *passim*, y José Joaquín Blanco. *Se llamaba Vasconcelos*. México. FCE, 1977, pp. 22, 28 y 36.

no es que robaba, los dineros de la reserva acumulada por Porfirio acumulada en el ambiente del momento. Lo cierto es que llevaban días de celebrar juntas y pronunciar discursos por plazas y calles. Nos acusaban de falta de patriotismo. El Gobierno despilfarraba, si Díaz. La nación estaba en peligro. La juventud debía actuar. Crecidos en sus exigencias, los alumnos de Jurisprudencia echaban de la Dirección a Luis Cabrera. Otro grupo se había ido a buscar profesores del porfirismo para fundar la Escuela Libre de Derecho. Para campeones de la ley buscaban a los antiguos servidores de la tiranía. Sin embargo, todo el mundo observaba y callaba. La prensa toda tomó el partido de la «juventud». Se erguía el fetiche del estudiante.

Tanta confusión de valores me irritaba aun sin estar yo mezclado en ella; pero ahora la amistad con Adriana me encendió. Llamé a un reportero del diario más leído; le entregué unas declaraciones. Recordaba en ellas el envilecimiento de la clase estudiantil durante el porfirismo. Hacía memoria de las mascaradas de adhesión al caudillo encabezadas con los estandartes de las escuelas que tantas veces así deshonramos. Que no anduvieran ahora hablando de la libre Escuela de Jurisprudencia, porque no había sabido serlo durante la tiranía y ahora abusaba de la libertad. «Que no se ufanan nada más de ser jóvenes, porque se podía ser joven y servil, como lo fuera la mayoría que no se conmovió con nuestra prédica revolucionaria, que no contribuyó al peligro ni oyó la voz del deber...» El efecto fue inmediato; se juntaron todas las escuelas y decidieron celebrar una manifestación de protesta contra mi persona. Por momentos recibía de los amigos noticias de la marcha de los debates y de los términos del plan aprobado. Los diarios de la tarde publicaron los discursos adversos y el programa de la manifestación hostil. Una palpitación de odio conmovió a la ciudad. A eso de las seis de la tarde desembocaba la columna por Plateros. Varios miles de colegiales venían de sus escuelas del rumbo de San Ildefonso y se dirigían a mi despacho en la calle de San Francisco. Avanzaban por la avenida gritando «mueras» y deteniéndose en las esquinas para pronunciar discursos. El público de paseantes, que a esa hora llenaba la avenida, escuchaba con maledicencia y curiosidad. Por la lengua ingenua de la juventud hablaba el rencor anónimo. Algunos oradores no me conocían, pero se exaltaban adjetivándome. Cuando llegaron casi a la esquina de la *High Life*, cerré mi balcón y bajé a la calle para curiosear. Me situé enfrente por el callejón de los Azulejos. Allí, con la salida franca, escuché la algarabía. No pasó de algún vidrio roto en los bajos. Los manifestantes llegaron ya fatigados, y como mi balcón era alto y lo vieron a oscuras, duraron poco en su labor ofensiva. Se dispersaban ya

cuando un grupo me vio, al borde de la acera. La sorpresa de encontrarme a pie, revuelto entre ellos, me dio tiempo para cambiar de calle y perderme de nuevo entre la gente. A la vuelta tomé un taxi. No había querido que uno solo de mis amigos me acompañara en el trance, porque secretamente y en sitio previamente convenido me esperaba Adriana. La encontré excitada, nerviosa, casi dichosa. Ella también había buscado la manifestación y desde un auto la siguió a distancia.

¿Ahora qué haría yo? ¿Qué bien les había dolido el castigo! ¿Y qué más iba yo a decirles? Por lo pronto resolvimos cenar juntos.

Después, ¡si los muchachos hubieran podido imaginar mi gratitud! Pocas veces un vencedor fue tan ampliamente recompensado.

Hemos transcrito íntegramente los anteriores párrafos por la importancia que suponen para entender cabalmente el ambiente político previo al nacimiento de la Escuela, y la posición de Vasconcelos frente a ésta y frente a los estudiantes de entonces.

Si el Vasconcelos de 1935 no olvidaba la amarga experiencia sufrida en los últimos días de enero de 1912, sí confundía dos movimientos estudiantiles distintos. El paso de los años —y tal vez una relación todavía no aclarada— le hacían perder de vista las diferencias existentes entre los movimientos estudiantiles relacionados con la visita del poeta Manuel Ugarte (1878-1951) con los que dieron origen a la Escuela Libre de Derecho.

La primera agitación estudiantil se produjo, efectivamente, cuando llegó a la capital federal el poeta argentino. Venía llevando a cabo una gira por los países latinoamericanos para dictar conferencias sobre el tema de la patria latinoamericana y el peligro que para ésta representaba el expansionismo de los Estados Unidos. El gobierno de Madero en principio dio la bienvenida al bardo, incluso Justo Sierra (1848-1912), recién nombrado Ministro de México en España, aceptó inicialmente presentarlo en la conferencia organizada por las escuelas superiores de la capital que, bajo el título "Las dos Américas: Ellos y nosotros", daría el 3 de febrero.²⁹ El tono de la conferencia, podía preverse, sería contrario y hasta ofensivo para norteamérica, lo cual podía tener al gobierno mexicano en general, y en particular a don Justo, en una situación diplomática difícil. Sierra renunció a presidir la conferencia y el gobierno maderista, a través de Vasconcelos —presidente del Ateneo de México y del gobiernista Partido Constitucional Progresista— y de Manuel Calero (1868-1929) —Ministro de Re-

²⁹ *Ulises Criollo*, México, FCE-SEP, 1983, segunda parte, pp. 402-404.

³⁰ *El Imparcial*, 19 de enero de 1912.

laciones Exteriores— ejerció una velada presión para impedir que Ugarte pronunciara aquella y otras conferencias.³¹ Este denunció, in-tempestivamente, que “una mano de sombra” desbarataba sus proyectos, atribuyendo a Vasconcelos, a Calero y al “representante de una gran nación vecina” (Henry Lane Wilson) la responsabilidad de los obstáculos levantados en su contra.³²

El ambiente en la ciudad se fue caldeando. Los periódicos contribuían a ello y mientras Calero se defendía y exculpaba al gobierno de impedir la libre manifestación de las ideas, los estudiantes y el Partido Democrático Antirreeleccionista convocaban a sendas manifestaciones en favor del poeta autor de *El porvenir de América Latina*.³³ La tensa situación explotó en la mañana del día 26 de enero. En su editorial de este día el diario oficialista *Nueva Era* cometió la imprudencia de transcribir, sin ubicarlas claramente, unas frases que parecían ser la opinión del propio editorialista y que en realidad habían sido extraídas de *El Porvenir*. Escritas por su autor con otra intención, y mal interpretadas —dolosamente— por los estudiantes y seguramente por grupos políticos antigubernamentales, las frases reproducidas parecían ser una alabanza desmedida a los Estados Unidos y retlejar el deseo de que su bandera se enarbolase en toda la América Latina. La mecha se prendió, máxime que el mismo día *El Diario* reprodujo la entrevista a que Vasconcelos se refiere en el *Ulises*. En ésta, el polémico pensador opinó que era parte del oficio de Ugarte “meter ruido”, y que “la alta cultura del pueblo americano” permitiría que Ugarte diera su conferencia, “lo mismo entre cowboys que entre operarios de Nueva York” sin ser molestado en lo más mínimo. Pero poco le interesaba —como después lo confesaría— el poeta argentino;

Que, como siempre, se dejan engañar por el primer rumor.

Una de las clases sociales más degeneradas y en que mayor estado de agotamiento dejó la Dictadura es la clase estudiantil, que pretende ver siempre desinterés y nobleza, donde no hay sino debilidad y estulticia.

³¹ El Ateneo revocó el 21 de enero la invitación que había hecho a Ugarte para que pronunciara la conferencia que, con el título “La mujer y la poesía”, daría en el seno de esa sociedad el día 24 de enero. Nemesio García Naranjo renunció entonces como socio del Ateneo “por no estar conforme con la conducta que ha seguido el Ateneo de la Juventud con el ilustre huésped de la República” Vid. *El Imparcial* 24 y 25 de enero de 1912.

³² “Una mano de sombra desbarata mis proyectos” *El Imparcial*, 23 de enero de 1912, *Nueva Era*, 24 de enero, *El Imparcial*, 25 de enero. *Nueva Era*, 26 de enero de 1912, acusó a Ugarte de hacer “propaganda hostil a una nación amiga”.

³³ *Nueva Era*, 26 de enero, *El Imparcial*, 25 de enero de 1912.

su propósito era saldar cuentas con la clase estudiantil. A la pregunta del “reporter” sobre la actitud de los estudiantes Vasconcelos respondió, ni más ni menos, lo siguiente:

Como clase tienen una mentalidad deplorable, lo que se explica muy bien con sólo recorrer los nombres de los profesores de las distintas escuelas oficiales, en los que se encuentra una mayoría de la más total incompetencia.³⁴

Afirmó que el pueblo, sin leer ni escribir, tenía más sentido moral que los semi intelectuales, que por haber pasado por una escuela “se creen los representantes de la cultura”. Más adelante agregó:

No tienen ya ni generosidad, porque los heroísmos de la deuda inglesa han venido a alojarse en la casa del estudiante y en el Casino de Estudiantes, constituidos con los donativos que compraron la libertad de pensamiento de los estudiantes durante la última lucha política. La clase estudiantil es una clase muerta entre nosotros.

¿Se olvida que la clase estudiantil fue instrumento de Porfirio Díaz para organizar manifestaciones cuando se iba a iniciar la revolución de 1910? ³⁵

Terminó aclarando que sus declaraciones las hacía en forma personal y no como presidente del Ateneo, pero si hubiera un conflicto entre esas y sus obligaciones como presidente renunciaría a lo segundo, por preferir “quedar en libertad para decir a los estudiantes lo que juzgo de ellos”.

Con estas frases sin duda liquidó las cuentas ajenas, pero al hacerlo provocó, junto con la editorial de *Nueva Era*, la primera manifestación multitudinaria de los estudiantes mexicanos en el presente siglo (quizás de nuestra historia independiente).^{35 bis}

³⁴ *El Diario*, 26 de enero.

³⁵ *Ibidem*.

^{35 bis} Vid. Ma. del Carmen Ruiz Castañeda. “La Universidad Libre (1875) antecedentes de la Universidad Autónoma”. *Deslinde* 110, febrero de 1979.

El mismo día, desde temprano, 1.500 estudiantes de la capital, principalmente de las escuelas superiores de Preparatoria, Ingeniería, Medicina, Normal, y "doscientos" de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, se manifestaron por las principales calles del centro de la ciudad de México en contra del entrevistado y de la editorial (por otro lado, atribuida por ellos a Calero y al propio Vasconcelos). Reunidos en el Callejón de la Condesa, anexo a la Escuela de Ingeniería, oyeron primero las palabras del estudiante de leyes Luis Jaso, quien en su discurso se refirió a Vasconcelos como "la forma más bufa del superhombre de Nietzsche", llamándolo "el peor degenerado y estulto" y acusándolo de ser "siervo" de Calero. Después habló el normalista Basilio Badillo quien sugirió retar a duelo al apasionado Ulises, pero "a media sangre", para no exponer al Gobierno a perder sus chivos expiatorios. El alumno de ingeniería Manuel Buen Abad le siguió en la tribuna, para afirmar que si la Revolución, como "se ha dicho y es un rumor que tiene toda la apariencia de verdad", fue ayudada por los norteamericanos no querían esas revolución, y para acusar a Vasconcelos de parecer "el cómplice de los Estados Unidos". "Digámoslo sinceramente —concluyó— si hay cómplice de los Estados Unidos abajo ese Gobierno. ¡No queremos ser esclavos de los Estados Unidos!" Otro alumno dijo "la actitud de los estudiantes debe concretarse a dos cosas: a defender la libre emisión del pensamiento en la persona de Ugarte y segundo, a defender el honor del profesorado."³⁶ Por último, habló el también aspirante a ingeniero Enrique Estrada, a quien no escapó —quizás por estar ya en la boca de todos— la raíz de las opiniones vasconcelistas: su interés por Elena Arizmendi. En efecto, al tratar de encontrar el origen de la ofensiva contra los estudiantes, Estrada explicó a los asambleístas que la misma obedecía al hecho de que los estudiantes de medicina —fundadores de la Cruz Blanca Neutral junto con la Arizmendi— se habían opuesto, después de la lucha armada de 1911, a que la propia Arizmendi ("señora falta de conocimientos") y un homeópata fueran impuestos por el gobierno como inspectores de los hospitales de la capital, representando a la Cruz Blanca Mexicana; institución ésta nacida "en los salones del Sr. Ma-

³⁶ *El Imparcial*, 27 de enero. En Gustavo Casasola. *Historia gráfica de la Revolución Mexicana*, 2a. ed., México, Trillas, 1973, t. 2, pp. 440-444, pueden consultarse un resumen de los acontecimientos aquí reseñados y las valiosas fotografías de la manifestación estudiantil del día 26. También, día por día, en Alfonso Taracena. *La Verdadera Revolución Mexicana*. Primera etapa (1901-1913). México, Jus, 1960, pp. 220, 223, o en Taracena *op. cit.* Complemento de la primera etapa (1911 a 1913), 2a. ed., México, Jus, 1965, pp. 115, 116, 120-123. (Todos los subrayados son nuestros).

dero" para sustituir a la Neutral, de la cual había sido expulsada la futura amante de Vasconcelos por los estudiantes.³⁷ Pero Estrada no se conformó con esto. En su discurso, además, hizo la apología de los estudiantes frente a los ataques vasconcelistas y terminó con una idea que mucho ayuda a comprender las causas del nacimiento de la Escuela Libre: "Se nos hostiliza, no por haber sido la base de los instrumentos del general Díaz, sino por no querer ser la base de los instrumentos de la dictadura maderista".³⁸

Los mueras a *Nueva Era*, Calero y Vasconcelos se continuaron oyendo en la manifestación, que después se dirigió al Palacio Nacional, en donde una comisión de estudiantes fue recibida por el Presidente Madero. Éste, interpelado por los comisionados, afirmó, entre otras cosas, que no se hacía solidario "con las opiniones del licenciado Vasconcelos", "ya saben que lamento lo que ha pasado a este muchacho Vasconcelos; yo lo estimo bien, pero él no ha dicho lo cierto de ustedes".³⁹

"Las declaraciones del señor presidente no satisficieron a los estudiantes, que siguieron en manifestación".⁴⁰ Pasaron después por San Francisco y Avenida Juárez, deteniéndose frente a los edificios del Partido Constitucional, y frente a las oficinas de *Nueva Era* y de *El Imparcial*, para disolverse posteriormente.

Al día siguiente —27 de enero—, *Nueva Era* y Vasconcelos, respectivamente, levantaron de nueva cuenta su voz. El periódico, en su editorial "El Credo desde Poncio Pilato", aclaró el verdadero sentido de las frases de su polémica editorial y señaló como responsables de la equívoca interpretación a "los despechados, los periódicos que se han quedado sin subvención, nacionales y extranjeros, los partidarios de ministros botados, y muy especialmente al Partido Católico que ha nombrado a Sánchez Santos organizador de sus porras".⁴¹ Por su parte, Vasconcelos arremetió de nueva cuenta contra los estudiantes en una carta enviada a *El Herald Mexicano*, en la cual afirmó que

³⁷ *Ibidem*. (Sobre el origen inmediato del conflicto de los médicos con la Arizmendi véase *El Imparcial* de 20 y 21 de enero y *Nueva Era* —defensor de esta última— del mismo día 21).

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Historia gráfica... op. cit.*, p. 442.

⁴¹ *Nueva Era*, 27 de enero de 1912. Al dar a conocer los acontecimientos del día anterior el periódico informó que los alumnos se habían opuesto a que algunos elementos del partido de Vera Estañol "introdujeran el desorden en la manifestación", que, por otro lado, "fue correcta y culta".

a sólo doce horas de sus primeras declaraciones, los estudiantes las habían comprobado. Aseguró, además, que fue él el "primer escritor que tuvo el decoro de no adularlos", tal era su virilidad, y que los estudiantes se gritaban "vivas" a sí mismos como si él se gritara "viva yo". "Señores estudiantes —terminó— cuando mi verdad os ha afectado tanto, es porque no vais en camino de regeneraros, el día en que sepáis ver un amigo en quien os censure con justicia comenzareis a merecer el respeto de las gentes. Yo por ahora quedo satisfecho y tonificado con vuestros mueras".⁴²

Como puede apreciarse, el tono agresivo de Vasconcelos disminuyó, aun cuando ratificase su primera opinión. ¿Es posible que la pasión y el saldo de las cuentas dejaran su lugar, ahora, a críticas e incluso a la amistad?, ¿vislumbró entonces Vasconcelos que éste sería el camino hacia su liderazgo juvenil de 1929?

La réplica provocó inmediatamente la triplicatio de más de 30 estudiantes capitalinos —entre los que no se encontraba Herrera y Lasso— quienes, en una protesta publicada el día 28, dibujaron en su defensa su actuación bajo la dictadura; después de asegurar que durante ésta sufrieron callado dolor "cuando un derecho caía atropellado, cuando se derribaba la libertad", y confesar haber cometido el pecado de abstención, aseguraron no haber traficado "entonces ni ahora con nuestra conciencia, no vendemos nuestros entusiasmos siempre prontos a la gloria del poder". Algunos, según los firmantes, sí lo habían hecho, pero no estaban con ellos, sino precisamente con Vasconcelos:

Ni presumimos de intelectuales —continuaron— ni alardeamos de virtuosos, sin embargo tales como somos estamos muy por encima de ese infautado super hombre, enfermo de intelectualismo agudo, de ese idealista farisaico. . .

Los epítetos fluían rápidamente ("curioso fenómeno de farisaísmo", "Harpagón predicando el desinterés") para advertir después, al "joven don José", la incongruencia de enseñar a la juventud "urdiendo palaciegas intrigas contra el defensor de la unión latino-americana". En fin, señor Vasconcelos —concluyeron— "no lo acompañaremos por la progresista senda por donde usted va predicando el desinterés y la abnegación. . . y créalo, lo compadecemos".⁴³

⁴² La carta fue publicada también por *El Imparcial* el domingo 28 de enero.

⁴³ *Ibidem*.

Las protestas contra las declaraciones del Presidente del Ateneo y la mal interpretada editorial continuaron los días siguientes: En Guadalajara, Puebla, Guanajuato y en Toluca, los estudiantes organizaron manifestaciones en su contra y en apoyo a Ugarte y a la prensa libre.⁴⁴ En lo particular, los alumnos de jurisprudencia Manuel L. Márquez, de medicina Pedro de Alba y de ingeniería Enrique Estrada dirigieron cartas aclarativas a Vasconcelos.⁴⁵ La del último —fechada el día 29— importa dar a conocer por aportar valiosos datos para, nuevamente, mejor comprender, por un lado, la situación personal de Vasconcelos en aquellos momentos, por otro, la atmósfera en la cual se originaron los conflictos que dieron nacimiento a la Escuela Libre de Derecho y, finalmente, la relación entre ambos.

En esta carta Estrada se refirió, como en su arenga del día 26, a la causa del ataque vasconcelista contra el estudiantado, sólo que en esta ocasión profundizó más: "El odio vasconcelista, apenas ha podido contenerse ante una última altivez de los estudiantes de medicina. . ." (aludía a la destitución de Elena Arizmendi de la Cruz Blanca Neutral y a la oposición a que asumiera el cargo de inspectora de hospitales, ambas llevadas a cabo por los futuros médicos). Con fina perspicacia, Estrada descubrió los móviles de Vasconcelos: "He tenido razón, pues, al no ver en la actitud de usted un móvil de alta política, sino un origen algo vulgar"; algo que no era compatible con el talento de que el maderista hacía gala, que no era sino el odio que caracterizaba a los del grupo en el poder contra todo aquel que se les oponía "y que hace de ustedes los más temibles e hipócritas enemigos de la libre emisión del pensamiento".

Ustedes —escribió— no odian a los estudiantes porque los crean instrumentos del pasado régimen, sino por que *no han logrado hacerlos instrumentos del régimen actual*".

La libre emisión del pensamiento que ustedes no vacilan en atacar con armas tan poco compatibles con la dignidad, como es la calumnia, es lo que defendemos con Ugarte.

⁴⁴ *El Imparcial* de 31 de enero.

⁴⁵ "Más protestas contra el Presidente del Constitucional Progresista" y "Otra protesta contra el Presidente del P. Constitucional Progresista", en *ibidem*; Taracena. *La Verdadera*. . . Complemento, p. 122.

Terminó responsabilizándose de sus palabras y suplicando a su interlocutor, "en nombre de su honor, que creo salvado de este naufragio de sus antiguos ideales", no le contestara con su acostumbrado lenguaje sin ideales: Si deseaba desahogar con él sus iras — "ya que tan torpemente la bestia humana se ha revelado en usted" — se ponía a sus órdenes en la Sociedad de la Escuela Nacional de Ingenieros.⁴⁶

En los días y meses siguientes la tormenta, aparentemente, amainó. Ugarte pudo finalmente decir su conferencia el anunciado día y se fue de México el 19 de febrero; *Nueva Era* siguió justificando la posición del gobierno de Madero, atacando a Ugarte, y defendiendo a los Estados Unidos;⁴⁷ *El Imparcial*, apoyando a los estudiantes;⁴⁸ Calero fue nombrado embajador en ese país y Vanconcelos, *recompensado*, se calló. Pero, ¿y los estudiantes?

5. La presencia de don Manuel.

¿Participó Herrera y Lasso en este primer movimiento estudiantil en pro de la libertad del pensamiento?, ¿formó parte de los "doscientos" estudiantes de jurisprudencia que se manifestaron el día 26 en contra de Vasconcelos y de *Nueva Era*? Probablemente sí. Había llegado a la ciudad de México en mayo de 1909 y en aquel momento había terminado el segundo año de sus estudios profesionales, y aunque su nombre no aparece entre el de los líderes del movimiento de enero de 1912, es indudable que comulgaba con las ideas de la mayoría estudiantil. Dos hechos posteriores permiten afirmarlo: su decidida y destacada actuación en la huelga de junio y julio de 1912, li-

⁴⁶ *El Imparcial*, 31 de enero.

⁴⁷ En su editorial del día 28 de enero titulada "Una tempestad en un vaso de agua", defendió a los Estados Unidos, "cuyo Gobierno se ha manifestado decidido sostenedor del gobierno mexicano constituido", recordó la neutralidad de ese país en el caso Reyista y el apoyo brindado a Juárez, y destacó la necesidad geopolítica del gobierno mexicano de "evitar cualquier acto de hostilidad hacia los norteamericanos, a fin de que ellos no tengan ningún motivo para dudar de la cordura y sensatez de todos los mexicanos".

⁴⁸ En su editorial del día 30 de enero "El Gremio estudiantil en las manifestaciones públicas", se pudo leer: "A las vociferaciones de los encastillados en el error, a los ataques apasionados, a las falacias políticas, a las insinuaciones engañosas, a las vociferaciones coléricas, a los absurdos desdenes, los estudiantes deben contestar serenamente, claramente, nitidamente, como contesta la ciencia, como contesta el pensamiento, que contra cada insulto tiene una razón y contra cada mentira una demostración".

gada en su fundamento con el movimiento de enero,⁴⁹ y su relevante presencia en veladas ofrecidas al propio Manuel Ugarte durante su segunda visita a nuestro país el año de 1917. Allá tomó la palabra para oponerse a las arbitrariedades de Luis Cabrera; aquí para "exponer una tesis amplísima sobre el desarrollo de los pueblos hispano-americanos".⁵⁰

Su nombre, entonces, bien puede unirse al de los estudiantes de leyes Márquez, Jaso y José María Gurría Urgel; los dos últimos buenos amigos de don Manuel, implicados en la huelga de junio y titulados, posteriormente, en la Escuela Libre.⁵¹ Importa, sin embargo, aclarar que la presencia de los estudiantes de leyes en los acontecimientos de enero pudo ser más bien raquítica, toda vez que en esos días tenían que preparar los exámenes finales de curso.⁵²

6. Junio de 1912.

Distintos a los anteriores fueron los hechos que dieron origen a la Escuela Libre de Derecho, aunque la confusión vasconcelista de 1935 esté plenamente justificada. En efecto, al identificar los avatares de enero con los de junio-julio del año 12, Vasconcelos no hizo sino confirmar, tardíamente, algo que en aquel año les quedó muy claro a algunos estudiantes y a otros sectores de la sociedad: Que existían relaciones entre ambos movimientos. Hoy podemos determinar que en el fondo una de las causas del nacimiento de la Libre puede iden-

⁴⁹ Vid. Germán Fernández del Castillo. "Noticias Históricas sobre la Escuela Libre de Derecho", *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*. Tomo IV, Nos. 1-6, enero-junio 1928, pp. 19, 20 y 24.

⁵⁰ *Excelsior*, 12 de mayo de 1917, informa que el día anterior se llevó a cabo una velada en la Casa del Estudiante en honor de Manuel Ugarte "ilustre huésped de la Universidad Nacional", organizada por los estudiantes universitarios y en la cual pronunció un discurso el licenciado Manuel Herrera y Lasso. *El Demócrata*, 12 de mayo de 1917, idem. En la biblioteca del Maestro se encuentra *El Porvenir de América*, edición valenciana, s. a., subrayado.

⁵¹ El 24 de enero de 1912, Gurría Urgel, junto con Luis Jaso, Buen Abad y otros estudiantes, firmaron una convocatoria a una reunión de todos los estudiantes en la Sociedad de Alumnos de la Escuela de Ingeniería, para resolver "la manera de prestar nuestra ayuda a literato tan distinguido [Ugarte] y de poner los medios para que en México sea respetada la libertad de pensamiento". Vid. *El Imparcial* 29 de enero de 1912.

⁵² De conformidad con el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes los exámenes principiaron el 15 de febrero y terminarían a fines del mismo mes; en mayo serían las vacaciones. *Nueva Era*, 26 de enero de 1912.

tificarse con uno de los motivos de las protestas en pro de Ugarte: el ambiente de intolerancia ideológica sostenido por ciertos funcionarios del régimen maderista. Hay, pues, una liga que une las palabras de Estrada con los discursos de Ezequiel Padilla y Herrera y Lasso; si en enero se luchó por permitir la libre manifestación de las ideas de un latinoamericanista convencido, en junio por la libertad y la despolitización de la educación.⁵³ El nexo, aunque por distintas razones, no escapó a la inteligencia de Vasconcelos, pero sí a la de Herrera y Lasso, quien en 1939 negara enfáticamente cualquier conexión entre ambos movimientos.^{53 bis}

La relación, sin embargo, se dio. Tanto en la mente de los mismos estudiantes, que en ambos conflictos se opusieron a la intolerancia, como en la de sus contradictores. Estos, en uno y otro caso, atribuyeron a razones políticas y a la intervención de personas ajenas y de partidos políticos no gubernamentales —principalmente el Partido Católico— el origen de la agitación juvenil.⁵⁴ Aquéllos, cuando la agitación de los futuros abogados tomó un cariz inesperado para el gobierno maderista dijeron, por boca de uno de los miembros del Comité de Hueva, al periodista de *El Imparcial* lo siguiente:

No se trata de una huelga exclusiva de Jurisprudencia, ni el verdadero motivo que la determina radica en la decisión de la superioridad poniendo en vigor lo prescrito por tal o cual programa o reglamento: eso no es sino el motivo ocasional; pero nunca el eficiente, pues este radica en el hecho de que deseamos que a los estudiantes se nos trate y se nos respete como se debe respetar y tratar a los hombres.

En consecuencia, esta huelga no es exclusiva de la Escuela de Leyes, sino que defiende una causa que es de todas las clases estudiantiles.

⁵³ Así lo destacaría años más tarde el propio Maestro potosino. Vid. *Infra* el Apéndice.

^{53 bis} *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. *supra* la editorial de *Nueva Era* de 27 de enero. En el mismo sentido se manifestó Luis Cabrera. Vid. *El Imparcial* 2 de julio de 1912 y Eugenia Meyer. *Luis Cabrera: teórico y crítico de la Revolución*. México, SEP, 1972, p. 15, No. 9 (Sep-Setentas, 48). Alfonso de María y Campos. *Estudio Histórico-Jurídico de la Universidad Nacional (1881-1929)*. México, UNAM, 1980, p. 101, atribuye a "razones políticas, académicas y hasta de conveniencia circunstancial" la fundación de la Escuela.

Palabras que bien pudo rubricar el estudiante Herrera y Lasso. El día 29 de junio, en que fueron pronunciadas, el espectro de Vasconcelos aun se agitaba entre ellos: "Nos deben respetar —concluyó el anónimo estudiante— desde el señor presidente de la República hasta el super muchacho Vasconcelos"⁵⁵ Taracena, al comentar esta frase escribirá posteriormente: "Lograrán que los respeten todos, menos el licenciado Vasconcelos".⁵⁶

Las causas que dieron origen a la Escuela Libre de Derecho todavía están pendientes por aclarar.⁵⁷ Sin duda, como lo quiso el interlocutor de *El Imparcial* y como lo admitió el mismo Cabrera, son muchísimo más complejas que las que en apariencia se manifestaron expresamente en aquellos días y de las que tradicionalmente se han manejado y repetido en las aulas de la Libre de Derecho. Para su cabal comprensión, además de éstas y éstas, hay que tomar en cuenta un sinnúmero de elementos que hasta la fecha se han descuidado, tales como la personalidad y la ideología de estudiantes y profesores fundadores; la visita de don Rafael Altamira a nuestro país en 1910;⁵⁸ la fundación de la Universidad Libre y de las Escuelas Católicas de Jurisprudencia;⁵⁹ las enseñanzas de Justo Sierra y Antonio Caso;⁶⁰ el carácter

⁵⁵ *El Imparcial*, 30 de junio de 1912.

⁵⁶ Taracena, *op. cit.*, 1980, p. 278.

⁵⁷ Vid. Fernández del Castillo *op. cit.*, pp. 16 y ss. Lucio Mendieta y Núñez. *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1975, 205-218; Gilberto Guevara Niebla. *Las luchas estudiantiles en México*, México, Editorial Línea, 1983, t. I, pp. 42 y 43; De María y Campos *op. cit.*, pp. 99-101; Casasola, *op. cit.*, t. 2, p. 480; Francisco Arce Gurza, "El inicio de una Nueva Era, 1910-1945" en *Historia de las profesiones en México*. México, SEP-El Colegio de México, 1982, pp. 232-234; Roberto Hernández Santamaría, "Miguel S. Macedo. Forja y temple de abogados", *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Año 8, No. 8, t. I, 1984, pp. 30-32. Un excelente resumen sobre las historias de la Escuela se halla en Manuel López Medina, "De nuestra septuagenaria Historia" en *Escuela Libre de Derecho. 70 Aniversario*. México, Escuela Libre de Derecho, 1982, pp. 9-16. (Estamos trabajando en la elaboración de una Historia de la Escuela, cuyos primeros frutos se publicarán con motivo del 75 Aniversario de la misma en 1987).

⁵⁸ Como nos lo ha venido advirtiendo Rafael Diego Fernández desde hace meses, por epístola y oralmente.

⁵⁹ Ruiz, *op. cit.* y Francisco de Icaza, "La sociedad católica y sus escuelas de jurisprudencia". *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1948, pp. 349-360.

⁶⁰ El primero, desde 1875, sostendría que "El medio legítimo de llegar a nuestra independencia moral y absoluta del pasado es la instrucción libre, creadora del estímulo, propicia a todas las manifestaciones del pensamiento, fórmula suprema del espíritu analítico de nuestro siglo" y que el Estado podía hacer una cosa mejor: "puede considerar la enseñanza superior como independiente, y esta es la clave de todo sistema definitivo de enseñanza libre". Caso, por su parte, en su oportunidad afirmará que "Cultura sin libertad no se concibe. Sólo en un ambiente de libertad puede madurar la obra de la civilización". Vid. Justo Sierra. *Obras*

de Luis Cabrera —director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia—; la gestión de Pablo Macedo como director antes de Cabrera; las rencillas personales, políticas y profesionales entre Cabrera y Vera Estañol; la adhesión de profesores y alumnos a los partidos de oposición —Católico, Evolucionista o Democrático-Antirreeleccionista—; la influencia de éstos; el papel desempeñado por la prensa, especialmente por la Asociación de Periodistas Metropolitanos —presente en los acontecimientos de enero como en los de junio—; la naturaleza y los fines del Casino de Estudiantes; el apoyo de personas ajenas al movimiento; la represión a la prensa llevada a cabo por el gobierno maderista; la presencia de Pino Suárez —Secretario de Instrucción Pública y Vicepresidente de la República—; la actividad de los miembros de "la Porra"; los motivos del buen número de huelgas estudiantiles declaradas, tanto en la capital como en los estados, durante el primer semestre de 1912; la ideología educativa del régimen maderista; las contradicciones en que incurrió el liberalismo mexicano en esta materia; y, entre otras, la visita y el mensaje de Manuel Ugarte, aquí apenas apuntado.⁶¹

Pero cualesquiera que hayan sido aquéllas no fueron suficientes para justificar el epíteto de "ilegítima" que Vasconcelos enderezó a la Libre en la *Breve Historia de México* al referirse a Emilio Portes Gil (1890-1978), ex presidente de la República y egresado de las aulas de la Escuela el año de 1915. Calificativo que el autor de los *Ensayos Filosóficos* se apresuró a refutar en su discurso del 24 de julio de 1937, al decir que la Escuela tenía "su firme asiento en el artículo 3º de la Constitución de 1857", y al recordar que "su fundación fue acogida con aplauso por el Presidente Madero".⁶² El "ilus-

Completas VIII. La Educación Nacional. México, UNAM, 1977, pp. 35 y 36 y Francisco Larroyo. Historia comparada de la educación en México, 17a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 435.

⁶¹ Para las contradicciones del liberalismo puede verse Jaime del Arenal Fenocho, "Las Escuelas Libres de Derecho en Michoacán 1921-1935". *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 7, No. 7, 1983, pp. 31-39, y Sierra, *op. cit.*, p. 34.

⁶² *Lectura*, p. 32. (En su informe de 16 de septiembre de 1912, leído ante el Congreso de la Unión, Madero se refirió a la Libre con las siguientes palabras: "Con motivo de ciertas medidas disciplinarias que el director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia creyó oportuno dictar, se declararon en huelga los alumnos de dicho plantel, y de ese movimiento de insubordinación surgió la Escuela Libre de Derecho para el estudio de aquella facultad. Sólo es de lamentarse que a un acto de indisciplina, respecto a la escuela oficial hubiese debido su nacimiento la Escuela Libre; pues por lo demás, la iniciativa privada para impulsar el progreso en cualquiera de sus ramos, pero muy principalmente en lo que se relaciona con el adelantamiento intelectual, debe acogerse siempre con aplauso y es merecedora de toda consideración". *México a través de los informes presidenciales.*

de la Poesía del Derecho" identificó, además, el motivo de los ataques vasconcelistas (ya confesado por el propio Vasconcelos) con estas frases: "Mala consejera es la pasión que así enturbia la visión y ofusca hasta una mente superior". "El epíteto no es siquiera injusto; sencillamente resulta ininteligible".⁶³

Ya hemos visto que Vasconcelos no aparece sino accidentalmente en los acontecimientos que dieron inmediato origen a la Escuela Libre, pero fue testigo —y se formó una opinión— de ellos; opinión que mantuvo durante más de veinte años y que se radicalizó durante este plazo por las actividades asumidas por algunos de los egresados de la Escuela en contra de sus personales intereses.

7. Nuevo ataque, defensa, contradicciones y dudas.

La relación entre Herrera y Lasso y Vasconcelos motivada por la existencia de la Libre pudo terminar aquí, en el discurso de 37, pero dos años después el segundo, recién llegado del exilio, publicó *El Proconsulado*, en cuyas páginas el primero pudo leer:

Portes... se decía abogado y creo que tenía título, pero de una escuela llamada libre, que aunque siempre ha contado con cierto número de profesores eminentes, ha sido o fue la Meca de alumnos que, en los estados, no habían pagado Preparatoria, y no eran admitidos en la escuela oficial por falta de adecuada preparación.⁶⁴

Fue entonces cuando don Manuel Herrera y Lasso, imposibilitado de guardar silencio —muy hondo le calaría la opinión del autor de *Monismo Estético*— escribió un artículo para *Excelsior* al que tituló "Un error reiterado".⁶⁵ En él recordó y refutó los tres ataques vasconcelistas contra la Libre; precisó la evidente confusión en los sucesos narrados en el *Ulises* —"Anacronismos y procrónismos son moneda corriente en los libros de Vasconcelos"—, y recordó que la Escuela

Tomo II. La Educación Pública. México, Secretaría de Educación Pública —Secretaría de la Presidencia, 1976, p. 122).

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *El Proconsulado*, en José Vasconcelos. *Memorias II*, México, FCE, 1982, p. 702.

⁶⁵ *Excelsior*, 29 de septiembre de 1939. Reproducido en el *Apéndice*.

se había fundado por iniciativa exclusiva de los alumnos de Jurisprudencia.

Sorpresivamente, sin embargo, en esas líneas Herrera y Lasso negó que la fundación de la Libre tuviera que ver "ni de cerca ni de lejos" con la visita de Manuel Ugarte. Hay que aceptar que ésta no fue, en verdad, la causa eficiente del nacimiento de aquélla, pero, ¿podría haber olvidado el profesor de derecho Constitucional que la manifestación del 26 de enero de 1912 fue organizada para resistir —según los propios estudiantes— una ofensiva gubernamental en contra de la libertad del pensamiento, y para obtener el respeto debido a la clase estudiantil, como también fue el caso de la huelga de junio de 1912? En franca confusión don Manuel, acto seguido, recordó que los alumnos fundadores habían perseguido con el establecimiento de la Escuela librarse "del ambiente de aminoraciones que la política había creado en la Facultad" y obtener "enseñanzas libremente impartidas", por lo que, si habían cancelado sus matrículas, lo habían hecho "para fundar un instituto de enseñanza superior, independiente del poder público". Lo que anhelaban —insistió— "era dar vida plena, por primera vez en México, en un instituto profesional, a la libertad de enseñanza garantizada por el artículo 3º de la Constitución. Por eso fundamos una Escuela Libre, ajena a toda finalidad política o religiosa". Orgulloso, el Maestro veía en su Escuela la realización "plena y anticipada del ideal de autonomía universitaria", por mantener siempre "enhiesta su bandera de libertad en lo espiritual, en lo pedagógico y en lo económico". ¿Acaso no había sido esta bandera de libertad la que —claro está, por otras particulares razones— habían enarbolado los estudiantes en enero del repetido año? ¿O es que Herrera y Lasso sabía que las manifestaciones en favor de Ugarte y contra *Nueva Era* y Vasconcelos no habían estado limpias de contenido político, como aseguraron en esos momentos sus detractores?; de otra forma no se explica la rotunda fórmula: "Ni de cerca ni de lejos".

El célebre constitucionalista finalizó su apología de la Libre asegurando que de "semejante institución no puede, no debe, ser deturpador el patriota que se llama José Vasconcelos"; provocando así que el filósofo dijera la última palabra en ese asunto.

Habiendo leído la editorial de *Excélsior*, Vasconcelos envió a su contradictor el mismo mes de septiembre la siguiente carta, misma que con autorización de su autor reprodujo también *Excélsior* en página editorial el 16 de octubre del mismo año:

México, Sepbre. de 1939

Sr. Lic. D. Manuel Herrera Lazo

Pte.

Mi querido compañero y amigo:

Acabo de leer su generoso artículo del *Excélsior* de hoy 29.

Por pereza no había hecho declaraciones explícitas en ese asunto de la Escuela Libre de Derecho. Debo a Ud. el haberme convencido de mi error de atacar a la Escuela por causa de la posición adoptada —posteriormente a su graduación— por algunos de sus discípulos. Y le digo: me desisto de todo lo que hubo de injusto en mis apreciaciones: no me tenga ya más por enemigo de la escuela, sino más bien como un viejo admirador de casi todos sus maestros; admirador de Macedo y de Esquivel Obregón; de Sodi y de Azcué y de Rabasa y de Vera Estañol como abogados, y admirador también de ciertos discípulos de la Institución, como por ejemplo Herrera Lazo, a quien de antiguo quiere su afmo. amigo y ss.

J. Vasconcelos.

La polémica había terminado, veintisiete años después de los acontecimientos que le dieron vida. En apariencia, Herrera y Lasso había "convencido" al filósofo oaxaqueño. Sin embargo, éste se resistió a la conversión total. La presencia en su carta de los "casos", los "ciertos" y los "algunos" lo demuestran. En éstos cabrían, desde luego, personajes como Portes Gil o Ezequiel Padilla (1892-1971) a quienes jamás perdonaría sus nexos con el proconsulado. Aun más, el propio desistimiento hay que replantearlo críticamente, sobre todo tratándose de la compleja personalidad de Vasconcelos.

En su carta aceptó haber atacado a la Libre, pero la razón del ataque que expuso nada se relaciona con los conflictos de 12, remembrados en el *Ulises* y en los cuales él, con los miembros de su partido, creyó ver la mano de algunos eminentes ex porfiristas como lo fueron,

precisamente, Macedo, Sodi y el propio Vera Estañol. ¿Los pudo admirar entonces siquiera "como abogados", o después, cuando algunos incluso colaboraron con el huertismo? ¿No hay que ubicar su admiración al momento en que la formuló, es decir, hacia 1939? ¿No es éste, en fin, un anticipo de su "Por mi raza hablará el espíritu... santo"? Por otro lado, en las líneas de su carta dijo claramente que se retractaba "de lo que hubo de injusto" en sus apreciaciones, no de lo justo. La duda sobre el contenido de lo uno y de lo otro, para nuestro desconcierto, no la resolvió.

De cualquier forma, el cambio —ya lo había advertido Herrera y Lasso respecto a la crítica contenida en *El Proconsulado*— era notable y el tono continuaba descendiendo. Y es que el Vasconcelos de 1939, simpatizante de la alemania nazi, conservador, con su furioso anti-norteamericanismo, se alejaba del de 35, y poco tenía ya que ver con el de 1912, confiado, con y en el poder, gobiernista, liberal y pro-yankee. Los treinta lo había cambiado. Inclusive, quien en 1912 acusara a Manuel Ugarte de "meter ruido" firmará, treinta años después, en unión de otros destacados intelectuales latinoamericanos, el siguiente mensaje, dirigido al gobierno argentino para solicitar se le concediera a aquél el premio nacional de literatura:

Manuel Ugarte ha probado las cualidades literarias que corresponden a un maestro de su raza y a un director de la juventud; su influencia espiritual se extiende a la América Latina entera y la raza ha recibido de él doctrina y consejo en sus asuntos vitales...⁶⁷

Ante tales contradicciones, nos queda, cuando menos, la seguridad de que en octubre de 1939 José Vasconcelos no quiso ser enemigo de la Libre de Derecho... gracias a Manuel Herrera y Lasso, "el pescador de rayos de luna en la vida política de México".

Zamora, agosto de 1985.

⁶⁶ No se olvide que el ataque de enero de 1912, también se dirigió contra el profesorado.

⁶⁷ En Manuel Ugarte. *Escritores Iberoamericanos de 1900*, México, Editorial Vértice, 1947, p. 7.

APÉNDICE

UN ERROR REITERADO*

Manuel HERRERA Y LASSO

Recientemente, contradiciendo una opinión política de Vasconcelos, dije más o menos estas palabras en un discurso pronunciado ante la Convención de Acción Nacional:

Yo tengo el orgullo de haber conocido y tratado a tres grandes mexicanos —dos de ellos desaparecidos— que si no han sido "genios", sí han irradiado destellos geniales: don Francisco Bulnes, don Emilio Rabasa y don José Vasconcelos.

A Vasconcelos le debe México una acendrada labor filosófica de pensamiento original; le debe páginas maravillosas que perdurarán entre lo mejor de las letras hispánicas; le debe el ejemplo de una viril actitud cívica encendida en amor patrio y en nobles ansias de regeneración nacional. Y le debe un libro de historia que, para ser más admirable, está escrito por quien no sabe historia. Lo cual no obsta para que en él se desenvuelva el panorama de cuatro siglos, contemplado, en visión totalizadora, con la mirada de águila de un San Agustín, de un Bossuet, de un Vico —los creadores de la Filosofía de la Historia— y se trace con claros perfiles el destino magnífico de México truncado y frustrado por las fuerzas del mal.

Pero —agregaba— el parecer de Vasconcelos frecuentemente no se puede tener en cuenta... Y de uno de esos frecuentes casos es comentario el presente artículo.

En tres de sus obras alude Vasconcelos a la Escuela Libre de Derecho y a los estudiantes que la fundamos en 1912.

En el "Ulises Criollo", nos dedica algunas frases destempladas, y atribuyéndonos el triste papel de instrumentos políticos, inconscientes cuando no viles, y pretendiendo hacer de la fundación de la Escuela, un episodio de las manifestaciones antimaderistas que siguieron a la visita de Manuel Ugarte que nada —ni de cerca ni de lejos— tuvo que ver con nuestra empresa. Crecidos en sus exigencias —añade—

* Publicado en *Excélsior* el 29 de septiembre de 1939.

los alumnos de Jurisprudencia echaban de la dirección a Luis Cabrera. Otro grupo se había ido a buscar profesores del porfirismo para fundar la Escuela Libre de Derecho. Para campeones de la ley, buscaban a los servidores de la tiranía.

En la "Breve Historia de México" por deturpar a Portes Gil, lo llama "abogado de una Escuela ilegítima". Y con el mismo propósito, en el "El Proconsulado", aunque atenúa sus anteriores afirmaciones, reitera por otro concepto, el juicio peyorativo. "Portes... se decía abogado y creo que tenía título, pero de una Escuela llamada Libre, que aunque siempre ha contado con cierto número de profesores eminentes, ha sido o fue la Meca de alumnos, que, en los estados, no habían pagado Preparatoria y no eran admitidos en la escuela oficial por falta de adecuada preparación".

En suma, confusión en los sucesos —anacronismos y procrónismos son moneda corriente en los libros de Vasconcelos—; apreciaciones deformadas por la pasión que perturba la mente y la oscurece, y como resultado final: un error con agravante de reincidencia.

La Escuela Libre de Derecho jamás fue en el pensamiento de los estudiantes que la fundamos, una aventura política. Precisamente por librarnos del ambiente de aminoraciones que la política había creado en la Facultad, salimos de ella en busca de maestros que lo fueran de veras y de enseñanzas libremente impartidas. No fueron dos grupos —como asienta Vasconcelos— sino uno solo formado por el 80% de los alumnos, el que procuró la renuncia de don Luis Cabrera como director de la Facultad y, al no obtenerla, canceló sus matrículas y abandonó aquellas aulas para fundar un instituto de enseñanza superior, independiente del poder público.

Con limpio y riguroso criterio de competencia técnica, seleccionamos al profesorado de la nueva Escuela. Así acudimos a don Agustín Rodríguez para que enseñara Derecho Civil; a don Miguel Macedo para que explicara Derecho Penal; a don Emilio Rabasa para que profesara el Constitucional. Porfiristas lo habían sido los dos últimos; no así el primero, "sacerdote del derecho" que rehusó siempre cargos oficiales. Al lado de aquellos próceres del saber estuvieron hombres como don Antonio Caso, don Julio García, don Demetrito Sodi, don Rafael Ortega, don Eduardo Pallares, don Pedro S. Azcué, don José N. Macías, don Ignacio Bravo Betancourt, don Jorge Vera Estañol,

ilustre catedrático de Derecho Mercantil expulsado de la Facultad por mezquinos rencores políticos, don Francisco León de la Barra cuya reciente muerte significa para México la pérdida de un insigne internacionalista que en el extranjero dio lustre, como pocos, a su Patria, y otros más que entonces y en los años posteriores han sido eminencias del Foro de la República.

¿Qué nos importaban la opinión o la acción políticas de todos ellos? Lo que queríamos era recibir sus lecciones; lo que anhelábamos era dar vida plena, por primera vez en México, en un instituto profesional, a la libertad de enseñanza garantizada por el artículo 3o. de la Constitución. Por eso fundamos una Escuela Libre, ajena a toda finalidad política o religiosa, en la cual los profesores imparten gratuitamente la enseñanza, y el orden y la disciplina están confiados al honor de sus alumnos.

Madero creyó en la limpieza de nuestros propósitos cuando de viva voz se los expusimos y consagró la obra en aquellas memorables palabras de su mensaje presidencial de 1912:

"Sólo es de lamentarse que a un acto de indisciplina, respecto de la Escuela Oficial, hubiese debido su nacimiento la Escuela Libre de Derecho; pues por lo demás, la iniciativa privada para impulsar el progreso en cualquiera de sus ramos, pero muy principalmente en lo que se relaciona con el adelantamiento intelectual, debe acogerse siempre con aplauso y es mecededora de toda consideración."

¿Es esta la Escuela "ilegítima" que denuncia Vasconcelos? El epíteto —lo he dicho en otra ocasión— no es siquiera injusto; sencillamente, carece de sentido.

Tal parece que convencido de ello el autor de "El Proconsulado" vuelve sobre sus pasos y rectifica y corrige su infundada opinión. Ya no la repite en esta su postrera obra: ya reconoce que la institución "siempre ha contado con cierto número de profesores eminentes"; pero todavía lanza la flecha del Partho: la escuela llamada libre ha sido o fue —hay que agradecerle el distinguo— almácigo de alumnos sin estudios preparatorios.

A esta última diatriba, oponen rotunda negación los archivos de la Escuela. Los alumnos que ingresamos a ella, al fundarse, lo habia-

mos sido antes de la Facultad y no hubiéramos tenido tal carácter sin el 'pase' de la Preparatoria. Después, la Escuela no abrió sus puertas sino a quienes habían hecho cabalmente sus estudios en alguna de las escuelas preparatorias de la República y sólo tuvo por buenos los certificados respectivos, tras de cerciorarse cuidadosamente de la idoneidad y prestigio de las instituciones que los habían expedido.

Han transcurrido veintisiete años y la Escuela continúa su benemérita labor, nunca interrumpida. Realización plena y anticipada del ideal de autonomía universitaria, mantiene enhiesta su bandera de libertad en lo espiritual, en lo pedagógico y en lo económico.

De semejante institución no puede, no debe, ser deturpador el patriota que se llama José Vasconcelos.

LA DESCENTRALIZACIÓN INDUSTRIAL, EXIGENCIA MUNDIAL

Santiago BARAJAS MONTES DE OCA

En reciente seminario sobre problemas demográficos y concentración de población en determinadas áreas geográficas, se llegó a la conclusión de que la causa fundamental de las *megalópolis* era la excesiva centralización de la industria, cuyo desarrollo irregular y escasamente planificado había traído como consecuencias directas, por una parte, el afán de gobiernos y empresarios de obtener en corto tiempo una evolución económica que permitiera, para los primeros, la ampliación de sus recursos para facilitar la función pública de interés social; para los segundos, la rápida recuperación de las inversiones y el manejo posterior de una aceptable utilidad; por otra, la movilización de grandes contingentes humanos, deslumbrados por los incentivos de la ciudad y la esperanza de obtener medios de subsistencia mejor calidad que los provenientes de sus lugares de origen, aparejada aquélla con incesantes exigencias de vivienda y transporte, que al habérseles facilitado en alguna forma, aumentaba el atractivo ciudadano, sobre todo cuando en el medio rural existen carencias de los más elementales servicios colectivos.

Pese a la dura crítica hecha a nuestra convivencia y al fenómeno universal de las concentraciones humanas, atribuidos en parte a la centralización de la industria, creemos que, si bien es cierto este hecho ha contribuido al crecimiento urbano de manera desmesurada, el fenómeno es general y no único de nuestro país, constituyendo su solución asunto de interés colectivo tanto en países desarrollados como en países en vías de desarrollo. Por esta razón, ha sido el propósito presentar este breve estudio dentro del marco comparativo que caracteriza a la investigación sociológica del trabajo, para analizar las generalidades del problema, así como las soluciones que se han dado en otros países, con base en orientaciones apoyadas en distintos métodos operativos o de imposición política, que se apuntaron en el expresado seminario.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que son tres los factores que actualmente inciden en las políticas destinadas a la descentralización industrial: las grandes ciudades; la distribución del

empleo; y la necesidad de ampliar la explotación de los recursos naturales.¹ Procedemos al examen de dichos factores:

I. Las grandes ciudades.

Por regla general se piensa que las grandes ciudades han surgido a raíz de la revolución industrial. Nada más erróneo. Baste examinar la historia universal para concluir de manera distinta. En efecto, antes de la era cristiana, Pekín, Bagdad, Samarkanda, Constantinopla, Bombay, para sólo citar algunas ciudades de mayor importancia, tuvieron poblaciones superiores al medio millón de habitantes. Roma misma se ufanaba de contar con una población semejante sin incluir su vasto imperio. Algunas sufrieron bajas considerables a causa de conflictos bélicos, pero otras han mantenido hasta los tiempos modernos su densidad demográfica.

Es indudable que las urbes de grandes proporciones han tenido su origen con posterioridad a la revolución industrial. París, Roma o Londres llegaron a tener al inicio del siglo XIX más del medio millón de habitantes y en el transcurso de dicho siglo, Berlín, Leningrado, Viena, Nueva York y Tokio, no sólo alcanzaron el millón de seres humanos, sino lo superaron, a grado tal, que al amanecer del presente siglo contaban con tres millones de habitantes. Otras ciudades se les fueron acercando tanto en el viejo como en el nuevo Continente, y particularmente en Asia, llegando a diecinueve las que superaron un millón de habitantes antes de iniciarse la primera guerra mundial.

Según una estadística de la OIT, para el año de 1980 ciento setenta y cuatro ciudades excedían el millón de habitantes; veintiuna de ellas con más de cinco millones de habitantes y siete con más de diez millones de habitantes (Nueva York, Londres, Tokio, México, Pekín, Bombay y Sao Paulo). Entre cinco y diez millones se encuentran Chicago, Los Angeles, San Luis Missouri, Montreal, Toronto, Río de Janeiro, Osaka, Hong Kong, Singapur y Moscú, para señalar las más conocidas como *metrópolis*, calificativo que durante muchos años denotó importancia económica y demográfica, aunque hoy ninguna de las mencionadas se atreva a presumir de las grandes concentraciones humanas a que han llegado, no sólo por la multiplicidad de problemas que les han sobrevenido, sino por el hecho de que "de cada diez ciudadanos de un país, son cuatro los que habitan en ciudades millonarias, o sea un 40%".²

¹ Organización Internacional del Trabajo, *Introducción al estudio del trabajo*. Tercera edición (revisada). Oficina Internacional del Trabajo (CH-1211), Ginebra, Suiza, 1983, pp. 3 y ss.

² *Examen general de las estadísticas del trabajo*. Informe dirigido a la XXI Conferencia Internacional de Estadígrafos del Trabajo, Washington, pp. 21 a 26.

El profesor Paul Bairoch, de la Universidad de Ginebra, uno de los estudiosos de mayor renombre en la materia, indica que las circunstancias que han contribuido al desarrollo de las grandes ciudades son, por una parte, los climas benignos donde se encuentran asentadas; por otra, la vivienda de que se dispone; y en tercer término, debido a los centros culturales y a las distracciones como él las denomina, tanto de interés público como privado, que día a día se multiplican a medida que aumenta su población, como si se quisiera atraer a ésta y lograr su permanencia indefinida.³

Efectivamente, las zonas arboladas o lacustres, poco sensibles a las variantes de temperatura, constituyen el gran atractivo para el ser humano y es por lo mismo, a su rededor, que se han desarrollado grandes centros urbanos. Lo mismo puede decirse de ciudades ubicadas en el altiplano, a la vera de ríos, en las que también se observan enormes concentraciones de población de variadas características. En cambio no las encontramos ni en las zonas tropicales o en las zonas desérticas, como es fácil comprobarlo con la geografía.

Veamos ahora la vivienda, a la cual como en nuestros días se precisa: debe ser cómoda e higiénica, factor también de rápido crecimiento urbano. Nos dice Arthur Lewis que "es más fácil encontrar un medio habitacional aceptable en la ciudad que en el campo, a pesar de la calidad de vivienda que se disponga".⁴ Podemos asegurar que durante más de un siglo el éxodo de las zonas rurales a las zonas urbanas fue la característica de los movimientos demográficos, y en algunos países como el nuestro, las emigraciones masivas del campo a la ciudad se dieron y aún se dan con extrema crudeza, debido a las ventajas habitacionales que se contemplan desde cualquier punto de vista social. Poco ha logrado el fenómeno inverso, o sea el retorno de la ciudad al campo, pues aun cuando ha empezado a darse ya en varios países, en particular los más desarrollados y los socialistas, la imperiosa necesidad de descongestionar las megalópolis ante las escasas posibilidades de una existencia digna; aún no es posible regular el control de población, complicándose cada día más la acción del Estado, cuyos recursos no alcanzan a cubrir en su totalidad los servicios públicos demandados por las populosas comunidades que exigen ser atendidas. A esto haremos referencia más adelante.

Se piensa que el actual deterioro de la vivienda urbana pueda ser el único elemento que permita una modificación substancial del *habitat* ciudadano. Decíamos que por mucho tiempo se significó dicha vivienda urbana por representar una mejoría familiar, pues como antaño se ex-

³ Bairoch, Paul. *Empleos y grandes ciudades: problemas y perspectivas*, artículo publicado en la Revista Internacional del Trabajo, Vol. 101, Nº 3, julio-septiembre 1982, pp. 363 a 380.

⁴ Lewis, Arthur. *A Review of Economic Development*, artículo publicado en la revista American Economic Review, mayo 1965, p. 14.

presaba, en la ciudad se podía "disponer de casas en las cuales se tenía a todas horas luz y agua de uso corriente"; se multiplicaban los servicios públicos y se impulsaba la diversión popular sin costo alguno. Pero esto ha sufrido hoy una brutal degradación en diversos aspectos: al lado de las viviendas unifamiliares o multifamiliares que efectivamente continúan con las ventajas descritas, han proliferado los tugurios (*bidonvilles* como los denominan en Francia; villas-miseria en Venezuela; ciudades perdidas entre nosotros), que son colonias marginales, verdaderos cinturones de chozas improvisadas, sin higiene y sin servicios elementales, que rodean a las grandes ciudades y cuyas administraciones municipales se encuentran en la imposibilidad de regenerar, mucho menos de dotar con los apoyos esenciales para una decorosa existencia.

Aparte lo expresado, también la vivienda colectiva, los departamentos o las llamadas casas solas, según nuestra tipología habitacional, ha sufrido graves deterioros por diversas razones: primero, debido a las rentas que producen, cuyo importe no permite a los arrendadores su reparación y menos aún su mejoramiento estructural, máxime si por alguna circunstancia dichas rentas se encuentran congeladas o en litigio. Segundo, porque aún siendo propia la vivienda, los actuales costos de reparación y mantenimiento son tan elevados, que han imposibilitado a muchos propietarios llevar a cabo una u otros; en el menor de los casos se hacen las reparaciones más urgentes para mantenerlas habitables. Tercero, aun cuando en todos los países se ha impulsado la llamada *vivienda popular de interés social*, la limitación de los servicios y la necesaria reducción de áreas habitacionales, ante la imposibilidad de proporcionar unos y ampliar otras en la medida humana que corresponde, ha obligado a restringir la construcción de conjuntos habitacionales y a la búsqueda de soluciones que, sin limitar las libertades constitucionales, permitan resolver el problema demográfico.

Y un motivo más del atractivo ciudadano lo representan los espectáculos públicos, las diversiones culturales o deportivas, el establecimiento de grandes centros de enseñanza, el amplio campo ofrecido a la cultura y los entretenimientos familiares: cine, teatro, televisión, radio, etcétera. Los discos, los cinematógrafos, las salas de arte, las de concierto, las exposiciones, los espectáculos gratuitos ofrecidos por las administraciones públicas, todo en su conjunto, ha contribuido al engrandecimiento de las ciudades, pues dentro de este campo la ciudad no ha tenido rival: es tal el aumento permanente de atracciones públicas para grandes sectores de población, que hoy no sólo las buscan, sino que las exigen y se les proporcionen a bajo costo.

Y podría agregarse la participación política de la ciudadanía; el fácil acceso de las personas a un determinado nivel social; la distribución comercial a través de grandes y sugestivos centros de gran

lujo o de simple mercadeo; el aislamiento social que algunos grupos prefieren y obtienen; la salud mental que la urbanización proporciona. En fin, larga sería la lista de estas ventajas colectivas que ha hecho posible el auge de las grandes ciudades. Sólo que todo esto se ha revertido en contra de sus habitantes, ante el hacinamiento y aglomeración en que conviven, por el costo de la vida, por la insuficiencia de satisfactores, por la violencia e inseguridad. Este es el motivo por el cual se viene apreciando el interés de muchas familias por alejarse de "la selva de asfalto" en que se ha caído, para ir en busca de horizontes limpios, tranquilos, más aptos para la vida en común.

II. La distribución del empleo.

El avance incontenible de los medios de producción y la incesante creación de empleos que sobrevino después de concluida la segunda guerra mundial, provocaron tal auge en las ciudades, que no sólo se habló de "milagros económicos" y de estabilidad social de las naciones, muchas de las cuales al impulso de su economía llevaron a cabo grandes realizaciones en los centros urbanos, a tal grado que poco faltó para que despoblaran el campo. Éste vino a menos ante la mecanización y si los empleos en él disminuyeron, aumentaron en cambio en los centros industriales, donde se multiplicaron no por cientos, sino por miles, las fábricas, los talleres, los comercios, los servicios.

Pero en sólo veinticinco años tan bonancible situación sufrió un cambio trascendental. El decenio de los años setenta conoció una de las más graves recesiones internacionales, ya que por igual, países desarrollados como en vías de desarrollo, han visto disminuir sus posibilidades de progreso y han tenido que enfrentarse a un poderoso fantasma cuya presencia no se había previsto: el desempleo. Como piensa Despontin, la tragedia de la civilización moderna la representan "los brazos caídos" y es producto del inadecuado maquinismo en el que se ha caído por las naciones industriales y no industriales, unas por su afán desmedido de lucro y de avances tecnológicos, al pretender mayores utilidades con menor inversión, pero sin contemplar que al lorgar uno y otros dejan atrás desocupación, miseria y desamparo; otras por su empeño en acomodarse en la era industrial o por pretender alcanzar a los grandes en su desarrollo, con la creencia de que al crecer podrán ubicarse en igual nivel de intereses.⁵

Piensa Wilbois también, que el maquinismo produce desocupación si no se racionaliza la producción en su conjunto, si no se utilizan los procedimientos técnicos adecuados en el complejo de la industria y si no se adoptan adecuadas formas comerciales. La máquina o el proce-

⁵ Despontin, Luis A. *La Técnica en el Derecho del Trabajo*, Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina, 1941. pp. 253 a 257.

dimiento de fabricación a base de tecnicismos sofisticados, elimina un cierto número de empleos cuya compensación resulta muy difícil de reemplazar, porque si es cierto que la producción de nuevas máquinas permite la posibilidad de ocupar obreros, el número de éstos siempre será inferior a aquél que la propia máquina desplaza. Agrega este autor que en tales condiciones la única solución que puede darse, es reducir en lo posible el periodo de desocupación y reingreso del trabajador, en un constante movimiento alternativo de flujo y reflujo propio de la modificación de la industria mecanizada.⁶

Creemos por nuestra parte que la desocupación no se debe con exclusividad a la extensión y difusión de la máquina, ni en las diversas manifestaciones de la superproducción y concurrencia industrial, sino en la competencia desleal (*dumping*), en la falta de racionalización en el trabajo, en el aumento de población y la inestabilidad de las relaciones internacionales. La solución puede estar, a nuestro modo de pensar, en el manejo de dos situaciones: encuadrar la producción mecanizada en un ritmo convencional a efecto de que su aceleramiento no llegue a crear desocupados y en una eficaz distribución del empleo, tal y como se ha sugerido por el Consejo de la Comunidad Económica Europea y ha sido puesto en práctica no sólo por la comunidad sino por las naciones que se apoyan en los sistemas de economía dirigida.⁷

A su vez, ante los desequilibrios provenientes del reparto del crecimiento económico y del empleo, ha sido la OIT quien ha preparado estudios cuya elaboración ha sido encargada a su grupo de expertos, con base en dos ideas generales: 1ª El análisis del conjunto de relaciones socio-económicas complementarias del espacio nacional, organizados a partir de nuevos centros urbanos; y 2ª El proceso de desarrollo de un país cuyo apoyo sea el desarrollo regional, a fin de corregir disparidades espaciales (de la producción, el empleo, el ingreso, los bienes y los servicios esenciales). Los legisladores de la propia OIT se han encargado de elaborar convenios y recomendaciones en este campo, para intentar la apertura de nuevos caminos que eviten la desocupación.⁸

Existe actualmente un sincero empeño en el análisis del desarrollo regional del empleo así como en la elevación de los niveles de ingreso y empleo en las actividades industriales. Se piensa que, independientemente de contar con los instrumentos válidos que ayudan a dicho análisis, cuales son: la economía, la estadística, la sociología, la geo-

⁶ Wilhois, Joseph. *La Desocupación*, editorial Bloud & Gay, París, 1937. pp. 42 a 43.

⁷ Ribas, Jean Jaques, Marie Jose Jonczy y Jean Claude Séché. "Derecho Social Europeo", Instituto de Estudios Sociales del Ministerio del Trabajo de España, Madrid, 1980. pp. 165 a 167.

⁸ Ricca, Sergio. *Los Servicios del Empleo*. Publicación de la OIT (ISBN-92-2-302841-8), Ginebra, Suiza, 1983. pp. 277 y ss.

grafía, la ciencia política y la antropología; se tienen otros de apoyo, como pueden serlo las estructuras socio-económicas de una región y las llamadas "cuencas de empleo" noción más limitada que el concepto de región, en donde con mayor facilidad pueden ser subsanadas las insuficiencias del desarrollo regional. En otras palabras, es posible enfrentarse con eficacia a los problemas concretos y cotidianos del empleo si se intentan otros planteamientos en lugares específicos, en los cuales sea posible crear nuevos polos de desarrollo.

Del doctor Jean Mayer tomamos un interesante esquema de distribución del empleo, que trataremos de resumir en lo esencial. Considera este autor que en Francia las perspectivas nacionales de crecimiento de empleo han tendido desde el decenio de los años sesenta a desconcentrar "la cuenca de París y a equilibrar el este con el oeste en materia de población e industria". En Gran Bretaña —agrega— la desconcentración de empresas se ha visto altamente favorecida debido a que los trabajadores, en forma voluntaria, han aceptado la movilidad hacia centros de productividad menos favorecidos pero actualmente rehabilitados para tal objeto. En ellos se han instalado las fábricas estrictamente necesarias para una finalidad concreta: producir artículos domésticos, por ejemplo, en una sola línea y de una sola calidad que evite costos elevados.⁹

En la República Federal de Alemania, al igual que en Austria y Suiza, se ha promovido el potencial específico de cada región, insistiendo también en la especialización, pero al mismo tiempo en la autosuficiencia. Irlanda ha desarrollado planes regionales de desarrollo industrial y de reagrupamiento de la población urbana que examinaremos más adelante, cuyo único objetivo ha sido la distribución del empleo. Y en los países mediterráneos también se han logrado importantes avances, quizás menos impresionantes que los de la región norteeuropea, pero en cualquier forma destinados a impulsar en regiones periféricas débiles el establecimiento de nuevas empresas. Los empresarios han respondido con entusiasmo al progreso de los programas respectivos y se contemplan ya, tanto en España como en Portugal y Grecia notables adelantos que han permitido la movilización de trabajadores, muchos de los cuales se resistieron por largos años, al abandono de los grandes centros citadinos.

En nuestro continente podemos apreciar, asimismo, interesantes planes de desarrollo con idénticos propósitos y efectos. En Estados Unidos de América, por ejemplo, aun cuando su sistema federal obliga a dejar a las autoridades estatales amplia autonomía, limitándose el poder central a fijar el marco general de la política económica y social, así como

⁹ Mayer, Jean. *Evolución de las ideas y prácticas en materia de desarrollo regional de empleo*, artículo publicado en la Revista Internacional del Trabajo, vol. 103, Nº 2, abril-junio de 1984. pp. 241-61.

a dictar las normas que aseguren el mejor funcionamiento posible del libre juego del mercado, se han dirigido sus gobiernos a impulsar con la conveniente infraestructura preparada, las zonas productivas aún no explotadas, a fin de evitar los graves desequilibrios que se contemplaban en materia de explotación de los recursos naturales y para mejor distribuir la población, proveer al reparto de empleo y el ingreso de manera más equitativa y mejorar en lo posible los servicios rurales. La federación ha puesto en práctica un sistema unificado de protección social, sin recurrir a la planificación global o a la fijación de objetivos nacionales o regionales de empleo, pues en su opinión su responsabilidad estriba únicamente en dar facilidades a la empresa y facilitar la movilidad voluntaria de los trabajadores.¹⁰

Podríamos agregar que Canadá sustenta un patrón similar, pues se reconoce a los poderes regionales y locales, la responsabilidad de impulsar la iniciativa privada en cada provincia, al igual que acrecentar el empleo en la medida de las circunstancias, e imponer programas de servicios sociales y de asistencia que hagan atractiva la movilización de la mano de obra, o que permita, en su caso, la mayor protección a los desempleados y a los grupos socialmente desfavorecidos y económicamente marginados.

En cuanto América Latina, la crítica que nos hace el doctor Mayer, infortunadamente acertada, es correcta. Expresa que, no obstante que hemos disfrutado de independencia por más de siglo y medio, que contamos con recursos naturales y grandes posibilidades de desarrollo, la tendencia general en nuestros países es la de concentrar la actividad social y económica en unas cuantas poblaciones. Ello ha traído como consecuencias directas una pésima distribución del empleo y una indebida elevación de los costos tanto de estructura como de infraestructura. La ausencia de ciudades intermedias ha creado, según él, situaciones conflictivas, las cuales ni con numerosas y eficientes planificaciones se pueden remediar. Culpa de ello a nuestros gobiernos pues estima que se han producido excelentes investigaciones sobre planificación regional y se han puesto en ejecución medidas prácticas adecuadas, pero se actúa con timidez por parte de los órganos de decisión, pues la mayor preocupación de nuestras administraciones públicas se ha dirigido más a restablecer los equilibrios exteriores, que a mejorar lo interno, aunque sea por medios convencionales y de arraigo en las regiones, tanto en la distribución del empleo como del ingreso.¹¹

III. Necesidad de ampliar la explotación de los recursos naturales.

Son tan abundantes los recursos naturales con que cuenta nues-

¹⁰ Mayer, Jean. Obra citada.

¹¹ Mayer, Jean. Obra citada.

tro planeta que el problema actual, según los estudiosos de la economía, es de mano de obra, porque a pesar de existir ésta en cantidad suficiente, su concentración y distribución, los dos factores que hemos tratado de explicar en los párrafos anteriores, impiden su explotación a niveles convenientes y en el grado que lo permiten las fuerzas del mercado. Se estima que el problema real no es de empleo sino de orientación educativa y familiar, ya que no se ha preparado a los jóvenes para aceptar cualquier tipo de ocupación o para hacerlos proclives a una determinada adaptación geográfica y social.

Siendo cierta esta realidad se ha buscado encontrarle soluciones prácticas y de mediano plazo, ocupando dentro de éstas un destacado lugar la descentralización industrial. Los esfuerzos están encaminados a descubrir las motivaciones colectivas y la conducta social en dos campos trascendentes: la naturaleza y amplitud de los movimientos migratorios, en particular los de los trabajadores, por un lado; y la conveniente instrucción de los jóvenes para evitar el abandono de las zonas rurales y los intentos de habitar en poblaciones más atractivas para ellos. Se considera por tanto que lo conveniente es el impulso de las migraciones "a contrapelo" como las han denominado algunos teóricos,¹² o sea aquellas que vayan de las regiones desarrolladas a las regiones en desarrollo.

Sólo que para el logro de tales proyectos son necesarios tres condicionamientos: 1º Fijar con precisión el lugar donde abunden recursos naturales susceptibles de una amplia explotación, tanto por su importancia económica como su duración; 2º Si por las condiciones geográficas no son posibles los asentamientos humanos, establecer los centros de población en las regiones próximas en las que sea más adaptable la vida, sin crear graves problemas de transporte; y 3º Preparar previamente una infraestructura sólida que atraiga por igual a empresarios y trabajadores. Sin estas bases difícil resulta atraer la mano de obra que se requiera para impulsar la producción en nuevas regiones adonde se pretenda llevar la industria.

Se ha comprobado que los desplazamientos regulares son debidos, o por la saturación de empleo en determinada actividad productiva o por el deseo de mejoramiento económico ante la perspectiva de obtener un mejor salario en condiciones aceptables de vida y de trabajo. Sin estos incentivos es muy difícil la migración familiar que es la requerida para los polos industriales cuya creación se pretenda. Los poderes públicos deben, si desean impulsar y desarrollar una determinada región, mejorarla en todos sus aspectos a efecto de que para los migrantes resulte tan atractiva y cómoda para la vida, como la zona o lugar que dejan.

¹² Oficina Internacional del Trabajo. *Los Recursos Humanos para la Industrialización*. Colección Estudio y Documentos, N° 71, segunda edición, Ginebra, Suiza, 1971. pp. 185 y ss.

Varios proyectos se han puesto en práctica para lograr este objeto. En Italia, por ejemplo, la región sur de su territorio acusaba, aparte de una población poco activa, una escasa productividad. El trabajador que habitaba Nápoles, Calabria o Sicilia emigraba al norte industrial donde sabía que encontraba ocupación segura, pues aquel que por diversas circunstancias se veía obligado a permanecer en su tierra nativa, tenía dificultad de encontrar empleo, y no sólo esto, con frecuencia provocaba situaciones enojosas que ponían al gobierno en situación complicada para contenerlas. La administración pública integró dos organismos: el Instituto para la Reconstrucción Nacional y la Corporación Estatal de Hidrocarburos, con la doble finalidad de abrir nuevas industrias y atraer mano de obra hacia ellas. Desde hace veinte años estos complejos han evolucionado en forma extraordinaria y muchas pequeñas empresas, auxiliares de otras mayores, se han asentado en las cercanías, tanto debido a las facilidades de estructuración que han tenido como a los incentivos fiscales de que se les ha dotado, con la única condición de que sean verdaderas empresas promotoras de empleo. Se calcula que a la fecha más de un millón y medio de trabajadores han encontrado ocupación, permitiendo el descongestionamiento de ciudades industriales como Roma, Milán, Torino, etcétera.¹³

Irlanda, mencionábamos en el inciso anterior, ha ofrecido asimismo una interesante solución para lograr la descentralización que estaba agobiando a las tres únicas ciudades de importancia con que cuenta: Dublin, Belfast y Hartford. Las regiones provinciales se estaban despoblando a grandes pasos provocando serios problemas de inactividad y productividad rural. Para evitar las migraciones masivas se crearon en la década de los años setenta, nueve zonas regionales con grandes posibilidades de polarización, equidistantes de las concentraciones excesivas y de la dispersión geográfica. Para el presente todas estas regiones no sólo han transformado a los municipios donde se les clavó, sino que han permitido la creación de otros centros de población a los que se denomina de *tercera categoría* para significar su formación en las zonas rurales abiertas al empleo. El resultado ha sido una notable disminución de la población urbana y una radical transformación de la economía y distribución del empleo.

Suecia, decíamos también, es otro país de admirable organización en este aspecto. Ahí se ha seguido un sistema peculiar pero de efectivos resultados para el propósito perseguido por sus gobiernos. En este país se abrieron créditos exclusivos para empresarios que desearan instalarse en la región meridional de su territorio. Los créditos y las subvenciones hicieron lo demás: en pocos años la parte norte empezó

¹³ Barajas Montes de Oca, Santiago. *Aportaciones Jurídicas a la Sociología del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1984. pp. 167 a 174.

a verse multiplicada con fábricas y establecimientos de diversa índole, que no sólo trajeron familias de trabajadores, sino que incentivaron a éstos a solicitar los nuevos empleos, tanto por el hecho de que llega a pagárseles hasta un 47% más de lo que perciben trabajadores de iguales calificaciones y oficios, como por las notables ventajas que encontraron. En efecto, el crecimiento de estos centros industriales, trece en la actualidad, permitió que a ellos se trasladaran oficinas de gobierno, contando éstas con más de seis mil empleados y sus familias, a quienes ha resultado atractivo el traslado, pues los costos normales de subsistencia se han reducido hasta en un 35% (productos básicos, vivienda, transportes y diversiones). Y recientemente han sido reducidas las tarifas de transporte aéreo para impulsar los viajes de descanso y vacaciones tanto a las ciudades donde hayan quedado algunos familiares, como a los lugares turísticos. Este plan se ha denominado *Nueva gran zona de ayuda oficial*.¹⁴

En los países socialistas se sigue una política similar. Polonia, Checoslovaquia, Bulgaria y Yugoslavia muestran interesantes experiencias. En Polonia, el este ha estado escasamente poblado tradicionalmente, por la serie de problemas ruso-polacos que se han registrado a través de la historia; para aliviar las ciudades del oeste e impulsar la zona de Bialystok y Lublin, se abrieron nuevos centros industriales y se mejoraron las condiciones de trabajo de manera notable, aumentando el empleo en casi un 30% en los últimos años. Algo similar ocurrió en Checoslovaquia, donde la zona de Praga y Brno, muy congestionada y con problemas serios de conurbación (casi cuarenta kilómetros de corredor industrial), era necesario descongestionarla, lo mismo ocurría con Bratislava y Pizen. Era necesario en cambio poblar la región de eslovaquia (no alemana) y a tal finalidad se encaminaron sendos planes quinquenales que han permitido, a través de la creación de empleos muy bien remunerados, el traslado de numerosas familias que han prosperado y mejorado sus condiciones de vida, relativamente a las que tenían en sus lugares de origen.

De los países balcánicos Bulgaria es un extraordinario ejemplo, no tanto en el campo industrial como en el agrícola, pues escasamente figuran en su economía dos centros de importancia (Turnovo y Kas-kovo); pero era necesario impulsar la producción agrícola y para lograrlo la forma ha sido simple: los salarios campesinos son muy superiores; los trabajadores habitan cómodas casas solas con todos los servicios, forman pequeños poblados bien intercomunicados y la relación social es más intensa y activa. Por su parte Yugoslavia ha favorecido el trabajo de autogestión, o sea la creación de empresas propiedad de los trabajadores, ubicadas en pequeñas poblaciones, que alimentan a la gran industria yugoslava. El interés de los propios trabajadores, tanto

¹⁴ Barajas Montes de Oca, Santiago. Obra citada.

por obtener mejores salarios y mayores facilidades para su realización personal, como desligarse del mando empresarial a que se hayan sujetos, bajo el cual su libertad e iniciativa están sometidas, ha permitido al Estado el surgimiento natural de miles de nuevos empleos y la diversificación de su economía, una de las más prósperas de los países socialistas.¹⁵

Finalmente Rusia es el mejor ejemplo en este campo. Las autoridades se propusieron limitar desde hace varios años el crecimiento de sus ciudades, empezando por la reducción de su área geográfica. Moscú, Leningrado, Kiev, Tashkent, por ejemplo, han sido limitadas a un radio que no puede exceder de sesenta kilómetros y en las ciudades intermedias, de veinticinco a treinta kilómetros. El objetivo es que la distancia a recorrer por los trabajadores, cualquiera sea su medio de traslado, no exceda de media hora o cuarenta minutos (todas cuentan con metro y autobuses en servicio combinado). En otro tipo de centros de población la migración de trabajadores para impulsar el empleo se ha abordado de manera diferente. Construida la infraestructura y las habitaciones a efecto de recibir una población permanente que desee establecerse con mejores comodidades y servicios de los que han podido disfrutar en las grandes ciudades, a los trabajadores se les ofrecen atractivas jornadas de trabajo, descansos y vacaciones más prolongadas y la posibilidad de ascensos rápidos bien remunerados. Se ha puesto como ejemplo de esta política la ciudad de Norisk, de las industriales la más septentrional del mundo, que deshabitada por una larga época, para el año de 1980 contaba con 184,000 habitantes.

E igual puede decirse de Siberia. Para lograr el crecimiento poblacional a fin de distribuir hacia esta región el empleo, se ha implantado el siguiente sistema: a) se construyen previamente habitaciones con un costo muy elevado pero con todos los servicios, estancias y recámaras más amplias, temperatura uniforme y distribución de áreas sugestivas; b) se invita inicialmente a trabajadores solos (solteros o casados) para que éstos aprecien las conveniencias de la infraestructura habitacional y si deciden permanecer en su nueva residencia, trasladen a sus familias; c) en donde son difíciles las condiciones climáticas, se busca asentar a las familias en lugares de clima favorable y ahí se desarrollan los nuevos polos industriales; d) si en un término prudente los trabajadores o sus familias no se encuentran a gusto, se les permite regresar a sus antiguos empleos aunque no se les proporciona la misma habitación que tenían, posiblemente ya ocupada por otro trabajador, pero se les asigna una provisional entre tanto

¹⁵ Jovanovic, Vladimir. *Le Planification dans l'ysteme d'autogestion en Yugoslavia*. Revista Droit Yugoslave, publicada por la Unión de Asociaciones de Juristas y el Instituto de Derecho Comparado de Yugoslavia, vol. 8º, Nº 3, septiembre-diciembre, 1981, pp. 37-51.

se les otorga una similar a la que tenían. Se considera que sólo un 7% de los trabajadores movilizados han desertado de los proyectos realizados, el resto permanece ya en su actual ubicación residencial.¹⁶

Podríamos multiplicar los casos y los países, pero baste lo expuesto para conocer los nuevos métodos empleados para lograr migraciones que permitan aliviar la falta de empleo. Señalemos para concluir las tendencias modernas de los movimientos migratorios en la búsqueda de ocupación, si no se tiene o cuando ésta falta:

I. *De orden material*: a) la oferta de trabajo debe ser altamente interesante; b) las condiciones de vida serán lo más similares o parecidas a las que se han disfrutado o tenido; c) la remuneración debe ser muy atractiva; d) el precio de los artículos de consumo debe ser más bajo.

II. *De índole sociológica*: a) el interés que pueda revestir un oficio en determinada región a base de una eficaz y veraz información; b) la perspectiva de avance en una carrera o profesión; c) la posibilidad de alternar con gente nueva, cambiar de vecindario, relacionarse con personas de iguales aspiraciones; d) ubicar minorías que se sientan aisladas en lugares donde puedan convivir de acuerdo a sus creencias y costumbres.

III. *De carácter administrativo*: a) facilidad de transporte a cualquier lugar del territorio de un país; b) la concesión de "primas especiales" para la realización de viajes y el disfrute más completo y satisfactorio de las vacaciones; c) la posibilidad de adquirir artículos de cualquier índole (domésticos o suntuarios) a precios más razonables.

¹⁶ Kossov, V. V. y Tetevossov, R. V. *Movilidad geográfica de la mano de obra en la URSS*, artículo publicado en la Revista Internacional del Trabajo, vol. 103, Nº 2, abril-junio de 1984, pp. 261-272.

LA DOCTRINA LATINOAMERICANA ACERCA DE LA
NATURALEZA JURIDICA DE LA CARTA DE DERECHOS
Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS
DE 12 DE DICIEMBRE DE 1974*

Manuel BECERRA RAMÍREZ

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (en adelante "la Carta") es, junto con la Declaración acerca del Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional y el Programa de Acción para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), la base jurídica para la consecución de un Nuevo Orden Económico Internacional.

Como sabemos, la Carta tiene su origen en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante AG de la ONU) emitida en la XXIX sesión. Por tal motivo los diferentes puntos de vista emitidos por los internacionalistas acerca de la Naturaleza jurídica de las Resoluciones de la Asamblea se refieren también a la Carta.

El tema de la naturaleza jurídica de las Resoluciones de la AG de la ONU y en consecuencia, de la Carta, en forma amplia se discute por los representantes latinoamericanos. Esto es entendible si tomamos en cuenta su interés en el establecimiento del NOEI y también la gran cantidad de votos emitidos en la AG de la ONU en relación con esta cuestión.

Pero entrando al análisis de la doctrina, vemos que el conocido jurista mexicano, César Sepúlveda, observa demasiada pasión en la discusión relativa al valor jurídico de las resoluciones de la AG de la ONU.²

* El presente artículo es una versión al español, del artículo elaborado en la Cátedra de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Moscú, en el que se cuenta con la valiosa colaboración del internacionalista soviético Roman A. Kalodkin. Dicho artículo fue publicado por la misma Universidad en su revista jurídica denominada "Vesnik", en este mismo año.

¹ La expresión "naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG de la ONU" se utiliza en la literatura de Derecho Internacional, sin embargo esto de ninguna manera decide sobre la cuestión de si las resoluciones tienen carácter jurídico obligatorio.

² Sepúlveda, César. "El nuevo orden jurídico internacional: sus fundamentos y su viabilidad". UNAM, 1980, p. 93.

Sepúlveda reconoce que en la Conferencia de San Francisco no se aceptó la tendencia que propugnaba conceder autoridad legislativa a la AG, pero considera que las condiciones de la Comunidad Internacional han cambiado desde la expedición del Estatuto de la ONU a la fecha, ante ese cambio ahora se admite que el debate de la AG puede contribuir a la formación de normas generales de derecho. Esto sucede, según Sepúlveda, en virtud de la insuficiencia y lentitud de las fuentes tradicionales de creación de Derecho Internacional.³

Al referirse concretamente a la Carta, el jurista mexicano la califica de instrumento "heterogéneo y complejo".⁴ La Carta goza de estas características por su contenido variado. Sepúlveda considera también⁵ que su contenido no es totalmente nuevo, puesto que está formado de disposiciones nuevas y viejas, por principios tomados directamente de la Carta de las Naciones Unidas, de la Carta de la OEA y normas consuetudinarias que pueden estar expresadas en forma "sugestiva y novedosa". La Carta también codifica reglas contenidas en otras resoluciones de las Naciones Unidas, también preceptos conocidos pero enunciados de una manera novedosa. Existen en la Carta también preceptos nuevos que responden a la necesidad de regir materias novedosas, que han surgido sólo últimamente.

De acuerdo con lo expresado, el profesor mexicano continúa diciendo, la naturaleza jurídica de ese contenido también es diversa, así se encuentran en la Carta:

1. Recomendaciones e instancias a los órganos internacionales y los Estados, a esto se refieren los artículos 8, 9, 13, 17, 20, 21, 22, 23 y 31.

Estas recomendaciones propenden a convertirse en normas por un proceso de evolución natural.

2. La carta hace proposiciones de lege ferenda, por ejemplo el artículo 29 y 30.

Por último, Sepúlveda subraya el significado de la Carta:

1. Constituye un repertorio de principios y de reglas de las cuales se puede echar mano para incluirlas en tratados bilaterales más específicos y concretos.

2. Es un poderoso instrumento de negociación que puede oficiar como un punto de equilibrio político y jurídico entre el grupo de países industrializados y las naciones en desarrollo.

3. Es un agente dinámico de comportamiento y de cambio.⁶

De esta manera, el profesor Sepúlveda se queda en el análisis del contenido de la Carta sin pronunciarse sobre la validez jurídica de la misma en su totalidad.

Por otra parte, el profesor de la Universidad Central de Venezuela,

³ *Idem*, pp. 85-102.

⁴ Sepúlveda, César, "Derecho Internacional", Edit. Porrúa, México, 1981, p. 667.

⁵ *Idem*, pp. 451-454.

⁶ *Ibidem*.

Tomás Polanco Alcántara, se niega a considerar a la Carta como una simple resolución entre las tantas adoptadas por la AG de la ONU. Él va más allá al considerar a la Carta como un documento fundamental para la elaboración de un derecho de los países en desarrollo.⁷

En contradicción con esto, Polanco Alcántara considera que las normas de la Carta tienen un carácter "ético jurídico". "Sostener que una resolución adoptada por ciento veinte países es una simple recomendación de carácter moral por el hecho de que seis Estados se negaron a votar, resulta incomprensible e inaceptable".⁸

Polanco Alcántara argumenta que los aspectos jurídicos de la Carta son diferentes a los de los una mera resolución de la AG, y pone como ejemplo para apoyar su afirmación, la nacionalización de la industria del petróleo acordada por Venezuela basándose en los derechos concedidos por la Carta.⁹

El jurista Oswaldo de Rivera que cultiva la teoría de la existencia de un Nuevo Derecho Internacional para el Desarrollo, considera que la Carta y otras resoluciones de la AG de la ONU son su fuente.

Este internacionalista, además considera que la Carta es "una variada gama de principios de política económica que indudablemente en el futuro reforzarán aún más la creación de nuevas normas de derecho internacional para el desarrollo".¹⁰

Gran interés tiene la investigación del conocido diplomático mexicano, gran especialista del Derecho Internacional, Jorge Castañeda. Sus trabajos tales como "El valor jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas", "La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista del Derecho Internacional" y su participación en la obra colectiva "Derecho Económico Internacional",¹¹ han hecho escuela entre los tratadistas mexicanos.

Castañeda afirma que desde su origen la Carta fue pensada como un instrumento obligatorio, desde su proposición por parte del Presidente Echeverría. Más tarde en la Resolución 45 (III) de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, de fecha 18 de mayo de 1972, que creó el grupo de trabajo para elaborar la

⁷ Polanco Alcántara, T. "La obligatoriedad y validez de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, en Derecho Económico Internacional". FCE, México, 1976. pp. 125-126.

⁸ *Idem*, pp. 131-132.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ De Rivero, O. Nuevo Orden Económico y Derecho Internacional para el Desarrollo. Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo, México, 1978. p. 25.

¹¹ Castañeda, Jorge. Legal Effects of the United Nations General Assembly Resolutions, IV-V-L, 1979. Castañeda, Jorge. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista del Derecho Internacional, en Justicia Económica Internacional, FCE, México, 1976.

Carta dice en uno de los párrafos considerativos: "Tomando nota que se acentúa hoy en la comunidad internacional la urgente necesidad de establecer normas obligatorias que rijan en forma sistemática y universal las relaciones económicas entre los Estados".¹²

Sin embargo él reconoce que la AG decidió incorporar la Carta en una declaración que es uno de los tipos de resolución que adopta la AG, y que estas resoluciones no tienen por sí mismas carácter obligatorio, pero considera que el valor jurídico de las declaraciones solemnes de la AG depende en gran parte del contenido de las mismas: "la significación jurídica de la Carta depende en primer término de su contenido".

El internacionalista supone que del contenido de la Carta es heterogéneo desde varios puntos de vista: Primero por las materias tan dispares que tratan sus artículos: resguardo de la soberanía estatal, comercio, derecho del mar, asistencia financiera, etcétera.

"Segundo por la diversa naturaleza de sus varias disposiciones frente al Derecho Internacional, algunas expresan reglas consuetudinarias o principios generales de Derecho universalmente aceptadas como el artículo 1 (el derecho de cada Estado de elegir el régimen político, económico y social de su elección), o el artículo 32 (prohibición de la coacción), otras como las del artículo 2 (principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, nacionalización, indemnización, reglamentación de la inversión extranjera y regulación de las actividades de empresas transnacionales).

"Tercera, las disposiciones de la Carta son diferentes según su grado de imperatividad, si se quiere, según el cumplimiento que demandan del destinatario. Algunas están formuladas como verdaderas obligaciones y derechos; otras enuncian un deber general de cooperación, sin indicarse los medios para lograr el cumplimiento de ese deber, varias son más precisas a este respecto, en algunos casos, se enuncian típicas obligaciones imperfectas e inclusive, en otras disposiciones, su redacción misma indica que se trata de recomendaciones *strictu sensu*.

"Cuarto, los destinatarios de las disposiciones son diferentes. Algunas están dirigidas a todos los estados, otras, exclusivamente a los estados desarrollados, varias regulan las relaciones entre estados desarrollados de economía de mercados y estados socialistas; otras más se refieren sólo a las relaciones entre estados en desarrollo y una (en el artículo 20) alude al incremento del comercio entre estados en desarrollo y países socialistas.¹³

Todo este razonamiento, aparte de la situación de que no todos los artículos de la Carta fueron aceptados por unanimidad, hacen llegar

¹² Castañeda, Jorge. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. *op. cit.* p. 279.

¹³ *Idem.* pp. 87-89.

a Castañeda a la siguiente conclusión: "es imposible llegar a una conclusión general pertinente, sobre el valor jurídico de la Carta en su conjunto. Lo único posible es emitir juicios sobre la significación jurídica de sus distintas disposiciones particulares".¹⁴

De esta manera Castañeda considera totalmente posible que la AG de la ONU dicte resoluciones obligatorias, pero por supuesto esto depende del contenido de las mismas resoluciones.

Uno de los más grandes juristas latinoamericanos, Eduardo Jiménez de Arechaga, piensa que la afirmación de que las resoluciones de la AG de la ONU son nuevas e independientes fuentes de Derecho Internacional, "no va de acuerdo ni con el estatuto de la ONU, ni con el estatuto de la Corte Internacional de Justicia". "De acuerdo con el estatuto de la ONU, escribe el autor, las resoluciones de la Asamblea General tienen carácter recomendatorio para los Estados.¹⁵ Sin embargo, Arechaga encuentra diferencias entre las resoluciones de la Asamblea General y destaca entre ellas a las declaraciones. Dentro de las declaraciones, él considera, se forman normas jurídicas y principios que regulan la conducta de los Estados. Estas declaraciones, según su punto de vista, "pueden ser fuentes de derecho internacional, tal como sucede previo reconocimiento general, en las conferencias sobre codificación y en el proceso de desarrollo continuo del Derecho Internacional".¹⁶ Junto con esto, indica Arechaga, "esta misma resolución de la AG de la ONU, puede contener al mismo tiempo una situación de carácter declarativo que reproduce normas ya existentes, disposiciones que concretan o precisan normas jurídicas, las cuales se encuentran todavía en *statu nascendi*, y también situaciones de carácter programativo que tienen la finalidad inicial de crear nuevas normas".¹⁷ La Carta de este tipo de resoluciones. "La correcta solución a la discusión sobre los diferentes puntos de vista acerca de la Carta, fue lograda, considera el autor, gracias a la correcta interpretación de la naturaleza jurídica de los elementos contenidos en diferentes artículos de la Carta".¹⁸

Más adelante, Arechaga hace una muy interesante observación: "La Carta... encuentra sólido fundamento en las disposiciones contenidas en los artículos 55 y 56 del Estatuto de la ONU, en los cuales se determina la obligación de los Estados miembros "de tomar medidas conjunta o separadamente en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55. Las resoluciones de la AG, continúa el autor, en las cuales se concretan las disposiciones generales del artículo 55 del Estatuto de la ONU,

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ E. J. De Arechaga. *Sovremennoe meshdunarodnoe pravo.* M. 1983. p. 50.

¹⁶ *Idem.* p. 51.

¹⁷ *Ibidem.* p. 55.

¹⁸ *Ibidem.*

referentes a la autodeterminación de los pueblos, derechos del hombre, cooperación en el campo económico y social, tienen significativamente más fuerza jurídica que las resoluciones sobre otras cuestiones, como por ejemplo las relativas al apoyo de la paz y seguridad. El caso es que las obligaciones recaídas en los Estados de acuerdo con el artículo 56 del Estatuto de la ONU, sobreentienden, como mínimo, el acuerdo de no realizar, en su esfera particular, acciones contrarias a las recomendaciones de la AG.¹⁹

En la obra del autor mexicano Roberto Ríos Ferrer, "Exégesis de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados", que sigue la concepción de Castañeda, se agrega que no todas las resoluciones de la Asamblea General tienen carácter material legislativo, para que eso suceda se requiere:

1. Que defina principios generales y no se refiera a situaciones concretas.
2. Que sea el reflejo de una negociación, aunque no necesariamente refleje el consenso.
3. Que en cuerpo mismo de su texto se exprese claramente la intención de darle un carácter jurídico.
4. Que se logre una votación masiva.

Desde el punto de vista de Ríos Ferrer, todas estas condiciones se reunieron en el caso de la Carta.²⁰

El análisis de la doctrina latinoamericana de derecho internacional acerca de la naturaleza jurídica de la Carta muestra que a pesar de las diferentes posiciones y valuaciones sobre la misma, para la mayoría de los internacionalistas de esta región, la tendencia predominante es dotar a la Carta en su totalidad o en determinadas partes, de fuerza jurídica obligatoria, o sea, de hecho darle a la Carta carácter de fuente de Derecho Internacional.

La Carta es en esencia de origen latinoamericano y teniendo en cuenta su carácter justo y progresista, muchos autores (Polanco Alcántara, Ríos Ferrer, Orwaldo de Rivero) exigen el reconocimiento total de su carácter jurídico y la obligatoriedad general de esta resolución de la AG de la ONU.

También es necesario destacar que los más conocidos internacionalistas de América Latina (Sepúlveda, Castañeda y de Arechaga) son mucho más cuidadosos y como se ve, más precisos en sus comentarios sobre la Carta. Su posición, de acuerdo a la cual este documento tiene en general carácter de recomendación, y que la determinación de la naturaleza jurídica de sus disposiciones particulares exigen un análisis diferente, en determinado grado concuerda con los puntos de vista de los internacionalistas soviéticos.

¹⁹ *Ibidem*, p. 58.

²⁰ Ríos Ferrer y otros. *Exégesis de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*. Edit. Porrúa, México, 1976.

La teoría soviética considera que la solución correcta al problema de la naturaleza de las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales pueden encontrarse sólo en la base de la teoría del acuerdo de voluntades de los estados.²¹ Precisamente el acuerdo de voluntades de los estados se realiza conforme al proceso de expedición de las resoluciones de los organismos internacionales, los estados miembros expresan su voluntad en base al estatuto de la organización.

El estatuto de la ONU, en ninguna de sus partes habla sobre la obligatoriedad de las resoluciones de la AG de la ONU. Exceptuando las resoluciones sobre cuestiones internas, todas las demás tienen un carácter recomendatorio; hablamos, por supuesto, de la legalidad de las resoluciones,²² independientemente de los votos a favor o en contra y del contenido de sus situaciones particulares.

Como señala G. I. Turkin, las resoluciones-recomendaciones son el resultado de los acuerdos de voluntades de los Estados y contienen reglas de conducta convocando a los Estados-miembros a acatar estas resoluciones en la práctica. El autor subraya que esto no convierte a las resoluciones-recomendaciones en obligaciones jurídicas. "Junto con esto... de acuerdo con su punto de vista... , determinado elemento de obligatoriedad jurídica se encuentra en las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales, y ese elemento se define por las disposiciones del estatuto de la concreta organización internacional. Naturalmente, las organizaciones internacionales se crean para el desarrollo en determinados campos entre los Estados, y éstos tienen la obligación de actuar en forma correspondiente. Las resoluciones-recomendaciones se consideran como un medio de desarrollo de la cooperación y consecución de la total organización internacional y por eso la ignorancia permanente de estas resoluciones-recomendaciones, por parte de uno o varios Estados-miembros de la organización se consideraría una violación del estatuto de esta organización."²³

De esta manera, el dotar a las resoluciones de la AG de la ONU de fuerza obligatoria como lo pretenden los autores latinoamericanos, contradice el estatuto de la ONU y los objetivos del acuerdo de voluntades de los Estados en la ONU. En lo que respecta a la Carta, en cuanto a que ella es el producto de una resolución de la AG de la ONU, a ella se extienden todas las características de dichas resoluciones.

²¹ Tunkin, G. I. *Pravo y sila v meshdunarodnou sisteme*. M., 1983. p. 64.

²² Ver Malinin S. A. o *criteriiax pravomenosti resoliutzi Generalndi Assamblei OON* M. 1965.

²³ Tunkin G. I. *op. cit.* pp. 64-65.

Además, acerca de la crítica sobre las diferentes concepciones de la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG ver: Tunkin G. I. *International Law in the International System*. RFC, 1978 v. 147. pp. 62-71.

SOBRE LAS "INCONSTITUCIONALIDADES" DE LA CONSTITUCIÓN

Juventino V. CASTRO

El planteamiento de un publicitado juicio de amparo que introduce una controversia sobre las reformas al artículo 28 constitucional, en lo que se refiere a la prestación del servicio público de banca y crédito, y que dispone que dicho servicio será prestado exclusivamente por el Estado, ha concluido en nuestro más Alto Tribunal, pero toma actualidad en los puntos de vista expuestos por varios juristas, especialmente en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho.

Por mi calidad de profesor de ella en uno de los grupos del Segundo Curso de Derecho Constitucional, —apartado para el manejo de la materia de Garantías y Amparo—, me creo en la obligación ineludible de manifestarme en relación a este tema, que por su importancia no puede contemplarse en silencio, sobre todo para quienes tenemos a nuestro cargo la enseñanza de cuestiones relacionadas con esa controversia, y por ello —reconociendo de antemano la modestia y los límites de mis conocimientos— me he propuesto hacer consideraciones en este breve artículo.

Debe quedar sin embargo bien entendido, que manifiesto ante todo mi más profundo respeto a los polemistas, de cualquier signo, aunque no coincida con sus posiciones, y que de ninguna manera haré alusiones personales a quienes en un momento dado fueron titulares del Poder Ejecutivo Federal, ni a las personas o grupos que constituyeron el núcleo de la banca privada, porque mis análisis pretenden ser jurídicos, en cuanto a su estructura, y políticos en cuanto el tema afecta a las posiciones más altas de esta disciplina, esencia de los Estados modernos.

Considero, ante todo que, para no introducir desorden en los temas y poder hacer referencia a ellos con cierto método, dos rubros fundamentales se aprecian como necesarios y a ellos por tanto se dirigirán mis observaciones: las cuestiones relativas a si hay reformas a la Constitución que no resulta válido siquiera plantear —y mucho menos de-

cretar—; y el segundo aspecto a los procedimientos que pudieran ser los adecuados para oponerse a una reforma constitucional, para el caso de que realmente resulte pertinente oponerse o pronunciarse en contra de ciertas reformas constitucionales, y en lo que toca a ciertos temas que debe entenderse son perennes.

La polémica a que hago referencia abarca numerosas cuestiones de derecho constitucional, o ajenas a él; y de muy disímula naturaleza. Se mezclan cuestiones opinables, con antecedentes de fallos o posiciones doctrinarias. Anécdotas de supuestas expresiones de funcionarios que intervinieron en la reforma del artículo 28 constitucional, con exclamaciones de indignación, o calificativos de denuncia de dictaduras y tiranías.

No considero prudente aceptar ese enfoque. No lo califico, pero no lo sigo. Sinceramente me parece equivocado. Por ello me pronuncio solamente en los dos temas enunciados, absteniéndome de referirme a otros distintos.

Límites a las Reformas Constitucionales

La controversia a que hago referencia en la introducción, está planteada fundamentalmente en afirmaciones de juristas que sostienen, unos, que existen terrenos vedados para producir una reforma constitucional, mediante los sistemas del Constituyente Permanente que se establecen en nuestro propio texto actual, y que por ello carece de validez toda reforma que se llevare a cabo en esas áreas intocables. Hay otros autores que, por el contrario, sostienen que nuestra Constitución no señala límites al Poder Constituyente Permanente para introducir reformas a la Constitución, y que por tanto no son válidas las limitaciones y las impugnaciones que se llevaren a cabo dentro de una reforma constitucional, porque se carece de apoyo legal para oponerse a los cambios correspondientes.

Quienes adoptan la primera posición señalan diversos criterios, y citan en apoyo a ellos los externados por algunos autores que precisan cuestiones que en su concepto no podrían ser materia de una reforma constitucional, y si ésta se llevara a cabo la misma carecería de validez para regir como norma jurídica obligatoria.

Se dice, por ejemplo, que no puede reformarse la Constitución si se disminuyen en las modificaciones correspondientes los derechos del hombre, las garantías constitucionales, ya que estos derechos o garantías representan un mínimo que puede ser ampliado, pero nunca disminuido, inclusive si tal reforma se lleva a cabo para establecer garantías sociales.

Se entiende así, sin que pueda uno percatarse por qué no se fundamenta con hondura quién dice o quién resuelve que la Constitución debe quedar —como en un acto mágico— suspendida, estática o petrificada en un cierto punto, (sea éste acertado o equivocado), que pudiera haber sido formulado en su tiempo de creación, ya que a la vista de la alta calidad de los valores que se manejan en esos derechos constitucionales, no puede *retrocederse* hacia unas garantías sociales, las cuales aparecen así como una proclividad indeseada, ominosa, incivilizada, *injusta per sé*.

Paso por alto que ésta es una posición evidentemente de absolutismo individualista, y la observación de que muestra una verdadera molestia respecto a movimientos que se dirijan a afirmar lo social, o en beneficio de la conveniencia general, que producen así una posición individualista a *outrance*, para quedarme solamente con la afirmación unilateral de que por alguna razón esotérica que no alcanzo ya no digamos a valorar, sino tan siquiera a comprender, el texto constitucional se entiende ya arribó a un punto acabado en el cual no debe en forma alguna avanzar, derivar o siquiera llegar a tener un cambio. Es *lo absoluto*.

Si esto fuera verdad, y el movimiento justo, permisible y aconsejable fuera el de tan sólo avanzar hacia el individualismo más ortodoxo posible, valdría la pena preguntarse —quizás válidamente— ¿no podríamos con mayor provecho y celeridad —especialmente esta última calidad—, adoptar de una vez la tesis de que debemos *progresar* hacia la total prohibición de normar la conducta humana en toda forma, y olvidar la necesidad o conveniencia de evitar restringirla para permitir el ejercicio de esa misma libertad de acción en beneficio de otros seres humanos?

Si se está de acuerdo en que lo justo está solamente ahí, y que una reforma constitucional solamente es válida en tanto amplíe —y no limite— la libertad personalísima ¿no podríamos *liberar*, de una vez —de golpe— a los humanos, prohibiéndose que nunca más se le vuelva a esclavizar, proclamándose mediante este método su *total libertad de acción*? ¿Para qué asechar la posibilidad de una reforma constitucional, solamente en tanto amplíe y no restrinja esa libertad individual ganando así poco a poco terreno en esa meta; por qué no hacerlo de una vez y en firme, y ahí mismo proclamar la libertad total? Sería lo congruente.

Por ejemplo, el actual tercer párrafo del artículo 16 precisa: "La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la Ley." Con gran

insistencia se ha criticado que esta disposición estrictamente no permite —por supuesto mediante orden judicial—, abrir la correspondencia de un quebrado, de una persona fallecida, o de aquella que está siendo investigada o procesada (aunque todo esto sabemos bien que sí está ordenado en las leyes secundarias). Si dicha disposición —como es lógicamente necesario—, fuera adicionada para prever tales especificaciones, lo cual ya fue propuesto desde el Constituyente de 1856-1857, ¿ello sería calificado como una disposición imposible de decretar por la soberanía del Constituyente Permanente, o que resultaría viciada para el caso de que en efecto se expidiera?

El artículo 69 obliga al Estado a garantizar el derecho a la información. La reforma de él para precisar que el propio Estado podrá negarse a proporcionar una información estratégica relacionada con la seguridad de la nación, o aquella que provoque o pueda provocar alarma, pánico o caos en la sociedad ¿debe considerarse como una reforma de las prohibidas?

La verdad es que en el primer caso los individuos y su correspondencia son intocables, y en el segundo la información garantizada no tiene límites, y con las reformas apuntadas se restringirán o condicionarán sus derechos. ¿Esto es un procedimiento inconstitucional? ¿Ya no puede tocarse el texto de nuestra Ley Suprema?

Y en lo que se refiere a temas tan delicados y controvertidos como son los derechos individuales y los sociales —y lo que de ninguna manera es su equivalente, pero que puede traducirse en su consecuencia: las garantías individuales y las garantías sociales—, es de llamar la atención que a fines del siglo XX todavía se usen conceptos absolutos, *reduccionistas*, que pretenden con simplismo ingenuo ignorar todo el acervo de reflexiones y de conclusiones que desde los filósofos griegos —principalmente Platón y Aristóteles—, y con especial mención de la escolástica y de Santo Tomás, se han manejado con gran seriedad para tratar de obtener la conciliación del bien individual y del bien común —que a estas fechas inclusive ya tienen terminologías ampliamente diferenciadas—, y de ninguna manera declarar unilateralmente que "lo que vale" son los derechos individuales, y que éstos de ninguna manera pueden ceder ante los sociales.

Mucho menos tratar de proscribir toda esta problemática sobre la base de implantar una doctrina constitucional según la cual lo que no ocurrió en su tiempo ya no podrá ser. Porque sí.

Es regla de interpretación perfectamente entendible que donde la ley —y con mayor razón si ésta es la constitucional— no distingue, no debemos distinguir.

Si nuestra Constitución no indica un requisito de fondo respecto al contenido de las reformas que pueden ser objeto de procedimiento reformativo, ya que sólo indica el porcentaje de votación y el procedimiento, no resulta siquiera congruente que se afirme que a pesar de ello haya reformas imposibles de llevar a cabo; y mucho menos que el no cumplimiento de la prohibición deviene en inconstitucionalidad. Debemos distinguir cuidadosamente cuál es la mejor doctrina aconsejable para llevar a cabo una reestructuración (que irónicamente requeriría hacer una reforma para introducir una adición a la propia Constitución), de una interpretación extensiva que quiera hacer decir a la Constitución aquello que no dice, aunque lo afirmen estimabilísimos tratadistas. En otras palabras: precisemos bajo la vieja distinción lo que es *de lege ferenda*, de aquello que es *de lege lata*.

El derecho comparado nos puede dar excelentes ejemplos a este respecto.

Así por ejemplo, el artículo cinco de la Constitución norteamericana precisa la posibilidad de reformarla, añadiendo que ello será a condición de que antes del año de 1808 no se haga ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera (no prohibir la inmigración o *importación* de las personas que cualquiera de los Estados entonces existentes estimaren oportuno admitir), y cuarta (no establecer ningún impuesto directo ni de capitalización, sino aquellos que sean proporcionales al censo o recuento que antes se haya ordenado practicar), y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

La Constitución francesa de 1958, en los dos últimos párrafos, el cuarto y el quinto, de su artículo 89, indica que no podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de enmienda mientras sufra menoscabo la integridad del territorio francés; y que la forma republicana del Gobierno no puede ser objeto de reforma.

La Carta Constitucional Canadiense de 1971, en su artículo 55, limita las posibilidades de modificación, entre otras cuestiones, respecto de aquellas relativas a las sesiones anuales del Parlamento, el periodo máximo para la permanencia en funciones de la Cámara de los Comunes y de las Asambleas Legislativas, los poderes del Senado y el número de miembros que representen a las Provincias en el propio Senado y en la Cámara de los Comunes, los principios de la representación proporcional, el uso del francés y el inglés en su territorio, y alguna otra cuestión más.

Otros muchos ejemplos pueden darse de esta naturaleza. Así como otros más de Constituciones que, como la nuestra, simple y sencilla-

mente no emiten disposiciones especiales que condicionen las reformas. Pero es bien claro —y lógico— que cuando se quiere condicionar o fijar límites todas las leyes —no sólo las nuestras— precisan el campo sustraído a una acción.

Una cosa es expresar la conveniencia de limitar (¿a quién: al pueblo?) las posibilidades de reformar la Constitución, por ejemplo promoviendo se lleve a cabo mediante *referéndum*, y otra muy distinta es dar por hecho que a pesar de ausencia de texto expreso esto está implícito en principios extraconstitucionales, iusnaturalísticos o superlógicos.

Por lo demás, exigir excesivos requisitos para modificar las Constituciones rígidas, lleva también consigo una problemática digna de la mayor atención. No es un problema de bozal o de cinturón de castidad. Es imprescindible sopesar cuidadosamente las consecuencias de pretender introducir un sistema sumamente rígido, exageradamente complicado o limitante, para llevar a cabo las reformas constitucionales, —lo cual aparece como un alto ideal democrático, pero absoluto, petrificante y dogmático—, ya que probablemente en esa forma no se están midiendo las graves consecuencias históricas de una resistencia al cambio.

K. C. WHEARE (*Las Constituciones Modernas*, Barcelona, 1975; p. 100), nos da un excelente ejemplo que nos debe llevar a una cuidadosa reflexión: "Algunas veces se ha preguntado si, de haber sido más viable el procedimiento de enmienda de la Constitución norteamericana, hubiera podido evitarse la guerra civil de 1861-1865. De tiempo en tiempo y en los años que precedieron al estallido de la guerra se intentó hacer algunas enmiendas a la Constitución que hubieran podido satisfacer al norte y al sur, pero ninguna de estas propuestas obtuvo el suficiente apoyo. Verdad es que el veto que algunos Estados sudistas podían ejercer a través de sus senadores sobre las propuestas de reforma de los Estados del norte provocaban la exasperación, el resentimiento y la violencia de los norteamericanos; verdad es también que al ver los sudistas que cada día eran más los Estados libres que formaban la Unión, comprendieron que su derecho de veto iba a esfumarse, fueron presa de la desesperación y empujados a admitir la secesión. Sin embargo, de haber sido más sencillo el procedimiento de enmienda, de haber tenido derecho el norte de lograr su objetivo por simple mayoría, en fin, de haber tenido derecho una mayoría del pueblo de los Estados Unidos para prevalecer sobre una minoría y reformar la Constitución, la secesión del sur probablemente se hubiera producido tan pronto como la enmienda se hubiera adop-

tado. El proceso de enmienda quizás hizo converger sobre la Constitución las diferencias existentes entre el norte y el sur, pero no creó estas diferencias, ni siquiera las exacerbó. Sólo después de que la guerra civil se hubo desarrollado y que el norte quedó vencedor, fue posible enmendar la Constitución en la forma que este último aprobó."

Se pone así de manifiesto que aún para determinar una mecánica normativa, respecto al sistema bajo el cual deben funcionar las Constituciones *rígidas*, más que examinar en exclusividad concepciones de alto contenido filosófico o ideológico, se requiere el tacto evaluador de puntos de vista sociológicos, psicosociales o de voluntad colectiva. Es decir: políticos.

Instrumentos para Controvertir las Reformas Constitucionales

Ya me he pronunciado por la convicción personal de que en los términos concretos del texto constitucional que nos hemos dado (yo sí creo que nos lo hemos dado, a través de los legisladores que hemos elegido), no existe disposición precisa que permita concluir que existen materias o cuestiones que no pueden ser tocadas en una reforma constitucional. La vigencia del artículo 39 es indiscutible, y la soberanía reside en el pueblo, y la ejerce —artículo 41— por medio de los Poderes de la Unión.

Y debo subrayar que en estos casos la ortodoxia de una disposición explícita al respecto, es más necesaria que en algún otro campo de leyes secundarias. Precisamente por la trascendencia y los posibles resultados de una limitación estrecha que pudiese ahogar un devenir congénito a toda colectividad, a toda vida en sociedad; y muy especialmente dentro de un juego de intereses fundamentalmente políticos, que en aquel texto resultan estructurales. Por algo al mismo lo denominamos *Constitución Política*.

A pesar de lo anterior, cabe la posibilidad de que bajo una posición exitosa contraria a esta convicción por la cual me he pronunciado, o en virtud de una futura adición al artículo 135 que a sus autores les pareciere adecuada, todavía tendríamos que afrontar la problemática de determinar cuál es el instrumento procesal para plantear y llevar a feliz término la impugnación de una reforma constitucional, que a un quejoso o a un grupo de quejosos les pareciera en contra del espíritu, los valores, los principios o las doctrinas contenidas en nuestro Código Político.

El primer instrumento que se antoja es la acción de amparo. Eso es así porque es la vía escogida en el caso que ahora examinamos,

y porque se ha alegado como en todo amparo una "inconstitucionalidad". Pero, desde luego, y en forma inmediata, manifiesto que ésa no es la vía adecuada. Me explico:

Para llegar a esta determinación lo que debemos tener en cuenta, prioritariamente, son los efectos de las sentencias de amparo. A este respecto, nuestra Constitución (y espero que tampoco en esto se vaya a considerar que la misma es *inconstitucional*), es muy clara en relación con los efectos que se prohíben, o que no es posible otorgar, a esas resoluciones definitivas. La fracción II del artículo 107 señala que la sentencia (en el juicio de 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.

Es bien claro, por lo tanto, que aun suponiendo que se admitiera una acción de amparo mediante la cual resultare procedente impugnar una reforma constitucional, por considerar que la misma no debe integrar al propio texto de la Constitución, —por tales o cuales razones que aparezcan como muy estimables, atendibles o filosóficamente intocables—, de ninguna manera la sentencia que finalmente se dictare —como se pretende— significaría la anulación de la reforma. Ello en virtud de los términos de las actuales disposiciones, y para estar estrictamente a los mandatos de la fracción II del artículo 107 Constitucional.

Por ello, y todavía bajo una hipótesis en la cual no creo, (y que por el contrario afirmo que es inexistente), no podría tener otro efecto la sentencia favorable a ese quejoso o quejosos que aquél, consistente en que *para ellos* esa parte de la Constitución no les es aplicable. Es como si en "su" Constitución no existiera ese mandato. Pero por otra parte, a *todos los demás* que no hubieren impugnado en tiempo la promulgación, o el primer acto de aplicación de la reforma constitucional, el mandato sí resultaría válido, si les es obligatorio, si existe, si produce todos sus efectos.

Para poner de manifiesto lo absurdo de toda esta situación, permítaseme hacer el manejo de alguna situación ideológica similar que a mí me parece muy indicativa a estos respecto.

La pasión, la intolerancia y la estrechez de algunos hombres, les han hecho reclamar para sí que son los poseedores de la "verdad", y pretenden desde ese mirador imponer en materia religiosa —creencias y vocación sublimadas, dignas del mayor de nuestros respetos, por la finura de su teleología y de su inspiración— esa supuesta verdad, aunque atrás de tal actitud en hondura no encontramos otra cosa

que su prepotencia, su temor a equivocarse, su conveniencia, su intransigencia obsecada.

Como el pensamiento y la creencia son libres, *malgré tout*, todo "poseedor de la verdad" encuentra su homólogo en otra trinchera, y por falta de tolerancia y comprensión frecuentemente se producen posiciones individuales, elitistas y segregacionistas que tanto daño han hecho a la humanidad. Y así es como solemos escuchar, desde la torre de los diferentes cubículos:

- "mi" religión me prohíbe comer carne de puerco;
- "mi" religión me prohíbe casarme;
- "mi" religión me prohíbe ver de frente al Emperador;
- "mi" religión me prohíbe molestar a una vaca;
- "mi" religión me prohíbe develar mi rostro.

Sería sumamente deplorable, —siguiendo este ejemplo desastroso de encajonamiento individualizante de criterios—, el triunfo de una posición como la que se sostiene ahora como una de las jurídica y constitucionalmente posibles, con la cual se permitiría eventualmente llegar a la conclusión de que nuestro Pacto Federal, (fuente además de todo el orden jurídico nacional y de los principios básicos fundamentales), puede llegar a ser incumplido, admitiéndose que a los amparados no les resulte obligatoria *una porción* de la Constitución —aquella que se alegó era contraria a una "inmanencia constitucional", o irregular, o intolerable en relación con su antiguo texto—, y por tanto están exentos de ajustar su conducta al concreto *texto constitucional*, apreciado como *no constitucional*.

Si así fuera, habría la posibilidad de adoptar afirmaciones de este cariz:

- "mi" Constitución me permite explorar y explotar todos los carburantes que encuentre en el subsuelo de mi propiedad;
- "mi" Constitución me permite acaparar y manejar precios de cualesquiera artículos;
- "mi" Constitución me permite manejar libremente los recursos naturales de la plataforma continental;
- "mi" Constitución me permite prestar el servicio público de banca y de crédito.

Tantas Constituciones como individuos o como personas jurídicas que exitosamente hubieren convencido a nuestro más Alto Tribunal de que una reforma a la Constitución, que pasó por el tamiz —bueno

o malo; elogiado o despreciable—, de todo el sistema constitucional estrictamente pactado, y escrupulosamente respetado, no sea tal Constitución para alguien. Y por ello *derogando* la reforma —aunque sólo sea en beneficio del quejoso, o los quejosos que se opusieron a tal reforma—, se dejare vivo el texto anterior, o ninguno si ése fuera el caso.

Creo que bajo las anteriores situaciones se produciría un caótico estado de confusión que es incomparablemente más insostenible, más peligroso, más anonadante, que la tesis que combatimos, y que sostiene que dentro de nuestra Constitución puede deducirse que está implícita y es reclamable una nulidad de reforma.

Pero independientemente de este argumento de fondo, resulta claro que no puede anularse una reforma constitucional por no apearse a aquellos criterios alegados por los quejosos, —por seductores que aparezcan—, ya que ese efecto no sólo no está autorizado en el sentido que se desea por los impugnadores, sino porque inclusive hay disposición expresa en sentido contrario. Mediante el amparo, pues, no puede anularse una reforma constitucional. No está en su técnica. No se le puede utilizar así.

Podrá insistirse, por supuesto, en las excelencias de una tesis quizás de finura inestimable; pero para combatir una reforma que parezca al impugnador como totalmente inaceptable, tendrían que introducirse ineludiblemente reformas constitucionales que no únicamente precisen sin ningún género de duda, sin subjetivismos, sin posiciones ideológicas, cuál es el material prohibido e intocable, sino además especificar una acción procesal constitucional que indique los extremos de la controversia, el tipo de alegación que se puede hacer valer, el tribunal o tribunales ante los cuales deben plantearse las oposiciones, el procedimiento al que se sujetará el litigio, las partes que pueden o deben concurrir para impugnar o defender la reforma, la forma de llegar al fallo y los efectos de la sentencia.

Y por supuesto —y antes que todo eso—, la generalidad de los efectos de la sentencia que declare la nulidad de la reforma decretada por el Constituyente Permanente, o su no incorporación a la Constitución, en forma tal que se aplique la declaratoria a todos, ciudadanos y habitantes de nuestro país, y así con toda certeza jurídica y política podamos afirmar —sin ningún género de duda—, que el orden jurídico nacional se fundamenta indispensable e ineludiblemente en una Constitución que de una vez y para siempre se garantiza no será objeto de dudas o de opiniones encontradas sobre su plena, indubitable, insospechada y total validez.

EL DERECHO ECONÓMICO: UN ASUNTO PARA REPENSAR EL DERECHO

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: Introducción, 1.—Derecho Económico: ¿Derecho de la crisis?; 2.—Las categorías "mercado" y "monopolio" como límites que acotan el espacio del Derecho Económico; 3.—El Derecho Económico y las áreas de conflicto: la nacionalización; 4.—La relación política económica y derecho económico ¿es una relación de fondo y forma?; 5.—Los primeros elementos de la nueva "Razón Económica" de Estado"; 6.—Constitución Política y Constitución Económica; 7.—Apuntamiento final.

Introducción

Los fenómenos sociales tienen un carácter invariablemente complejo y sus manifestaciones no siempre revelan a primera vista el sentido de sus conexiones internas.

El conocimiento moderno, sobre todo a partir del kantismo, ha enfatizado y practicado la especialización. Desde entonces han sido pocos los intentos cognoscitivos que pretendan recuperar el sentido integral del discurso científico. Ello provoca que las consecuencias epistemológicas de los modelos particularistas deban evaluarse a partir de un doble reconocimiento, porque si por un lado han sido motivo de un desarrollo técnico muy intenso en los distintos campos del conocimiento; por otro, han sacrificado el carácter integral que es consustancial a los procesos históricos.

En el campo de la ciencia del Derecho pueden constatarse los innegables progresos que los modelos exagéticos e incluso la Teoría Pura han conseguido para la ciencia jurídica.

Sus aportaciones a la teoría del derecho privado, a la teoría constitucional y a la técnica procesal y legislativa, forman parte medular del Derecho contemporáneo y, aun más, del alto grado de certeza que el orden jurídico proporciona a las relaciones sociales en general. Pero si éstos han sido los aciertos, otras son también las omisiones.

Resulta obvio que el derecho no acontece sólo en el curso histórico

de la sociedad. Sus progresos, su forma, pero sobre todo su sentido, obedecen también a la relatividad de la circunstancia en la que lo normativo se produce; dejar de atender a las variables que en el derecho influyen, es renunciar de entrada a comprender y a explicar la razón histórica de los fenómenos jurídicos.

Si la sociedad no cambiara o si la organización política fuera inmutable, el camino de los modelos científicos especializados sería necesariamente correcto. En esta perspectiva, el jurista —como científico del derecho— daría plena satisfacción a sus tareas, dedicándose a pulir hasta la exquisitez los instrumentos técnicos de lo normativo.

Sin embargo, la realidad social cambia y la dinámica de la historia alcanza necesariamente al derecho. Los fundamentos jurídicos se forman y se transforman conforme la sociedad se modifica. Siguiendo el criterio de los "especialistas"; este proceso —que da cuenta de la relación entre el derecho y la sociedad— quedaría completamente al margen de la ciencia jurídica; para ellos la única tarea consiste en fijar la positividad del objeto, desestimando su génesis y su dinámica. Con esta actitud se corre el riesgo —ya inminente— de teorizar para un derecho que no existe. Es así que la mayor parte de los juristas que en nuestro medio se encargan por ejemplo del estudio del derecho de propiedad, lo hacen de la misma forma que lo realizó Pothier en el *Tratado de la propiedad*, y con facilidad desdeñan la especificidad que esta institución jurídica tiene, en la fórmula que el Congreso Constituyente de la ciudad de Querétaro dejó plasmada en nuestra Carta Magna.

La eliminación metódica de las variables "ajenas" al derecho, acarrea un vacío teórico que deja al conocimiento jurídico a un paso de la ingenuidad política y económica, que coloca al jurista muy cerca del cinismo en el plano de la ética.

Los acontecimientos de este siglo, sobre todo los de su segunda mitad, han prohiado movimientos estructurales de naturaleza sustancial en la sociedad contemporánea. La crisis económica se ha difundido en el espacio social y ello ha provocado un fuerte ajuste de los mecanismos institucionales, concretamente, se ha experimentado un crecimiento *no voluntario* de los aparatos estatales, que se constata de una manera fehaciente en el incremento de la función económica que los Estados contemporáneos efectúan.

Resulta míope la actitud de quien pretenda ignorar las rectificaciones jurídicas que la "economización" del Estado ocasiona. El derecho moderno —construido bajo el principio de la igualdad de los sujetos ante la ley— cede y se traslada con el derecho contemporáneo,

cuya factura se caracteriza por el reconocimiento de la desigualdad material de los sujetos sociales, que ahora son también sujetos jurídicos. Derecho del Trabajo, Derecho de Protección al Consumidor; Derecho de Transferencia de Tecnología, y otros derechos más, son la prueba que se ofrece para acreditar el proceso de rectificación del Derecho en general. En todos estos casos el viejo derecho privado ha visto desdichos sus principios y desplazadas sus normas a un espacio cada vez más restringido.

Con las discusiones que se han suscitado sobre la naturaleza del llamado Derecho Económico se abren nuevas perspectivas para reorientar el sentido general del conocimiento jurídico. El Derecho Económico se presta poco para las generalizaciones que caracterizan a las construcciones normativas modernas; su carácter es mucho más concreto: Los procesos económicos ameritan una normatividad flexible y poco distanciada del curso efectivo de los acontecimientos, así como de una teoría que tome en cuenta la compleja imbricación del derecho con el estado y con los fenómenos económicos.

1.—Derecho Económico: ¿Derecho de la Crisis?

El Derecho Económico sugiere el primer intento de respuesta jurídica a la crisis contemporánea; a la crisis del mercado —que durante mucho tiempo estuvo concebido como regulador natural y espontáneo del equilibrio social—, y a la crisis teórica de los enfoques jurídicos clásicos, que se muestran demasiado rígidos para comprender fenómenos tales como la participación del Estado en la economía o la reorganización política que implican los procesos de planeación central en un marco formalmente corporativizado, como el del Estado Mexicano por ejemplo.

Hasta la fecha no existe un consenso doctrinal sobre la naturaleza del derecho económico. Algunos juristas, militantes todavía de la vieja vocación taxonómica de la ciencia jurídica, persisten en plantear, como fundamental, el problema de la autonomía de ésta a la que consideran una nueva rama del derecho. Sin embargo, lejos de los artificios clasificatorios de la ortodoxia doctrinal, ocurren procesos históricos, que con sus manifestaciones desdichan los principios que fundan el derecho de iguales. Fenómenos tales como la rectoría económica del Estado se han producido y normativizado sin solicitar anuencia de los juristas tradicionales; ha sido la realidad y no los criterios valorativos sobre ésta, la que ha incorporado normas con un nuevo sentido al derecho contemporáneo, pero son precisamente estas transformaciones las que

exigen —en tanto objeto de estudio— una nueva orientación —no exegética y no purista— del conocimiento del derecho.

La crisis del capitalismo libre concurrencial, es decir de aquel capitalismo que depositó absolutamente su confianza en la espontaneidad del mercado como regulador del equilibrio social, ha devenido en la crisis de los sistemas jurídicos racionalistas, en la rectificación política del derecho de iguales, fuente principal de inspiración de las normas contractualistas del derecho privado, y por qué no decirlo, del contractualismo del derecho público que también existe.

A partir de la aplicación de las políticas del "New Deal" después de la gran crisis de 1929 por parte del gobierno norteamericano, han surgido normas programáticas, cuyo fin primordial consiste en reordenar los procesos económicos en defecto de la ordenación natural del mercado. Estas normas necesariamente se inmiscuyen en la esfera de las relaciones privadas; la ocupan suplantando en el fondo la "autonomía de la voluntad" de las partes contratantes, por una especie de "Razón Económica de Estado", que en forma de planes y programas intenta restablecer la anarquía que provoca un mercado incontrolado.

Las normas del Derecho Económico son reglas de la orientación económica, instituto jurídico de la planeación estatal y, en última instancia, de la participación del Estado en la reproducción material del sistema y de su reordenación monopólica. El Derecho Económico se asocia entonces, a la crisis del mercado, a la crisis del derecho privado y a la consolidación del monopolio como fenómeno determinante de la sociedad capitalista contemporánea. Vale la pena aclarar que no toda la planeación es pública, que los grandes consorcios privados ejercen medidas de control sobre el mercado, aunque sólo la planeación estatal es, hasta ahora, derecho económico en el ámbito nacional.

Normas de contenido económico han existido siempre en los ordenamientos jurídicos, simplemente para ejemplificar esta proposición, citemos las disposiciones sobre contratos, las normas que regulan las operaciones de crédito o el régimen de los títulos valor. Lo que da carácter distintivo al Derecho Económico no es exclusivamente el contenido material de sus disposiciones, sino la naturaleza de los procesos que regula. El Derecho Económico se encuadra en un movimiento estructural de amplias dimensiones, al que brevemente podríamos caracterizar como una contradicción entre el alto grado de concentración y de centralización de la actividad económica contemporánea y una supraestructura de fundamentos liberales, que se ha perpetuado

explicando nuestra sociedad como si ésta se constituyera como un conjunto de productores y propietarios individuales en igualdad de condiciones potenciales. Si bien es cierto que esta imagen ideológica de la sociedad moderna se construyó desde los mismos orígenes del capitalismo para encubrir las diferencias materiales de los sujetos sociales, también debe apuntarse que en el momento actual, dicha imagen procura asimismo ocultamiento a la constitución monopólica de la sociedad contemporánea, haciéndola pasar por la vieja sociedad del capitalismo libre concurrencial.

¿Qué papel juega el Derecho Económico en el proceso contradictorio que se suscita entre la constitución efectiva de la sociedad y su sistema de representaciones institucionales y discursivas?

El Derecho Económico constituye una zona de traslape y por tanto de atenuación entre los dos polos contradictorios —mercado y monopolio—; es un derecho que sin negar la vigencia de las normas del derecho privado, poco a poco, lo desplaza y se inmiscuye en sectores de las relaciones sociales que antes, en los tiempos del estado gendarme, eran espacios prohibidos para la injerencia pública. En el esquema típicamente liberal la esfera de lo público y la esfera de lo privado se encuentran absolutamente distanciadas. En la esfera de lo público el único agente es el Estado que actúa siguiendo el principio de legalidad o de atribuciones expresas; en la esfera de lo privado los agentes son los particulares, el principio de su acción es la libertad y el contenido de su ejercicio es preponderantemente económico. El Derecho Económico significa el abatimiento parcial de la dimensión entre un espacio público y otro privado; es un derecho que reconstituye el vínculo entre la sociedad civil y el Estado, pero no desde la perspectiva de la independencia de los intereses privados, sino desde la posición de una razón económica superior que autoriza a ingerir y a planear el curso del desarrollo económico sin atenerse a los organismos institucionales típico del capitalismo libre concurrencial. En el caso de México, la llamada planeación democrática entraña el establecimiento de un sistema alternativo a la democracia parlamentaria consagrada en el texto constitucional. La nueva "democracia" se desarrolló en foros *ad hoc* donde las opiniones de los "sectores interesados" en la elaboración de cada plan, son interpretadas por las propias autoridades competentes.

La política económica contemporánea invade, de hecho, aunque no niega discursivamente, el ámbito de la sociedad civil. Jurídicamente esto provoca que junto a las normas típicas del Estado Moderno (normas contractuales, garantías individuales, principio de la división de

poderes, etc.), exista otro bloque jurídico, cuyo sustento teórico e ideológico es distinto; me refiero a las normas llamadas de derecho social y a las normas del derecho económico. En estos casos existe un reconocimiento tácito a la desigualdad de los sujetos jurídicos y a la crisis del mercado como regulador o codificador de la sociedad en su conjunto.

La abrogación final del derecho de iguales o moderno no se encuentra cercana; su sobrevivencia está garantizada no por la permanencia del mercado como elemento determinante, sino por la sutileza social y política de sus principios e instituciones que le reservan un papel importante en la presentación ideológica de los órdenes jurídicos contemporáneos.

Negar la igualdad de los sujetos ante la ley, el derecho de libre empresa, o más, el derecho de propiedad, sería desnaturalizar de plano los fundamentos orgánicos de la sociedad moderna. Así las cosas, aunque fácticamente el monopolio exista como factor dominante y sobrepujado al mercado, políticamente, los estados contemporáneos se encuentran lejos de reconocerse como estados monopólicos, o peor todavía, propiciadores del monopolio. Justamente para afirmar el predominio del monopolio el Estado efectúa su negación en el plano del discurso y de la política y, para negar, hecha mano del más puro discurso jurídico liberal. El progreso de la desigualdad de los agentes económicos privados se logra cuando la voluntad política estatal mantiene su orden regulatorio como si los sujetos jurídicos (que son también económicos) continuaran siendo potencialmente iguales.

El derecho de los contratos sigue siendo funcional a la sociedad contemporánea, en la medida que el mercado siga fungiendo como representación general o como imagen de la actividad económica total que en dicha sociedad se verifica.

2.—Las categorías "mercado" y "monopolio" como límites que acotan el espacio del Derecho Económico

Cabe aclarar que cuando se utiliza el término "mercado", la referencia se hace no solamente al espacio físico del intercambio de bienes y servicios, sino que alude al conjunto de relaciones sociales que se codifican —de manera determinante— a partir del intercambio. Mercado, en el sentido que aquí se utiliza, corresponde a la idea política de sociedad civil; es el ámbito de los intereses privados y de las relaciones individuales de contenido preponderantemente económico de los sujetos sociales; es, así mismo, la explicación del conjunto social

a partir de la esfera de la circulación de mercancías. En este contexto el derecho privado de cuño racionalista resulta la envoltura formal del proceso descrito: institucionalización del intercambio y de las relaciones que éste genera.

La noción de "monopolio" no se restringe para nuestros fines a su sentido jurídico, es decir, al monopolio entendido como una fuerza económica concentrada por su situación de predominio o de exclusividad, puede fijar arbitrariamente las condiciones de comercialización de determinadas mercancías o servicios, sin sujetarse a los mecanismos competenciales del mercado, siempre y cuando esta conducta cause perjuicio a la sociedad. Aquí se utiliza el término monopolio para aludir al proceso de concentración y centralización de capital que al consolidarse como elemento determinante —es decir, que se sobrepone al mercado— ha pasado a constituir una etapa histórica en el desarrollo de la sociedad capitalista, perfectamente diferenciada de la etapa formativa libre concurrencial del sistema en el que vivimos. El predominio del monopolio data del primer tercio del presente siglo y su rasgo más característico estriba en el papel predominante que juega el capital financiero en el conjunto de la actividad económica.

Monopolio significa distorsión del mercado, y mercado, a largo plazo, siempre se traduce en monopolio. La legislación antimonopólica en realidad sólo tiene una función política: la de ocultar bajo principios libre concurrenciales la constitución efectiva de la sociedad moderna y eventualmente sostener un proyecto integral de desarrollo que permita la sobrevivencia en un plano restringido de los capitales medianos y pequeños. Los principios éticos que alientan y protegen la libertad mercantil se plasman en el orden jurídico como elementos del discurso político, pero se proyectan hacia la realidad con un sentido distinto; su carácter prohibitivo se acentúa y la noción de monopolio se restringe —por lo menos en la legislación mexicana— a los casos en que la práctica exclusiva ocasione perjuicio al público en general.

La práctica monopólica marca un periodo de ajuste supraestructural en la sociedad moderna, porque al comprometer la función económica del mercado, desmerece también su función social. Intervencionismo de Estado y monopolio son dos procesos que históricamente proceden en forma vinculada, porque al no ser ya la posición mercantil de los sujetos la que determina su ubicación social, es menester contar con una fuerza política superior de ordenación que medie el proceso de centralización de capitales y distribuya los costos sociales del ajuste. No existe monopolio sin privilegio, sin embargo, el reconocimiento

social generalizado de los privilegios, sólo se consigue cuando éstos se elevan al rango de leyes generales, lo que acontece únicamente en el marco del Estado moderno. En esta perspectiva, el Derecho Económico resulta un proceso normativo absolutamente concomitante al proceso de monopolización de la sociedad contemporánea y de regulación encubierta de las prácticas monopólicas. Es también derecho del conflicto entre los grandes capitales centralizados y los capitales medianos y pequeños, cuya sobrevivencia obedece a la protección estatal y a la conveniencia de un eventual proyecto de desarrollo nacional. A grosso modo se puede afirmar que un elemento fundamental para distinguir al derecho económico de la legislación tradicional, es, precisamente, la existencia social del monopolio: el presupuesto histórico de la desigualdad de los sujetos privados, encubierto por un orden jurídico que permite la coexistencia de las viejas normas del derecho de iguales con disposiciones ordenatrices del proceso de monopolización, necesariamente rectificadora de un mercado en crisis por la existencia del mismo monopolio.

El orden jurídico realiza el "acto mágico" de permitir la coexistencia de una sociedad que define sus rasgos de manera principal por la existencia del monopolio, con un orden jurídico de inspiración libre concurrencial. Sin embargo, es un hecho que el Estado contemporáneo a visto crecer su aparato administrativo en el que se concentran un mayor número de funciones en desdoro de los órganos legislativos, y que este proceso de tecnificación que resulta concomitante al proceso de monopolización, apareja una cortapisa a la envoltura democrática de los estados occidentales.

Se puede afirmar que el derecho privado y el derecho económico subsisten en el ámbito de la crisis; que su existencia obedece a un traslape doblemente funcional: mientras el Derecho privado encubre el carácter autoritario de los procesos de planeación y monopolización, el derecho económico reconstruye las posibilidades de vigencia del estado de derecho y del orden jurídico, ante fenómenos que escapan a las potencialidades regulatorias de un sistema normativo que surgió vinculado a un mercado, del que se esperaba el equilibrio natural de la sociedad y que corresponde históricamente al de la sociedad europea occidental de los siglos XVIII y XIX.

3.—El Derecho Económico y las áreas de conflicto: la nacionalización

El Derecho Económico, a pesar de lo que se ha planteado no es un

derecho de alcances solamente nacionales; debe aclararse que a nivel internacional el derecho económico surge para articular, desde el punto de vista normativo, el proceso de internacionalización del capital y que se manifiesta a la par de la redistribución de los espacios económicos, sobre todo en los procesos de integración internacional y de regulación del intercambio comercial y financiero.

El Derecho Económico también tiene por objeto regular una doble área de conflicto en el plano internacional, a saber: el intercambio comercial desigual que se produce entre los Estados nacionales desarrollados y los Estados dependientes, y la antinomia que se establece entre empresas transnacionales por un lado y Estados nacionales del otro. Dentro de este último ámbito de conflicto se ubican sectores legislativos como el de transferencia de tecnología y aquel que regula la inversión extranjera.

El Derecho Económico registra el conflicto que existe entre un proceso de acumulación de capital que se produce a escala nacional dentro de cada estado, y las condiciones que requiere el proceso de acumulación de aquellos capitales que por su dimensión y por la extensión de los mercados que ocupan han excedido el espacio territorial de los Estados nacionales.

El hecho de que actos como las nacionalizaciones adquieran arraigo jurídico en los órdenes internos y en el ejercicio de la política económica de los Estados, revela el intento de éstos por preservar el control interno del proceso de acumulación de capital frente a los grandes capitales internacionales, que coaccionan a los estados para satisfacer sus intereses y decidir los procesos de ordenación económica desde una dimensión supranacional que escapa al control político de los mencionados Estados.

En los Estados dependientes como el nuestro, las nacionalizaciones constituyen actos defensivos que intentan procurar, desde la esfera política, un espacio de autonomía y decisión a los procesos que constituyen el *desarrollo nacional*.

Por su naturaleza compleja y por el tipo de proceso que entrañan, las nacionalizaciones son actos típicos del Derecho Económico. La articulación de elementos políticos, económicos y jurídicos en un mismo proceso, confiere a la nacionalización la complejidad suficiente para hacer imposible su explicación desde cualquier perspectiva exegética o de inclinación purista, y obliga a intentar su comprensión con la ayuda de un método abierto, que en lugar de aislar los elementos normativos, los entienda en su funcionalidad recíproca con las variables económicas y políticas de una determinada sociedad. En este sentido

el Derecho Económico reivindica para el conocimiento jurídico el carácter de conocimiento social.

Los actos nacionalizadores, antes que otra cosa, son decisiones políticas de los Estados que consisten en reservar dentro de su constitución para el ejercicio público de manera exclusiva, cierto sector de la actividad económica. Vale la pena insistir en que cada nacionalización significa un mayor grado de restricción al derecho público subjetivo de la libertad ocupacional o de libre empresa como también se le conoce; que cada nacionalización implica la ampliación de la esfera pública en detrimento de la privada, pero que dichos actos son en ocasiones el requisito histórico para que la esfera privada mantenga un determinado carácter nacional.

En tanto que la nacionalización implica una modificación a la estructura constitucional de un Estado, los juristas no podemos sustraernos a la explicación del sentido de esas reformas y de su congruencia o incongruencia con los principios constitucionales fundamentales. A pesar de que contamos con un instrumental analítico muy limitado, tenemos la responsabilidad de dar una respuesta científica al hecho de las nacionalizaciones; una respuesta que trascienda los simples calificativos a prioristas y los juicios superficiales de constitucionalidad.

Obviamente una nacionalización implica una contravención al sustrato liberal de las constituciones modernas, pero también contradicen los principios fundamentales de esas Cartas, medidas como la relativización del principio de atribuciones expresas, el exagerado sobrecargamiento de las atribuciones del presidente de la República o la casi desaparición de la garantía de audiencia en los procedimientos de expropiación. Con esto se quiere decir, que las reformas constitucionales que hoy se introducen a esos textos, no son meras adecuaciones o acomodados de sus principios rectores, sino que implican una verdadera redefinición de los conceptos básicos de organización del Estado.

Tal parece que los mecanismos previstos por los órdenes jurídicos para defensa de sus respectivas constituciones no han sido suficientes para detener el embate de los movimientos reformadores, o bien para diseñar con espíritu crítico un modelo constitucional alternativo, donde conscientemente y en forma deliberada se programen los alcances organizativos de un Estado diferente al Estado Moderno y que podríamos denominar Estado Programador.

La mayoría de las nacionalizaciones son en efecto inconstitucionales porque su mecánica violenta la parte dogmática de las Cartas, pero es un hecho innegable que la conculcación a los derechos públicos sub-

jetivos forma parte de un proceso histórico cuyo sentido se encuentra en un nivel de profundidad que excede el mero juicio de constitucionalidad.¹

Ahora los juristas debemos explicar —no necesariamente legitimar— cuál es la razón por la que el orden jurídico contemporáneo admite en su interior un traslape relativamente ambiguo de principios; unos, los de sustrato liberal, y otros, los que obedecen a la lógica del "intervencionismo" de Estado. Aun más, la responsabilidad científica nos indica la obligación de formular hipótesis sobre el curso y las consecuencias de esos traslapes; sobre la vigencia o el anacronismo de los modelos constitucionales e incluso sobre la legalidad —que en buena parte es la legitimidad— de los nuevos principios que a las constituciones se incorporan, y de los que las nacionalizaciones no son sino una parte.

4.—La relación política económica y derecho económico ¿es una relación de fondo y forma?

Como punto de partida planteamos una proposición que en el curso de nuestra reflexión intentaremos justificar: el contenido fundamental del derecho siempre son las relaciones sociales; el contenido fundamental del derecho económico es la política económica, que no es sino un determinado sector de las relaciones sociales que el derecho vigente necesariamente contiene. Esto, si reconocemos que el derecho es un fenómeno formal, y en cuanto tal es necesario localizar su remisión a lo otro, es decir a aquellos de lo cual es fenómeno.

En un primer nivel se puede establecer que la política económica es el nombre genérico que recibe la participación del Estado en la reproducción económica o material de la sociedad. Los mecanismos concretos de participación son muy variados: emisión de moneda y ejercicio de la función de banca —central y especial—, manejo directo de áreas estratégicas, construcción de infraestructura técnica e incluso científica, prestación de servicios como salud, educación, comunicaciones, control del comercio exterior, otorgamiento de estímulos y subsidios a las actividades económicas prioritarias o ineficientes, control de precios, distribución social del ingreso mediante asignaciones pre-

¹ En sentido estricto las nacionalizaciones no pueden ser sino actos constituyentes, o bien del órgano reformador de la Constitución, porque entrañan una alteración sustancial a la distribución entre el espacio público y el espacio privado de la actividad social que solamente la Constitución puede regular por elemental criterio de seguridad jurídica.

supuestarias, ejercicio empresarial directo en aquellas áreas económicas que no resultan atractivas para los capitales privados; contratación de empréstitos con el exterior, y sobre todo, planeación general de la actividad económica y regulación de la crisis a partir del ejercicio combinatorio de los factores enunciados.

No siempre en el curso de la explicación política moderna se ha reconocido como conveniente la participación económica del Estado. Las concepciones liberales fueron partidarias de un estado constreñido exclusivamente a las funciones administrativas de gobierno. De esta convicción hicieron un principio fundamental de ética-política; el buen gobernante debe permitir el impulso natural de las leyes económicas que proviene precisamente de la motivación individual de la actividad privada. Toda injerencia pública en la función particular era vista con recelo y desconfianza. En las mentes liberales el espacio social se encontraba naturalmente dividido en un ámbito público —el del Estado— y en otro privado —el de la sociedad civil—; lo público era por necesidad el espacio de los fenómenos políticos, y lo privado, el de los procesos económicos; en un lado acontece lo artificial, lo ordenado; en el otro, lo natural y espontáneo. Los agentes económicos, por definición, deben ser agentes privados y operar bajo el presupuesto de su igualdad potencial, de su desplazamiento voluntario. El Estado es un órgano de dimensión distinta, su peso político se traduce necesariamente en asimetría económica y distorsión de las leyes espontáneas del mercado; por lo tanto, el Estado debe abstenerse de concurrir al espacio de la actividad privada, su función consiste en otorgar las garantías políticas y en preservar el orden intersubjetivo de la sociedad civil. La función estatal debe dirigirse de manera que sus actos no privilegien a ciertos agentes de la actividad privada, para que la igualdad potencial de los sujetos se mantengan y la competencia sea leal.

Con el advenimiento de la etapa monopólica, el esquema liberal se resquebraja. Las crisis del capitalismo vuelven inminente la intervención estatal para la rectificación de los desequilibrios económicos. En este contexto, el keynesianismo se ofrece como la primera explicación racional, dentro del pensamiento económico burgués, que atribuye a la injerencia económica estatal un carácter terapéutico, ya no peyorativo. En la explicación de los ciclos económicos, Keynes apuntó la necesidad de abatir los estados recesivos con el impulso político.² El

² Ver Sweezy, P. "La aportación de Keynes al análisis del capitalismo" en vol. col. *Crítica de la economía clásica*. (trad. A. Bosch), ed. Ariel, España, 1968, pp. 97-108.

Estado aparece entonces como un ente correctivo y capaz de planear algunos aspectos de la vida económica, a través del manejo de instrumentos financieros, monetarios y presupuestales; sin embargo, la intervención económica estatal debe orientarse con un criterio eminentemente restablecedor; su objetivo central tiene que ser el de proveer para la restitución del funcionamiento óptimo del mercado: Para Keynes el principio explicativo de los periodos recesivos se encuentra en la demanda insuficiente, es decir, todavía a nivel de los elementos constitutivos del mercado; no se trata de un proceso de crisis estructural del capitalismo en su conjunto, sino de un desajuste temporal que será convenientemente purgado por el periodo de crisis.

La política económica es sólo un sector de la política en general y, en cuanto participa de este género se caracteriza también por su carácter complejo, que proviene de las peculiaridades de su fuente, la cual, no es otra que la permanente confrontación de las fuerzas sociales en una formación nacional determinada. Entonces, la política económica no se explica exclusivamente como el conjunto de mecanismos materiales de participación económica estatal, sino también, y esencialmente, como conjunto de concepciones de una formación nacional sobre su propio desarrollo, expresadas contradictoria y políticamente en el discurso estatal.

La política económica, por lo tanto, se integra de elementos materiales y discursivos, tanto de los órganos de gobierno, como de las reivindicaciones de las clases sociales, aun las no hegemónicas, recogidas en el proceso de condensación política que lleva a cabo el Estado. Por citar un caso, en México la política financiera que practicó el Gobierno, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los años anteriores a la nacionalización de la banca, respondía en todo a los intereses particulares de los grupos financieros cuyos enclaves en el propio gobierno les proveyeron de las medidas políticas de apoyo para la consolidación de su situación de predominio sobre el resto de la economía.

Ahora bien, debemos distinguir entre los mecanismos políticos reales —como la presión y el conflicto— a través de los cuales las clases sociales influyen en la generación de la política económica, y aquellos de carácter formal, que el mismo sistema de planeación establece "para incorporar la participación y la consulta de los diversos grupos sociales, con el objeto de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan y sus programas". Este sistema de participación formal, guarda muchos inconvenientes desde el punto de vista de las aspiraciones democráticas, dado que las

clases sociales como tales no tienen como espacio de acción esos foros *ad hoc* que el Gobierno implementa para la consulta; y aunque la tuvieran, siguen siendo las autoridades políticas a quienes toca arbitrar y seleccionar las opiniones para la confección del Plan.

Cabe aclarar que del total del discurso que constituye la política económica, sólo una parte se transforma en actos positivos, y que para interpretar el conjunto del proceso no podemos hacer abstracción de los objetivos incumplidos, sino que debemos atender a las prácticas y a su congruencia con el proyecto discursivo al que aparentemente se deben y, en un segundo momento, contrastar los resultados con la efectiva función estructural de la política económica.

Las causas que bloquean la realización de ciertos objetivos de política económica estatal, los podemos encontrar en las condiciones externas que genera la situación de dependencia, en las pugnas de clase que integran una situación determinada, en contradicciones dentro del mismo aparato administrativo del estado y, finalmente, en el carácter ideológico que asume el propio discurso económico estatal.

5.—Los primeros elementos de la nueva "Razón Económica de Estado"

Dentro de la política económica la planeación resulta la expresión más acabada; constituye el mayor intento de racionalización para dar coherencia a los mecanismos concretos de participación estatal en la reproducción material del sistema. Y por otra parte, la planeación, como acertadamente lo expresó John Kenneth Galbraith en el *Nuevo Estado Industrial*, "existe porque ese proceso (el de la autorregulación del mercado) ha dejado de ser digno de confianza".

Para el autor citado, la planeación consiste:

...en sustituir los precios y el mercado, *en cuanto mecanismos determinantes* de lo que se va a producir, por una determinación autoritaria del estado de lo que se va a producir y consumir y de los precios.³

Sin embargo, la planeación estatal no es la única que existe, los grandes monopolios alteran de forma provisoria los mecanismos del mercado con el objeto de controlarlo, no de eliminarlo. De esta forma

³ Ver Galbraith, J. K. *El nuevo estado industrial*. (trad. M. Sancristan), ed. Ariel, España, 1974, p. 76.

existe también cierta "planeación privada", la cual, puede coincidir o no con la planeación pública, pero en todo caso responde a una dispersión del ejercicio del poder que sobrepasa el ámbito exclusivo de los órganos gubernativos. De cualquier forma, tanto el Estado capitalista, como los monopolios privados, considerados en su práctica económica, muestran que el mercado es exclusivamente un espacio marginal de los procesos económicos contemporáneos.

Desde luego, la planeación pública, para ser efectiva, requiere de que el órgano que la realiza cuente con un control real sobre ciertas actividades económicas que pueden ser calificadas de neurálgicas respecto al resto del sistema. Así las cosas, la planeación amerita como presupuesto; un control suficiente sobre los recursos financieros del sistema; supone también una posibilidad amplia de ejercicio presupuestal, la cual, a su vez, implica solvencia de recursos; asimismo, se hace necesario el manejo de los recursos naturales y energéticos más importantes; una burocracia eficiente y un grado elevado de consenso por parte de los agentes privados para con el proyecto de política económica que el plan encierra.

Jurídicamente los planes económicos suponen distintos grados de coacción, dado que generalmente son obligatorios exclusivamente para los órganos públicos, mientras que se presentan como meras medidas indicativas para la actividad privada. Existe sin embargo, al menos en México, un nivel obligatorio intermedio que es de la concertación, consistente en la asunción voluntaria del carácter obligatorio de determinadas medidas del plan, por parte de los agentes económicos privados. Cabe destacar que en lo fundamental los planes económicos son obra de equipos burocráticos especializados que pertenecen orgánicamente al Poder Ejecutivo; que a diferencia de la ley tradicional donde el Congreso es el órgano emisor por excelencia, los planes son solamente sancionados por las asambleas legislativas, lo cual resulta no fácil de aceptar en un orden jurídico de raíces liberales.

Lo jurídico del Plan se reconoce sólo en aquellos aspectos o "vertientes" en que surgen disposiciones obligatorias; el plan en general no tiene el carácter de una norma jurídica en sentido tradicional, si bien algunas partes de su contenido pueden identificarse como fuente inmediata de creación de normas. Este es el caso de lo que en México y en Francia se conoce como vertiente de concertación; y que no es otra cosa que un mecanismo en virtud del cual los agentes económicos privados aceptan de manera espontánea someter el sentido de su actividad a los lineamientos y objetivos previstos en el Plan. Aquí se trata, como ya lo han expresado algunos autores europeos, de un

conjunto de disposiciones que si bien no participan en todo de las características de una norma jurídica, sí entrañan regulación de conductas y, desde esta perspectiva podrían llegar a conceptuarse como un nuevo derecho flexible, donde la coacción de la norma no es el elemento fundamental para su definición.

El intento racionalizador, alternativo al "caos" de las leyes espontáneas del mercado, que desde el Estado —o más concretamente desde el Ejecutivo— se lleva a cabo; es una nueva forma del ejercicio político, que ha pasado a ser incluso la fundamental en el marco de los Estados contemporáneos. Del arbitraje de la realidad económica depende ahora el éxito o fracaso de la gestión política. Así como en los albores de la época moderna surgieron teóricos del ejercicio político; ahora proliferan los teóricos del ejercicio económico como instrumento político; es esto lo que nos ha sugerido el término de "Razón Económica de Estado" para calificar la práctica "planeadora" de los Estados contemporáneos, y a buscar dentro de ella las nuevas especificidades que lo jurídico asume en el momento que nos ha tocado vivir.

6.—Constitución Política y Constitución Económica

La proposición que adelantamos consiste en afirmar que las Constituciones Políticas de los Estados o Cartas Fundamentales involucran, además de un modelo de organización estatal y jurídica, un proyecto —también modélico— de organización económica.

Al modelo de estructuración económica previsto en la Constitución, podemos llamarle "proyecto de desarrollo" si nos situamos en la perspectiva de los Estados nacionales cuyo grado de autosuficiencia económica los sitúa como países dependientes. Este es precisamente el caso mexicano.

El "proyecto de desarrollo" puede encontrarse de manera explícita o implícita en el texto constitucional. Las Cartas Fundamentales de motivación liberal, generalmente no se ocupan de manera expresa de la cuestión económica; el manejo del equilibrio material de la sociedad se encuentra definitivamente confiado a la autorregulación del mercado y las normas jurídicas que la Constitución contiene se orientan precisamente a conseguir el libre funcionamiento del mecanismo mercantil; ello, a través de constreñir el ejercicio del Estado a su función administrativa y política a partir del principio de atribuciones expresas, y de garantizar por distintos medios de defensa constitucional las libertades que en forma de derechos públicos subjetivos las Cartas Fundamentales regulan en sus respectivos capítulos dogmáticos. A

esto llamamos un modelo económico implícito: los textos liberales diseñan una sociedad mercantil de pequeños propietarios, colocados en un relativo nivel de igualdad, que por su independencia y libertad hacen posible el intercambio de mercancías. El punto flaco de este modelo se encuentra en la escasa posibilidad de contener el proceso de monopolización al que el mercado necesariamente conduce por la sobrevivencia y consolidación de los capitales más aptos frente a los menos eficientes. El monopolio apareja la crisis del modelo constitucional, en tanto la igualdad de los sujetos privados ante la ley no corresponde a su desigualdad material.

Las llamadas "Constituciones sociales" de las cuales la nuestra es precursora, aceptan en su articulado la desigualdad material de los sujetos sociales, aunque no de un modo general; este reconocimiento alcanza a ramas especiales del orden jurídico y de la realidad social como por ejemplo la laboral o la agraria. Esta incorporación a las Cartas Fundamentales introduce necesariamente cierta ambigüedad a sus principios, ambigüedad cuyo sentido amerita ser analizado y precisado por el jurista; porque ni se puede juzgar a nuestro derecho positivo como si fuera sólo el bloque jurídico de inspiración liberal; ni se puede considerar que el bloque "social" o "intervencionista" pueda llegar a prescindir de la medida que a su sentido impone el bloque liberal.

En nuestra Constitución, desde 1917 se inició un proceso tendiente a hacer explícito en su articulado el modelo económico. Desde el principio, y a ello responden las fórmulas de la "propiedad originaria" y del "dominio directo" de la Nación, el Constituyente previó que el desarrollo nacional sería conducido por el Estado, ya que a éste se atribuyó el control de importantes recursos materiales, así como el papel de árbitro supremo de las relaciones sociales de propiedad.

La desconfianza del Constituyente de Querétaro a la espontaneidad del mercado y al equilibrio natural que éste debería provocar, se justifica por el rotundo fracaso de la Constitución liberal de 1857, la que a todas luces devino en un documento extralógico que definitivamente no logró hacer contacto con la realidad de la sociedad mexicana de la segunda mitad del siglo XIX.

El fortalecimiento estatal que la Constitución de 1917 previno es, en cierto modo, correlativo a la debilidad orgánica de la sociedad civil mexicana. El juicio que subyace al liderazgo económico del Estado, corresponde al reconocimiento de que no existe un impulso privado suficiente para llevar a cabo, por sí mismo, el desarrollo económico nacional.

Cabe también destacar que tratando de resolver el problema de la adecuación constitucional a la sociedad mexicana, que el Constituyente de 1956-1957 no pudo solventar, el de 1917 recogió el reto que Ponciano Arriaga había lanzado ya en su famoso voto particular e hizo de la Constitución de Querétaro una Carta, verdadera Carta de la tierra; es decir, asumió que el problema agrario, principal entonces, debía ser planteado y resuelto en el mismo texto constitucional. Así fue como el Artículo 27 recogió todo un programa de reforma agraria, que si bien no devino en resultados productivos muy eficientes, sí permitió al Estado post-revolucionario llevar a cabo un proyecto de desarrollo para el país distinto al proyecto latifundista del Porfiriato.⁴

El proyecto constitucional original, ha sido modificado y redefinido en numerosas ocasiones desde 1917 a la fecha. Entre estas reformas, la de mayor relevancia, desde el punto de vista del diseño normativo de contenido económico, se llevó a cabo en diciembre de 1982. Este movimiento legislativo introdujo principios tan importantes como el de la rectoría económica del Estado, la planeación, la tripartición de la sociedad mexicana en tres sectores sociales (definidos a partir de las formas sociales de propiedad), la reglamentación constitucional de los sistemas de fomento y, en general, la constitucionalización de las llamadas "atribuciones del ejecutivo en materia económica". Este conjunto de medidas que en realidad implica un capítulo económico en la Constitución, amerita, para su explicación cabal, la resolución previa de varios problemas, a saber:

a) Debe explicarse el sentido y la efectividad del traslape, que al interior del sistema jurídico se produce, por la sobreposición de un bloque normativo de inspiración "intervencionista" sobre otro bloque de fondo liberal, que sirvió de referencia fundamental al constitucionalismo occidental;

b) Debe precisarse hasta qué punto el nuevo capítulo económico de la Constitución entraña una redefinición del modelo económico constitucional en su versión original, o bien, hasta qué grado es un desarrollo de dicho modelo, sobre todo, a partir de la fórmula de la "propiedad originaria" que el Constituyente introdujo en el Artículo 27 de la Carta de Querétaro, y

c) Debe realizarse un esfuerzo para contrastar el modelo económico constitucional con las características fundamentales del modelo de acumulación en la formación nacional mexicana para establecer:

⁴ Ver Arriaga, P. "Derecho de propiedad. Voto particular" en Tena Ramírez. *Leyes fundamentales de México*. Ed. Porrúa, México, pp. 573 y ss.

- i) La congruencia o incongruencia entre fenómeno normativo y realidad social;
- ii) En caso de existir distorsión entre modelo normativo y modelo de acumulación, precisar el sentido de la distorsión;
- iii) Explicando, de paso, el papel general del derecho en el proceso de acumulación de capital.

El análisis del modelo económico constitucional rebasa la intención de estas breves anotaciones; sin embargo, se sugiere para ese efecto, el siguiente programa de trabajo analítico:

CONSTITUCIÓN

↙ Principio de Atribuciones Expresas ↘



En este esquema, la división del espacio público y el espacio privado se opera a partir del principio de atribuciones expresas a los poderes constituidos; al espacio privado corresponde la regulación de la parte dogmática y al público la parte orgánica. A los agentes privados se les reserva la actividad económica y al Estado la actividad política. La crisis del mercado provoca el borramiento de la distinción entre el eje de lo público y el de lo privado, dando lugar a la incrustación de un tercer eje que, viniendo de lo público, invade lo privado; éste es precisamente la vertiente donde ocurre el traslape de lo público con lo privado; de lo liberal con lo intervencionista; de lo formal con lo material.

Así las cosas puede afirmarse que la matriz principal del análisis es el esquema bipartita —público y privado— del modelo liberal; que el "intervencionismo" implica una corrección o bien una distorsión del esquema tipo. Lo científico consiste en precisar el sentido de esa corrección o distorsión que se produce, así como las expectativas de la existencia del sustrato liberal con el sustrato intervencionista.

He aquí un esquema que en lo sucesivo será una herramienta útil

para profundizar en el análisis económico constitucional, y a partir de ahí, en la regulación secundaria, cuyo fin principal sea, precisamente, la rectificación "artificial" de los procesos "naturales" del mercado, a través de la política económica y de la legislación y disposiciones jurídicas que finalmente le den forma.

7.—Apuntamiento final

Con lo expuesto hemos querido proponer una forma alternativa que colabore a devolver a la ciencia jurídica su carácter creativo; que permita al jurista desarrollar un instrumento teórico para responder a los problemas contemporáneos del orden jurídico y le facilite, asimismo, su labor crítica respecto a procesos sobre los que paulatinamente los especialistas del derecho hemos venido perdiendo el control.

La novedad de los procesos que generan la regulación económica de la crisis surge ahora como una especialidad innegable pero también como una forma de evaluar el conjunto de los modelos dominantes en la ciencia jurídica contemporánea.

LA CAPITULACIÓN DE SANTA FE

Rafael DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO

"Piensa el iberoamericano que basta renunciar a la barbarie americana y a la herencia ibera para que su doble culpa desaparezca y se le incorpore al mundo de la cultura y la historia. Para ello renuncia a la una y la otra como si nada tuviera que ver con ellas, ni siquiera en la forma de haber sido; renuncia imposible, porque la una y la otra se harán patentes en forma de lo que no ha sido aún asimilado. No son aún el pasado, la experiencia dada, sino el presente, la experiencia que aún no termina."

Leopoldo Zea. *América en la Historia*.

INTRODUCCIÓN.—En víspera de los festejos conmemorativos del quinto centenario del descubrimiento de América, se impone la siguiente reflexión: quizás ninguna otra celebración laica alcance a hermanar a personas de tan distintas nacionalidades, como la conmemoración de la empresa colombina. Desde Japón y las Filipinas, pasando por la mayoría de los países europeos y, por supuesto, por todos y cada uno de los países americanos, se multiplican los preparativos y las comisiones especiales, las ediciones conmemorativas, la develación de placas, bustos y monumentos, así como toda clase de actos culturales y festivos. En una época de crisis como la nuestra, en que desgraciadamente los únicos aniversarios civiles que trascienden las fronteras de los países, y aún de los continentes, son las guerras —justamente en estos días se ha recordado en todo el mundo el infausto cuadragésimo aniversario de los bombardeos atómicos sobre Horoshima y Nagasaki— cabe aguardar, esperanzados, que los preparativos que a toda marcha se llevan a cabo en gran parte del mundo, trasciendan de los meramente anecdótico, y las fiestas del quinto centenario inflamen en los espíritus de los gobernantes y de los líderes de las distintas ideologías, razas y religiones, el mismo impulso emprendedor, entusiasta, genial y de buena voluntad que llevó, al marino genovés a buscar el canal de comunicación que habría de unir al mundo entonces conocido. Nunca, hasta entonces, había entrado en comunicación la humanidad entera. Nunca, como ahora, se presenta mejor oportunidad a los pueblos de todo el mundo para sentarse a una mesa, no ya a incriminarse mutuamente, sino a revitalizar los recuerdos de una hazaña que les es común,

a mostrarse por una vez hermanos, a celebrar gustosos el momento en que se describió la cortina que los mantenía separados. Ese día no sólo habrá que conmemorar la llegada a Guanahani ya que, en realidad, se festeja el nacimiento mismo de la edad moderna; esto es, del momento en que el ser humano comprendió que no estaba arrinconado y sólo en un mundo que lo aterrizzaba, sino que él era capaz de dominar ese planeta hasta entonces inabarcable e inaccesible. América recibió mucho, pero también contribuyó con otras muchas cosas... y sigue contribuyendo con muchas más. Qué mejor momento para decidirse por un mundo más justo, que el del V Centenario del Descubrimiento Colombino.

De nuestra parte, el estudio monográfico de la Capitulación de Santa Fe que ahora se presenta —primer capítulo de la tesis doctoral leída en la Universidad de Sevilla en mayo de este año— se ha escogido pensando que nada más adecuado para iniciar una serie de publicaciones de carácter histórico-jurídico conmemorativas del medio milenio del descubrimiento de América que presentando, aquí y ahora, los antecedentes, así como la génesis, aceptación, contenido —éste incluye tanto la edición facsimilar, como la transcripción paleográfica y el análisis crítico— y divergencias derivadas del contrato constitutivo de la magna empresa colombina.

Aunque es mucho ya lo que se ha escrito a través de los años en torno a Colón y a la Capitulación de Santa Fe, el presente trabajo pretende esclarecer, con base en un grupo de fuentes documentales que rara vez se han juntado en un estudio de esta índole, una serie de cuestiones que todavía hoy en día son objeto de enconadas polémicas y de interpretaciones de lo más dispares.

Para empezar, se parte del análisis de los antecedentes de la capitulación de Cristóbal Colón; esto es, las capitulaciones que desde comienzos del siglo XV se celebraron para ir a descubrir y pacificar las costas atlánticas del Norte de África. A través del contenido de las mismas se podrá apreciar cómo, en un primer momento, vino a resultar práctica común el conceder al capitulante en perpetuidad el señorío de las tierras convenidas con él, incluyendo la jurisdicción civil y criminal, alta y baja, y el mero y mixto imperio.

En una segunda etapa —una vez que Fernando de Aragón e Isabel de Castilla unieron sus destinos, comenzando a imponer una nueva política de consolidación de la monarquía a costa de los fueros y privilegios de nobles y particulares—, el particular-capitulante pierde la oportunidad de recibir, como compensación de su esfuerzo, el señorío y la jurisdicción de lo que él por su parte se obligaba a descubrir, conquistar, pacificar y evangelizar, substituyéndoseles en cambio por una serie de privilegios de índole económica.

Resulta del todo sorprendente encontrarse dentro de dicha etapa

histórica a un Colón que, en forma completamente inusual, obtiene una serie extraordinaria de cargos y privilegios que contravenía substancialmente la nueva línea política practicada por Isabel y Fernando. Este documento, único y extraordinario, en buena parte debido a la magnitud de los descubrimientos colombinos, dio lugar a un largo debate de índole jurídica, política y teológica, que continuó aún durante mucho tiempo después de muertos sus protagonistas. No obstante lo breve del documento en cuestión, ha dado lugar a una larga serie de interpretaciones singulares —cuando no descabelladas—, debido al lenguaje ambiguo, a veces contradictorio, y en lo general impreciso, con que fue redactado.

Algunas de las principales cuestiones que pronto afloraron, las podemos incluir en algunos de los siguientes apartados:

a) ASPECTO JURÍDICO. ¿Se trataba o no de un contrato? Recuérdese que la historiografía española de los últimos cuarenta años ha venido sosteniendo, reiteradamente, la tesis del carácter de merced real de la capitulación, negándole toda fuerza contractual a la misma. Aquí habría que incluir también algunos aspectos concernientes a los cargos que le fueron concedidos al genovés: ¿De dónde tomó el modelo de la lista de cargos que solicitó? ¿Eran éstos de tradición castellana? ¿Cuál fue la clase de jurisdicción que se le concedió?

b) ASPECTO POLÍTICO. ¿La serie de cargos, privilegios y prebendas convenidos autorizan a hablar del señorío colombino sobre las islas y tierras que "nuevamente descubriere"?

c) ASPECTO SOCIAL. ¿Cuál fue la relación entre Colón y los marinos andaluces que lo acompañaron? ¿En calidad de qué iban éstos?

d) ASPECTO RELIGIOSO. ¿Cómo interpretar el hecho de que la Capitulación de Santa Fe —a diferencia de todas las que le precedieron— omitía completamente toda referencia a términos como 'Santa Empresa', o 'Infieles', y aun olvidaba a los religiosos que tenían que ir en toda expedición?

e) ASPECTO ECONÓMICO. ¿En qué medida benefició o perjudicó a Colón el hecho de haberle ofrecido a la corona el 90 por ciento de todas las garantías obtenidas y, por otra parte, cuáles terminaron siendo los beneficios económicos que se reservó para sí el Almirante?

f) ASPECTO FILOLÓGICO. ¿En qué sentido se empleó el lenguaje de la capitulación santafesina: en sentido figurado o en *stricto sensu*? ¿Cuando se asentó que la capitulación se la había otorgado por 'lo que ha descubierto', significa esto que en realidad tuvo efecto el tan controvertido predescubrimiento? ¿El hecho de haberse consignado expresamente la perpetuidad del cargo sólo en la cláusula que se refería al Almirantazgo de la Mar Océano significaba —como el

fiscal lo habría de sostener en los pleitos colombinos— que la gobernación y el virreinato no los recibirían ya sus herederos?

Como bien se aprecia, el escueto y lacónico contrato que hoy traemos a colación presenta una cantidad de interrogantes que sin duda alguna justificarían, cada una de ellas, un trabajo monográfico aparte. Hay que recordar que ya se han hecho algunos intentos, aunque muchos de ellos no resultan todo lo felices que sería de desear. Desgraciadamente todo lo relativo a la vida y obra del Almirante se ha prestado a que los interesados en el tema divaguen muchas veces por los senderos de la fantasía.

La novedad que pretende ofrecer este estudio radica, especialmente, en plantear con claridad y concisión el contenido y la dificultad que ofrece el texto en cuestión, así como las distintas interpretaciones que del mismo se han hecho. Para ello se ha optado —ante el temor a ser arrastrado por la tentación novelesca— por partir de una serie de fuentes documentales que garanticen la pureza e idoneidad de su empleo. Así es que, aparte de los autores contemporáneos que se citan —muchos menos de los consultados—, se han utilizado los siguientes textos:

1. Copia original de la capitulación de Santa Fe que se conserva en el Archivo General de Indias de Sevilla.
2. Primera confirmación de privilegios solicitada por el Almirante, concedida en Granada el 30 de Abril de 1492.
3. Primera carta enviada por Colón a la Corte luego de efectuado el descubrimiento, fechada en Lisboa el 14 de Marzo de 1493.
4. Segunda carta de privilegio que se le expide, dada en Barcelona el 28 de Mayo de 1493.
5. Nueva y última carta de privilegio que se le extendió en Burgos el 23 de Abril de 1497.
6. Primer libro en que reunió todos los privilegios que hasta entonces se le habían otorgado, empezado antes de emprender su tercer viaje, y terminado en la Española en 1498.
7. Segundo libro de sus privilegios, recopilado y autenticado en Sevilla en 1502.
8. Diario autógrafo de sus cuatro viajes transatlánticos.
9. Su último testamento, hecho en Valladolid el 19 de Mayo de 1506.
10. Testimonio de los cronistas que lo conocieron y trataron personalmente: Pedro Mártir de Anglería, Fray Bartolomé de las Casas, Gonzalo Fernández de Oviedo; así como el libro que sobre su vida escribió su hijo Hernando Colón.
11. Probanzas de sus amigos y adversarios, tomados de los pleitos colombinos.
12. Originales, y algunas copias, de las capitulaciones que inmediatamente antes y después de la suya se celebraron.

vieren el Señorío de las dichas islas, o de alguna de ellas, muriere sin dejar hijos legítimos, que el Señorío de las dichas islas venga e sea del descendiente mas próximo que vuestro descendiente sea".³

Como ya se mencionó, estas primeras capitulaciones para Las Canarias han de ubicarse —a diferencia de las colombinas— dentro de un contexto de relaciones de vasallaje. De hecho —según el maestro Zavala— es por contar con recursos humanos y materiales lo que lleva a Juan de Bethencour a rendir vasallaje a Enrique III de Castilla, en 1403, ya que era el soberano cristiano que le quedaba más próximo a las Canarias. Comenta que a cambio de dicho vasallaje recibió veinte mil maravedíes, el derecho de Señorío sobre las islas, el quinto de las mercancías que se condujesen de las islas a España y la facultad de acuñar moneda. El título que ostentaría sería el de Rey. No hay que olvidar que lo que hizo Bethencour —entregar algo propio, que en este caso eran las islas que estaba conquistando, a un Rey para recibirlo enseguida como aceptación simbólica del vasallaje rendido— era práctica característica de la sociedad feudal.⁴

Cómo es lógico pensar no era el particular el único que salía beneficiado del acto de vasallaje, sino que los Reyes y Señores que lo aceptaban rebustecían su poderío militar y político. Así es como Alfonso de Cassaus quedaba comprometido a su vez: "E vos el dicho Alfonso de Cassaus, e los que después de vos ubieren el Señorío de las dichas islas que seáis teneidos e obligados a me servir e obedecer como a vuestro Rey e Señor, por las dichas islas, las gentes de ellas e que hagáis de ellas, e en ellas, guerra e paz por mi mandado, e que corran en ellas, e cada una de ellas, las monedas de mis reinos; e que después que hubiereis sojuzgado las dichas islas, que continuamente por siempre jamás, me tengáis en ellas cuatro galeras gruesas a aparejadas de remos e jarcia et armas, e todas das otras cosas que menester hubieren; e que seáis tenido e obligado a me servir con ellas todo el tiempo e sazón que yo vos mandare. E que me sirvades con ellas o con alguna de ellas, dándolas bien armadas e fornidas de gentes e armas e de todas las otras cosas que menester fueren para servicio de guerra; e que yo vos dé paga de pan e maravedíes de las dichas galeras por el tiempo que con ellas me sirvieréis, cuanto a según, e al respecto, de como se acostumbra dar a las otras galeras que se armaren por mi mandado en Sevilla. E si así no lo hicieréis, que por este mismo hecho perdáis las dichas islas, e que tornen a la mi Corona".⁵

En el último cuarto del mismo siglo XV, y antes que la de Colón, tenemos otro par de capitulaciones Canarias en que se percibe cla-

³ Navarrete, t. II, p. 271.

⁴ Una obra de gran valor al respecto es la de Marc Bloch en torno a la sociedad feudal y las relaciones de vasallaje.

⁵ Navarrete, t. III, pp. 451-453.

1. ANTECEDENTES. Si bien es cierto que la capitulación de Santa Fe celebrada entre Cristóbal Colón y los Reyes Católicos tiene sus antecedentes directos e inmediatos en las capitulaciones para la conquista de las Canarias, así como sus orígenes más remotos en las llamadas Cartas Pueblas y en los fueros acostumbrados durante toda la larga reconquista peninsular, también es cierto que conoce una serie de innovaciones que, por su importancia, trascenderán a toda la empresa de colonización indiana, y se constituye en uno de los elementos clave para comprender el cómo y el porqué de la organización política, jurídica, económica, religiosa, social y geográfica de América y de las demás colonias españolas.

A pesar de lo innovadora que resulta esta capitulación colombina, no se trata —ni mucho menos— de algo desconocido, sino que responde a un largo y consecuente proceso de índole muy diversa que se vino gestando desde la baja edad media. Aunque aquí saldría sobrando un estudio de dicho proceso, por lo que se refiere directamente a las capitulaciones conviene destacar como habrían de resultar una constante en la transición del mundo medieval al mundo moderno. Sin salir del mismo siglo XV tenemos un gráfico panorama de cómo la Corona dejó de jugar un papel, si no subordinado, sí, por lo menos, fuertemente limitado por el poderío de los grandes Señores de la época, a quienes terminó imponiéndose finalmente.¹ Para empezar en las capitulaciones celebradas durante el primer cuarto del siglo XV para la conquista de las Canarias² —a Juan de Bethencour en 1403, y a Alfonso de Cassaus en 1420— se concedió el Señorío sobre las tierras que se conquistasen. Dicho Señorío suponía, de hecho, una merma para la soberanía del Reino, pues a los señores capitulantes no sólo se les concedían ventajas económicas o cargos de autoridad subordinada a la propia autoridad del Monarca, sino que —como se hizo con Alfonso de Cassaus en 1420— se les entregaba con prerrogativas propias de Soberanos: "E por ende, yo por vos hacer bien e merced encomiendo vos la (empresa) porque hayados lugar de hacer el dicho servicio a Dios y a mí", y continúa: "e por galardón del dicho servicio doy vos el Señorío de las dichas islas (Gran Canarias, Tenerife, Las Palmas y Gomera), e doy vos e hago a vos merced de las dichas islas, donación perfecta, no revocable, hecha entre vivos, para que sean vuestras, libres e quitas, e de vuestros hijos, e de vuestros nietos, e de todo los otros que de vos descendieren por la línea derecha, por aquella manera que lo vos quisiéredes e ordenáredes, e que vos e ellos hayades el Señorío e justicia civil y criminal, alta e baja e mero e mixto imperio; e si alguno o algunos de los vuestros descendientes que tu-

¹ En palabras de Max Weber la Corona se convierte en titular del polio de la violencia física y legítima.

² Un trabajo fundamental para conocer esta etapa de expansión africana es el de A. Rumeu de Armas: *España en el África Atlántica*.

ramente el fortalecimiento de la autoridad central de los Reyes. Dichas capitulaciones corresponden a los años de 1478 y 1480. En 1469 se había celebrado el matrimonio de Fernando e Isabel; a partir de esa fecha se acelera ostensiblemente el proceso de unificación de la península, hasta que en 1512 se incorpora definitivamente a Navarra. Junto con esta consolidación geográfica, se dio la consolidación de los Monarcas; rara vez convocaban a Cortes Generales y, en cambio, empezaron a crear un gran aparato burocrático que vino a desplazar cada vez más a los antiguos Señores feudales.⁶ Se crearon los Consejos —de Castilla, de Aragón, de Hacienda y, sólo después, el de las Indias—; las Audiencias; los Corregimientos y otras instituciones que habían de conducir al Absolutismo Regio que se alcanzó en tiempos de Carlos V y de Felipe II.

Este cambio de época quedó plasmado en las capitulaciones citadas. La de 1478 refleja muy claramente el choque de las dos épocas: como reminiscencia medieval queda todo el ambiente de cruzada religioso-militar que la circunda, y que hace recordar a las empresas medievales destinadas a recuperar los Santos Lugares. Así es como esta expedición se celebró con altos jerarcas de la Iglesia: el Obispo de Róbigio y el Deán de la islas. Se hablaba de "Santa Empresa", y el objeto perseguido era el de ir a las Canarias infieles, sojuzgarlas y expeler, con el favor de Dios, toda la superstición y herejía que acostumbraban los infieles y paganos. No sólo los titulares de la capitulación y el objeto perseguido nos hacen recordar a las cruzadas de la edad media, sino incluso la forma de financiamiento, ya que los recursos necesarios se obtuvieron de los fondos que se tenían recolectados de las limosnas que la gente daba a cambio de indulgencias que el Sumo Pontífice había prometido para todo aquél que cooperase para ayudar a extender el Reino de Dios sobre los pueblos paganos.

Frente a estos resabios medievales, aparecen ya otros elementos que confirman la presencia de una autoridad central que no estaba ya dispuesta a desmembrar su hegemonía política, sino que, por el contrario, ofrece una serie de beneficios que en nada habrían de menoscabar su autoridad. Si en las capitulaciones con Bethencourt y Casaus se observaba como uno de los privilegios que se concedían era el del Señorío, ahora, en estas nuevas capitulaciones, se da una nueva modalidad y ya no sólo no se concede Señorío alguno, sino que tampoco se otorga cargo ninguno de autoridad: los capitulantes exclusivamente se hacen acreedores a beneficios económicos. Así en la capitulación de 1478 con el Obispo de Róbigio se establece: "...que en la presa que

⁶ Aunque la Reina con grandes trabajos logró someter a grandes señores feudales como al de Sevilla y al de Cádiz, hubo algunos otros que, aunque aparentemente se sometieron, a la primera oportunidad se sublevaron. De hecho, hasta que no se arreglaron los conflictos sucesorios que se mantenían con Juana la Beltraneja y con Portugal, no se pudo lograr el aplacamiento de los Nobles.

con la gracia de Dios se hiciese, se tenga la orden siguiente: que de ella se haya de sacar el coste, si algo fuere, e luego el quinto de los dichos Señores Rey e Reina; e, después, entre lo que cupiere a las partes de los armadores, reciba de suparte el dicho Obispo todo lo restante". Y más adelante continúa: "E la primera declaración que cumple para saneamiento del dicho Señor Obispo que todas estas cuantías de esta expedición, por la mayor parte, tomó sobre sí: pareció ser honesto que yo el dicho cronista, de parte de los dichos Señores Rey e Reina, asegurase a su reverenda paternidad que sus Altezas, mientras se conquista las dichas islas de Canarias de infieles, dejarán en manos del dicho Señor Obispo el recoger e sacar de Orchilla que hay en las dichas islas; de tal manera que otro no la coja ni saque, sino quien él quisiere, hasta las sojuzgar e pacificar las dichas islas de Canarias moradas de infieles, porque este emolumento que la tierra allí produce sea como alivio de sus cargos e trabajo. E aún, porque si la dicha Orchilla se derramase a muchas manos era de muy poco e de ningún valor, siendo ella de tal calidad que luego se adizlaría (sic), e andando en manos de unos es de algún precio, e en manos de muchos sería destrucción de todos. E por esta causa se acordó que quedase en la forma que solía estar; conviene a saber: en una mano. E desde ahora los dichos capitanes lo tienen así asegurado".⁷

La otra capitulación de 1480 con Alonso de Quintanilla y Pedro Fernández Cabrón, aunque todavía alude al medieval pretexto de Santa Empresa contra los infieles, ya mas bien parece un contrato mercantil, pues se limita exclusivamente a asentar el gasto de la expedición parte por parte —900.000 mds.—, y también la forma en que los capitulantes habrían de recuperar la fuerte inversión efectuada: "Que según primeramente estaba asentado e prometido no tenga que ver en derechos algunos en esta empresa por espacio de diez años que se cumplen en fin del año de noventa, el Almirante ni Lugarteniente, así de quintos como de pesquerías de la dicha isla de la Gran Canaria, e de las presas que de ella se hagan, placiendo a Dios durante los dichos diez años. E que todos los dichos quintos pertenecientes al Rey e Reina Nuestros Señores, por razón de la dicha conquista e guerra por espacio de los dichos diez años, así de esclavos como de cueros, e sebo, e de armazón, pues de los dichos lo ponen de la dicha isla de la Gran Canaria, sean de ellos e para ellos, en enmienda e satisfacción del gasto que para ello ponen; e del trabajo, e aventura, e riesgo de sus personas e haciendas; e de los navíos e gentes que llevan para la dicha conquista de la dicha isla. E, así mismo, les pertenezca el quinto de las presas que desde allí se hicieron en las otras islas de infieles, tanto que en esto no se entienda cosa alguna que concerniere a lo de la mina de oro, porque de aquesto no se ha de

⁷ Navarrete, t. II, pp. 450-453.

llevar cosa de lo susodicho, ni ellos han de entender en ello por manera alguna. E si de este viaje no se pacificase la isla, e por conquista conviniese proveerse para adelante de gentes e navíos hasta que la isla se gane, durante los dichos diez años sean tenidas los susodichos Alonso de Quintanilla y Pedro Fernández Cabrón, e Pedro de Vera, se aceptare el partido susodicho, con quien en su lugar lo hubiere de aceptar, el poner los navíos e gentes que para ello fueren menester, fletados e aderezados de marineros e gentes de guerra, la que menester fuere, a su costa tanto que los mantenimientos que después de este viaje fueren necesarios se hayan de cumplir de la indulgencia o por los dichos Señores Rey e Reina, Nuestros Señores. Asimismo se les promete que no se les consentirá por los dichos Señores Rey e Reina, Nuestros Señores, a Diego de Ferrara, ni a ningún capitán suyo, entender en conquista de las otras islas de infieles no conquistadas ni en la presa de la Gran Canaria, ni en hacer paz o tregua o sobreseimiento, o acuerdo de alianza o de confederación con la isla de Tenerife o de La Palma que están por conquistar".⁸

En estas primeras capitulaciones todavía se consignaba el sueldo de los integrantes de la hueste: "...e los cuarenta e ocho mil maravedis que monta el sueldo de los de caballo, que son veinte caballos que han de llevar, e los ciento e veinte mil maravedies del sueldo de los cien ballesteros de monte".

En cuanto al principal desempeño que en esta etapa de expansión por las costas africanas la Iglesia tuvo según consta en el mismo texto de las capitulaciones, y que también se pierde definitivamente a partir de Colón, tenemos: "Asimismo, por cuanto el dicho Señor Obispo hobo de tomar prestado para dicha empresa, primero por acuerdo de los Señores Cardenal e Legado, e después por acuerdo de los dichos Señores Contadores Mayores, e por algunos Señores de Consejo de los dichos Señores Rey e Reina cuatrocientos e veinte mil maravedis de Micer Agostin de Espindola, tesorero de lo que se recibe de la Indulgencia otorgada por nuestro muy Santo Padre para la conversión de los infieles de Canarias, e para edificación e Iglesias e Monasterios, e para sustentación de los Eclesiásticos e Religiosos que en la dichas Islas permanecen e permanescieren, e trecientos mil maravedis de Pedro de Setien, vecino de Burgos tesorero de lo que se rescibe de la dicha Indulgencia por la mayor parte de los Arzobispados e Obispados de estos Reinos de Castilla e de León".⁹

2.—LA CAPITULACION DE SANTA FE.—En seguida procederemos a estudiar las innovaciones que introdujo la capitulación de Colón.

⁸ Navarrete, t. I, pp. 541-543.

⁹ Capitulación con el Obispo de Róbiga, *op. cit.*

De que Colón era fervoroso y practicante religioso no cabe la menor duda. Sin embargo, y en contra de lo usual, no se encuentra en su capitulación referencia alguna a hacerse acompañar por religiosos, siquiera o a procurar la conversión de los infieles que supuestamente habrían de encontrar.

A partir de Colón, y con la única excepción de la tortuosa y fracasada expedición de Fray Bartolomé de las Casas, no se volvió a celebrar capitulación alguna con la Iglesia para realizar una de estas magnas empresas de descubrimiento, conquista, población y/o pacificación. Tampoco volvió a ser la titularidad de dichas empresas prerrogativa exclusiva de afamados capitanes y de gente influyente. Colón le dejó la puerta abierta a toda persona audaz y decidida, sin importar el rango social que la amparara: el ejemplo más contundente nos lo ofrece el Conquistador del Perú, Francisco Pizarro, de quien se asegura haber sido el cuidador de los puercos de su natal Trujillo; el mismo que un día llegó a ser Marqués —y uno de los hombres más ricos y afamados de su época—, jamás habría gozado de la oportunidad de llegar a serlo si le hubiera tocado en suerte el obtener su capitulación antes de que el marino genovés llegara a revolucionario todo el sistema de negociaciones entre los particulares y la Corona.

Si bien es cierto que en la capitulación con Alonso de Quintanilla y Pedro Fernández Cabrón del año de 1480, se ve cómo ellos habrían de correr con los gastos de la expedición; aún así son definitivas las diferencias que mantienen con la capitulación de Santa Fe: la iniciativa de la empresa era por parte de la Corona; la finalidad de la misma se justificaba en cuanto a Santo Viaje, así como con acabar con los infieles —empleando el mismo fundamento que animó a las Cruzadas Medievales—; se trataba de gente importante la que obtenía la capitulación —Quintanilla era contador mayor de cuentas y del Consejo—; asimismo no les fue concedido ningún cargo y, finalmente, se estipularon los sueldos que se les tendría que pagar a los integrantes de la hueste expedicionaria.

A partir de Colón —además de las innovaciones ya apuntadas, y a pesar de ser reiterativos en otras— todo esto cambió de manera definitiva. En primer lugar tan sólo fue el interesado en su proyecto —y no la Corona como en ese entonces se estilaba— él solo, que durante años deambuló de Corte en Corte intentando que alguien le hiciera, de una vez por todas, fuerte en su empresa. Portugal y España fueron los primeros en darle la espalda, luego, en tanto que enviaba a Bartolomé su hermano a convencer al Soberano Inglés, él ya salía dispuesto a hacer lo mismo con el Rey de Francia. Si no es por la última y definitiva recomendación de los únicos que en él confiaban —sus buenos amigos franciscanos del monasterio de Santa Ma-

ría de la Rábida—, quizás nunca hubiera recibido el apoyo que finalmente se le dispensó.

En cuanto a la finalidad de la expedición, se omitió —quizás con la anuencia de Fray Juan Pérez y del P. Antonio de Marchena— cualquier alusión a "Viaje Santo" o a "Santa Empresa", así como a "herejes" o "infieles".¹⁰ En cambio, se hablaba del "servicio de Vuestras Altezas". Por si esto fuera poco, de las escasas cinco cláusulas que forman la capitulación de Colón, tres de ellas se refieren a ganancias y a beneficios económicos y, las demás, a cargo y honores para el propio Colón.

Claramente se refleja cómo el deseo de obtener riquezas desplazó a los altruistas, impulsó catequizadores de las anteriores capitulaciones. Colón fue en todo momento apoyado por sus amigos del monasterio de La Rábida, quienes muy probablemente tenían en mente la conversión de miles de almas, pero lo cierto es que Colón —como bien se puede apreciar en su capitulación— sólo pensaba en el poder, en la fama y en la riqueza. Al contrario de los "piadosos" capitulantes que le precedieron en las expediciones —Cruzadas de las costas africanas y de las Canarias—, Colón se mostró siempre como un gran empresario y como tal celebró su capitulación. Incluso en su propio testamento se aprecia cómo, para el cuidado de su Alma, dejó lo estrictamente indispensable, según las costumbres de la época y su real y potencial fortuna: que se levantara una capilla en donde se orara por su Alma. Por otra parte, fue a Diego, su hermano, a quien dejó la menor parte, el legado más pobre, explicando que no le dejaba más: "porque es de la Iglesia".¹¹

Respecto a la participación económica directa de la Corona, tema tan controvertido, no se encuentra mención alguna en la capitulación. Los largos pleitos colombinos hicieron que este aspecto quedara demasiado confuso, aunque Colón siempre sostuvo que una importante parte de los gastos corrió a su cuenta. En su testamento, fechado el 19 de Mayo de 1506, sostuvo que: "Allende de poner el aviso y mi persona —para el descubrimiento— Sus Altezas no gastaron ni quisieron gastar para ello, salvo un cuento de maravedies, e a mi fué necesario de gastar el resto".¹² Independientemente de cuál haya sido la verdadera contribución oficial que para realizar la empresa le fue

¹⁰ Siendo Reina Isabel, nada raro hubiera sido que la capitulación tuviese un gran énfasis religioso, pues por esa misma época ella no sólo expulsaba a moros y a judíos, sino que iniciaba una radical y profunda reforma dentro de la iglesia bajo la batuta del Cardenal Cisneros; además, fue entonces cuando se creó en España el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.

¹¹ Resulta sumamente ilustrativo comparar el testamento de Colón con el de la Reina Isabel; en tanto que ésta se preocupaba casi exclusivamente por España y por la religión, aquél sólo pensaba en su patrimonio y en su fama póstuma.

¹² Un cuento de maravedies equivale a un millón de maravedies.

proporcionada, es un hecho que la Real Hacienda trataría de desvincularse cada vez más de los gastos que representaban las costosas expediciones trasatlánticas. A grandes rasgos el proceso evolucionó de la siguiente manera: hasta antes de Colón, durante los primeros años de expansión atlántica por las costas del Norte de África y por las islas Canarias, fueron las corporaciones del tipo de la Iglesia, o poderosos particulares, los únicos que habían sido capaces de contar con el fuerte capital que se requería. Incluso la Corona resultaba aún demasiado débil para organizar por sí misma este tipo de expediciones; de ahí que optara por celebrar capitulaciones con los altos miembros de la jerarquía eclesiástica o con los ricos hombres de la época. Como lo nuevamente descubierto o conquistado habría de quedar bajo la soberanía de alguno de los reinos españoles —Castilla y León por lo general—, los Monarcas de dichos reinos les garantizaban a los capitulantes una serie de mercedes y beneficios en exclusividad. En un principio, cuando apenas se iniciaba la expansión atlántica en los albores del siglo XV, cuando las corporaciones y los nobles todavía eran muy poderosos y la monarquía aún muy débil, los beneficios que exigía el particular a cambio de su expedición solían incluir los Señoríos de lo que descubriesen y conquistasen. De este modo venían a quedar como Señores absolutos de esos nuevos dominios y, según los usos del vasallaje, sólo quedaban sometidos a los Monarcas a los cuales habían rendido vasallaje, en la medida en que éstos les solicitaran apoyo en caso de que estuvieran en guerra contra otra potencia. Fuera de esta especial de obligación militar casi no solía haber ninguna otra dependencia del vasallo frente al monarca. El vasallo era quien ostentaba la jurisdicción civil y criminal, incluso en grado de apelación; y también era él quien designaba a las autoridades que le hacían falta.

Cuando Fernando de Aragón e Isabel de Castilla se casan, en 1469, ya casi expulsados los moros de la península, la monarquía se empieza a fortalecer cada vez más a costa del poderío de los Señores feudales y de la misma Iglesia.¹³ Toda la política de los nuevos monarcas se encaminaba a afianzar cada vez más su creciente poder; ya para 1479 unieron los reinos de Castilla y de Aragón, aunque quedando cada uno como cabeza de su Reino "tanto monta, monta tanto Isabel como Fernando". Hasta este momento se sentían ya lo suficientemente fuertes como para reducirles las mercedes a los vasallos con los que celebraban capitulación. Ya nada de Señoríos ni de grandes cargos: ahora, el que quisiera obtener su capitulación, tendría que conformarse con meras ventajas económicas, que en nada mermaran el cada vez

¹³ En torno al poderío y corrupción de la iglesia de aquella época, aunque hay mucho escrito, la obra de Sussane Schuller-Piroli, "Los Borgia", resulta fundamental, ya que a través del análisis de las máximas autoridades de la Santa Sede nos permite hacernos una idea bastante clara del cual era el estado de la Iglesia de aquellos días.

mayor poder de los jóvenes monarcas. Sin embargo todavía se sabían incapaces de sufragar por sí mismos las costosas aventuras por lo que, en buena medida, seguían dependiendo de la Iglesia y de los ricos hombres del Reino.

Cuando aparece Cristóbal Colón en el panorama se suscita una situación bastante contradictoria, por un lado acude a Fernando e Isabel en su calidad de fuertes y poderosos monarcas —o sea que sabiéndose pobre y sin influencias y, por tanto, sin posibilidad alguna de convertirse en candidato para la obtención de una de estas capitulaciones, explota el acendrado espíritu centralista y monopolizador de los Monarcas que ya entonces era bien manifiesto, y les propone, de hecho, que ahora ellos desplacen a los nobles y a la Iglesia que eran quienes hasta ese momento habían acaparado estas empresas atlánticas en menoscabo de la Corona. Lo contradictorio y complejo del asunto es que por un lado les picaba la ambición de acrecentar su poder cada vez más¹⁴ —a costa del menoscabo que sufrirían los particulares y la iglesia—, pero por el otro lado él mismo les exigía una serie de cargos y mercedes que ya habían caído en desuso, precisamente por no coincidir con la política centralista de los nuevos Monarcas.¹⁵ Sin embargo los convence de incurrir en dicha contradicción y así es como nos encontramos a los reyes financiando por primera vez este tipo de empresas y, a la vez, volviendo a conceder una serie de cargos y prerrogativas que ya por ningún motivo solían dispensar y que, por supuesto, vendrían a convertirse en un serio obstáculo para el desarrollo de la nueva política estatal. De ahí que no sea raro encontrarse con que uno de los mayores dolores de cabeza contra el que tuvieron que luchar durante todo su reinado, fuera precisamente contra el que les producía la presencia del Almirante de la Mar Océano interfiriendo en el gobierno de las Indias.

De ahí que rápidamente procuraran enmendar su error —e independientemente de los esfuerzos que hicieran para quitarse al Almirante de enfrente— en las capitulaciones que celebraron inmediatamente después de la de Colón, y que nosotros hemos agrupado dentro del período colombino, tornando a la línea política que habían venido practicando hasta antes de que Colón les torciera el rumbo y, así, es como dejan de conceder cargo alguno de autoridad, como no fuera el de capitán de la expedición —salvo las excepciones de Hojeda y Pinzón, que en su momento se analizan—, y lo único que le vuelven a ceder al particular son exclusivamente ventajas de tipo económico.

¹⁴ El argumento que tradicionalmente se ha aceptado como justificante de la aceptación de la Reina, es el que supone que uno de sus allegados le hizo ver que en caso de que Colón triunfara en su empeño ella y la Corona habrían de ganar mucho a cambio de muy poco —o sea de lo concedido a Colón.

¹⁵ Esta fue la razón por la cual a Colón se le negó toda ayuda durante más de un lustro de constantes súplicas del Genovés.

Muerta la Reina Isabel, e incapacitada su hija Juana para encargarse de los asuntos de Castilla, es el propio Don Fernando el que asume por segunda vez la regencia. Durante ésta nos encontramos con un nuevo giro dentro de la evolución de las capitulaciones indianas. Avanzando cada vez más en el camino de la participación económica directa de la Corona en las expediciones trasatlánticas, —iniciado en la capitulación con Cristóbal Colón—, Fernando el Católico lo lleva a sus últimos extremos: de una vez por todas se decide a desplazar completamente a los particulares de la dirección de la empresa indiana y, a partir de ese momento, se convence de que el erario público podrá, por sí solo, con el paquete que significaba organizar, armar y sostener una de estas tan costosas empresas. De ese modo vino a resultar cada vez mayor la participación económica directa de la Real Hacienda en cada una de las capitulaciones, hasta llegar el momento en que ya es total. Esto sucede en 1513, cuando se empieza a organizar la expedición de grandes dimensiones que bajo el mando de Pedrarias Dávila debería de ir a colonizar el Continente Americano, por la parte de Castilla del Oro. Como era de esperar, nunca tendría una expedición organizada por la Corona el mismo impulso e iniciativa de una financiada y organizada por particulares. Junto con el fracaso de Dávila se encuentra el fuerte descalabro sufrido por el erario público luego de la tan gravosa expedición de Magallanes.

Así tenemos que hubo una primera etapa en que eran los particulares los que corrían con la totalidad de los gastos y de los riesgos y de las expediciones, pero a cambio recibían el Señorío de lo que lograban; esto en la época de expansión africana. Después vino otra, ya cuando los Reinos de Castilla y de Aragón unen sus destinos, en que, aunque el particular —aquí se incluye a la Iglesia— es el que siguió financiando las expediciones, ahora en cambio ya no se le concedía ni el Señorío ni cargos de autoridad, sino únicamente ventajas de índole económica. A éstas les sigue la capitulación de Colón, en que ya aparece la partición económica directa de la Hacienda Real, en concordancia con la política de consolidación de los Monarcas; y en donde, también, se da un paso atrás en cuanto a mercedes se refiere, confiriéndosele a Colón una serie de nombramientos totalmente inusuales en esa nueva etapa histórica de asentamiento del poder Real. A continuación hay una menor participación económica por la parte de la Corona, a la vez que se suspende casi totalmente la asignación, a manera de retribución, de cargos para el particular. Ya mencionábamos cómo, en la etapa inmediata posterior, Fernando el Católico llevó a sus últimos extremos esta política, tanto en lo económico —ya que corre con el gasto total de las expediciones—, como en lo de disminuir la participación del particular en los beneficios obtenidos, ya que si no le permitía al particular participar en los gastos de la expedición,

por tanto también le cerraba la puerta para beneficiarse con lo que arrojaran las nuevas empresas indianas. Finalmente, el último peldaño en esta pendiente por acaparar todos los beneficios que se obtuvieran en las Indias, terminó en lo que necesariamente tenía que pasar: por un lado se comprendió que le era imposible a la Corona tratar de arrebatarse al particular la titularidad en la empresa indiana, no sólo por lo que se refiere al alto costo de la misma, sino por el tipo de estímulo y supervisión que requería y que sólo podía dispensarle un equipo de gentes con una serie de intereses muy particulares; por el otro lado se vio que para que ese interés particular se animara a enfrentar tan costosa y peligrosa aventura se le tenía por fuerza que ofrecer una compensación realmente estimulante. El sistema que operó durante la etapa colombina consistente en ofrecerles pocos estímulos a cambio de ayudarles en una pequeña parte del costo total, ya se había comprobado que no podía seguir funcionando: siempre había alguien que, en un momento dado, se sentía más fuerte que el otro y lo quería desplazar de la repartición del botín. Primero fue la Corona durante la segunda regencia del Rey Fernando; al comprobar el fracaso de su intento, los particulares se aprovechan y así logran obtener ventajosísimas capitulaciones a partir de la obtenida en 1518 por Diego Velázquez. Así fue hasta que por fin se dio el ya anunciado equilibrio entre los dos bandos: desde la capitulación que en 1526 se celebró con Francisco de Montejo, se introdujo la costumbre que llegaría a consagrarse de manera imperativa en forma de ley: la inhibición económica de la Hacienda Real en todo lo relativo a la financiación de la armada a Indias. Al dejársele absolutamente toda la responsabilidad financiera de las expediciones a los particulares se aseguró, de paso, su interés por encargarse de la misma. Esto se logró con una serie de beneficios económicos y de honores, ya que desde entonces se volvió práctica común el concederle al capitulante la zona que se contrataba con él, con el cargo de gobernador de la misma y con un muy buen salario anual, por todos los días de su vida e, incluso, durante los días de sus herederos.

En cuanto a la relación entre el capitulante y los integrantes de la hueste expedicionaria, encontramos también cambios a parte de la capitulación de Colón. Como ya se había señalado, hasta antes de la del Almirante, en todas las capitulaciones se solía señalar y reglamentar lo relativo a la gente que acompañaría al capitulante: cuántos serían ballesteros, cuántos jinetes con su caballo, cuántos otros para diversas actividades, etc.; además, se le señalaba al capitulante la soldada o sueldo que le debería de pagar a cada uno de sus acompañantes, ya que éstos iban en calidad de empleados del capitulante —por lo que la corona se preocupaba en asegurar sus intereses. Aunque no cabe duda de que a los tripulantes de las armadas de Colón se les pa-

gaba con una buena parte de lo aportado por la Corona, también es cierto que como la aportación de la Real Hacienda era limitada, lo que faltara para completar todos los salarios tendría que cubrirlo el Almirante de sus propios recursos. Este antecedente vino a modificar toda la relación de las expediciones trasatlánticas. A partir de Colón ya no se volvió a seguir el mismo método de contratar a toda la gente que habría de formar parte de las expediciones. La nueva práctica habría de consistir en organizar verdaderas sociedades, en las cuales el socio mayor lo sería el propio capitulante, y los demás socios lo serían cada uno de los que contribuyeran con el capital o con el trabajo a la realización de la empresa. Dentro de este grupo había dos tipos de inversionistas: Los que únicamente ponían una suma determinada de maravedíes y esperaban en la península a saber de los resultados del viaje y, en caso de que hubiere resultados exitosos, cobraban su parte correspondiente. Dentro de este grupo solían encontrarse a los banqueros y comerciantes que no siempre resultaban ser españoles, sino que solían ser de las más importantes casas de Génova, los Países Bajos y Alemania. En cuanto al resto de los participantes en las expediciones solían contribuir, en primer lugar, con su propia persona y, también, se hizo frecuente que llegaran a aportar alguna pequeña suma —que en la mayoría de los casos consistía en sus armas, ropas, caballo en caso de llevarlo y algo para su mantenimiento. Lo que si ya no se volvió a frecuentar fue lo de asentar en el texto mismo de las capitulaciones lo relativo a los salarios que se les debería de cubrir a los de la hueste, ya que no volvieron a devengar ninguna suerte de salario; sino que en calidad de socios, que ya eran del capitulante, percibirían de las ganancias del viaje la parte correspondiente que resultase proporcional a lo que ellos por su parte habían aportado.

En cuanto al aspecto meramente formal de la capitulación de Santa Fe, es necesario destacar que su contenido y procedimiento de celebración hacen de ésta un documento *sui generis*; tan es así, que incluso algunos de los más reconocidos estudiosos de los temas americanistas han llegado a sostener que en realidad no se trataba de una verdadera capitulación. Una de las razones que han llevado a sostener este extremo, radica en el contenido mismo de esta capitulación. A diferencia de la de Colón, en todas las demás capitulaciones se solían poner las señas con los generales del particular —por lo menos el lugar de procedencia— en el encabezado. Ahora no cabe menos que detenerse en la polémica sentencia que en la capitulación de Santa Fe se contiene, y que ha dado lugar a la teoría del predescubrimiento. Efectivamente, la controversia se ha suscitado por el supuesto anacronismo empleado en el prólogo: "Las cosas suplicadas e que vuestras Altezas dan e otorgan a Don Cristóbal Colón en alguna satisfacción de lo que ha descubierto en las mares oceanas, y del viaje que ahora con el ayuda

de Dios, ha de hacer por ella, en servicio de Vuestras Altezas, son las que se siguen".

Una primera lectura deja ver cómo Colón ha suplicado se le conceda una serie de derechos o mercedes. Los Reyes proclaman haber aceptado por una doble razón: satisfacerle por lo que había descubierto y, mediante esas mercedes, hacer posible el viaje que, con la ayuda de Dios, se esperaba de nuevo hiciera.

El grupo de autores que han defendido y propalado esta teoría del predescubrimiento de América se han basado fundamentalmente en este argumento.

Los que se ponen en contra de esta interpretación se apoyan en la siguiente cláusula, en la que se le nombra como Almirante:

"...en todas aquellas islas e tierras firmes que por su mano en industria se descubrirán o ganarán en las dichas mares oc;anas".

Parece ser que éste no es argumento suficiente, ya que los términos según los cuales se le concede el cargo no se oponen en nada a la posibilidad de haber explorado con anterioridad la zona solicitada. Como ya se mencionó, Colón presentó un memorial petitorio que los Reyes finalmente aprobaron. Desgraciadamente el extraño procedimiento seguido en la capitulación de Colón —distinto de lo acostumbrado en todas las demás capitulaciones— impide seguir el tema con la claridad que sería de desear. El proceso usual en la celebración de las capitulaciones consistía en un memorial presentado por el interesado en la obtención de una de ellas, en el que incluía el proyecto de su empresa, con los beneficios que se ofrecía a ganar para los Soberanos, así como con las mercedes que en compensación esperaba obtener a cambio. En caso de que se aprobara este pliego petitorio por el Rey y los de su Consejo, se redactaba un escrito definitivo en donde la Corona aparecía aceptando la propuseta formulada por el particular y no sólo se transcribía en el nuevo escrito lo ofrecido por el particular, sino que se le completaba con diversos incisos en donde se explicaba por qué se había creído conveniente aceptar la propuesta y se incluían una serie de obligaciones, especialmente de índole fiscal, que debería de cumplir el capitulante antes de partir, durante el trayecto, y al regreso. Así nos encontramos con que en estos textos definitivos, aunque motivados por los particulares, emanaban ya del Monarca, por lo que se empleaba la primera persona del plural: "Es Nuestra merced y voluntad...". En el caso de la capitulación de Santa Fe, como en realidad todavía se trataba del pliego petitorio presentado por Colón y no del escrito definitivo que normalmente se hubiera esperado de parte de la Corona, de ahí que esté empleándose la segunda persona del plural: "Vuestras Altezas", ya que es todavía Colón quien se dirige a ellos, y no ellos a él, como habría sucedido en cualquier otra capitulación.

En este caso, la participación de la Corona se redujo escuetamente a aceptar cada una de las peticiones presentadas por el genovés, agregando al final de cada uno de los párrafos: "Plaze a Sus Altezas. Johan de Coloma". Este sistema, nunca vuelto a emplear, oscurece el contenido de la capitulación. Lo acostumbrado, en todos los demás casos, era ampliar y justificar el contenido del pliego petitorio, por lo que en caso de duda era mucho más fácil encontrar alguna luz que permitiera esclarecer el punto.

Con la actitud pasiva por parte de los Monarcas vino a resultar del todo sorprendente, ya que en su pliego era normal que el capitulante sólo se preocupara por solicitar una serie de mercedes, dejando que fuera la Corona la que se ocupara de establecer los límites y condiciones que le interesaban, así como las obligaciones que a cambio exigía. Sin embargo, como era de esperar, la capitulación colombina, rompiendo con toda costumbre, sólo contiene beneficios para el particular; esto es: debido a que el propio Colón no se iba preocupar por incluir también sus obligaciones, máxime que ya le resultaba bastante comprometedor el ofrecimiento de cumplir con descubrir. Del todo extraño hubiera sido que se preocupase también de cuidar los intereses del Monarca: la orden de llevar oficiales de Hacienda; la obligación de partir de un puerto determinado para efectuar las inspecciones correspondientes y levantar inventarios —así como la de volver a un lugar acordado de antemano para pagar ahí la parte que correspondiere a la Real Hacienda— debería de emanar del Monarca y no del particular. De igual modo las razones por las que se concedía la capitulación, y las modalidades y plazos bajo los cuales se regirían las mercedes concedidas, correspondía fijarlas a los Reyes o, en todo caso, a sus Consejeros.

Con el Almirante hubo un vacío. La Corona no intervino para nada. Quedó completa y extrañamente pasiva. Se limitó a agregar a cada petición el "Plazo a Sus Altezas", y la firma del secretario. Esta indiferencia hace pensar que o los monarcas no tenían gran esperanza en las teorías de Colón —situación que se vería corroborada por la reiterada negativa a contratar con él y que sólo logró ser vencida por la tesonera insistencia de los consejeros espirituales de la Soberana—, o bien, que fue tal la premura en su aceptación, que no dio lugar a redactar la capitulación a la manera acostumbrada. De falta de experiencia no se puede hablar ya que, como ha sido señalado, era práctica común la celebración de capitulaciones para las costas africanas.

Este vacío dejado fue uno de los motivos principales que dieron lugar a los largos pleitos colombinos, debido, entre otras cosas, a que en la primera cláusula se aprobaba su nombramiento de Almirante a

perpetuidad; en cambio, en la siguiente —donde se designan Virrey y Gobernador General— no se especificó por cuánto tiempo se le le concedería la merced. Colón hubo de sostener, cuando la situación se tornó crítica, que se sobreentendía que también, como el cargo de Almirante, era a perpetuidad. En la Corte, en cambio, no se opinó de igual manera, y de ahí el prolongado litigio que continuó aún varios años después de fallecido Don Cristóbal. La controversia terminaría finalmente con el laudo arbitral solicitado y aceptado por las partes en cuestión. Se ha querido destacar este punto, ya que permite vislumbrar las complicaciones que en torno a la interpretación general de la mencionada capitulación se suscitan y, especialmente, en cuanto a lo del predescubrimiento atañe.

Luego de revisar cuidadosamente la serie de capitulaciones que se concedieron antes y después de la colombina, para ver si el lenguaje que se solía emplear se utilizaba un modo figurado —y entonces tratar de interpretar la capitulación de Santa Fe a la luz de este nuevo elemento— o, si por el contrario, se solían emplear los términos de manera precisa; nos encontramos con que invariablemente, cada vez que se asentaba o hablaba de un previo descubrimiento que ya hubiera sido realizado por el capitulante en cuestión, era porque, efectivamente, había habido el tal descubrimiento. Jamás se llegó a aludir ni en sentido metafórico, ni de ningún otro modo, al previo descubrimiento que en realidad no se hubiera realizado. Sin embargo, recuérdese que la fórmula de: "Las cosas suplicadas e que Vuestras Altezas dan e otorgan a Don Cristóbal Colón en alguna satisfacción de lo que ha descubierto en las mares Océanas..." proviene del mismo Colón y no de la Corona pues, como ya se ha citado, este es el único caso en que no se redacta una capitulación ex profeso, sino que se empleó el mismo pliego petitorio presentado por el particular. Si bien es cierto que en el texto de las capitulaciones se empleaban los términos de un modo preciso —y no en sentido figurado—, también es cierto que en esos casos era la propia Corona la que redactaba el documento. Con esto queremos decir que probablemente Colón sí estaba hablando en sentido figurado, y cuando se refería a lo que "había descubierto" en los mares Océanos, era porque efectivamente estaba convencido de lo correcto de su teoría; o sea de haber descubierto la ruta hacia las Indias luego de navegar rumbo al Poniente. Tan estaba seguro de lo acertado de esto, que murió convencido de que efectivamente había llegado a tierras del Gran Khan. Y como nadie mejor para resolver la incógnita que el propio Almirante, por ello sería bueno acudir a su testamento y ver, al respecto, qué era

lo que le confesaba a la posteridad. En la tercera cláusula del mismo comienzo diciendo: "El Rey e la Reina nuestros señores, cuando yo les serví con las Indias; digo serví, que parece que yo por la voluntad de Dios Nuestro Señor se las di, como cosa que era mía, pudiendo decir, porque importuné a SS.AA. por ellas, las cuales eran ignotas, e abscondido a cuantos se fabló de ellas, e para las ir a descubrir allende de poner el aviso y mi persona, SS.AA. no gastaron ni quisieron gastar para ello, salvo un cuento de maravedis, e a mi fué necesario de gastar el resto."

En primer lugar es más que seguro que si Colón efectivamente hubiera contado con un predescubrimiento, a la hora que consigue se le acepte la capitulación de Santa Fe, hubiera hecho un gran alarde de tan sorprendente y extraordinario hecho —y sobre todo si se piensa que nunca dejaba de alardear de lo maravilloso de su empresa. Además, en ningún otro lado mejor que en su propio testamento y, sin embargo, no dejó lugar a duda a la hora en que apuntaba: "e para las ir a descubrir —se entiende perfectamente que apenas las ibas a descubrir— allende de poner el aviso y mi persona, SS.AA. no gastaron ni quisieron gastar para ella..." O sea que tenemos al propio Almirante ratificando, un día antes de morir, su propio testamento, en el cual nos confiesa que para realizar el descubrimiento de las Indias tuvo que poner una buena parte él mismo del gasto total de la armada, además de poner el aviso —o sea que él había sido el que ponía la idea de realizar el viaje por esa ruta del Poniente que hasta ese momento nadie había explorado— y su persona. Conociendo a Colón tan bien como se le conoce, por la gran cantidad de escritos que de él conservamos y por los muchos testimonios que de su persona nos dejaron sus contemporáneos, no cabe la menor sombra de duda sobre que por todo los medios posibles y en especial en su testamento, le hubiera anunciado a plena voz a la posteridad esa extraordinaria hazaña. Sin embargo, lo único que le interesó dejar bien claro era que para descubrir las Indias Sus Altezas no le ayudaron sino con un cuento de maravedis. Después de esto creemos que sería difícil encontrar todavía argumentos para hablar en pro del predescubrimiento de Cristóbal Colón. Un día más, un día menos, el descubrimiento del Nuevo Mundo se efectuó el 12 de octubre de 1492. Y más vale que así lo creamos, pues fue el propio almirante el que así nos lo confesó.¹⁶

¹⁶ Es importante dejar bien claro que lo que se ha intentado dilucidar es si el propio Colón había ya descubierto o no las Indias. De ahí que cuando afirmamos que el descubrimiento se realizó el 12 de octubre de 1492, nos referimos al descubrimiento efectuado por Cristóbal Colón; y como suponemos que fue él el primero

Continuando con el análisis de la capitulación colombina tenemos que, en contra de lo usual, en la primera cláusula no se desarrollan los conceptos vertidos en el prólogo, cosa que era costumbre en las demás capitulaciones, determinando con cuántos navíos se habría de ir; aclarando qué era lo que ya se había descubierto y qué lo que de nuevo se autorizaba a descubrir; o a dónde se le permitía explorar de nueva cuenta. En este caso se pasó directamente a concederle una serie de cargos en las dos primeras cláusulas.

En el "primeramente", se establece una nueva práctica: asignarle cargos de autoridad. En esos años, según se ha venido señalando, sólo se acostumbraba otorgar beneficios económicos, en tanto que Colón logró importantes nombramientos. Se le designó Almirante de todo lo que descubriera o ganare en el mar Océano, a perpetuidad. También se le concedieron todas las preeminencias y prerrogativas propias del oficio, según las tenía el Almirante Mayor de Castilla, Don Alfonso Enríquez, y sus predecesores en sus distritos.

En ello hay ciertas peculiaridades además de la novedad de que se le concediera cargo de autoridad: en primer lugar está el hecho de habersele concedido a perpetuidad luego de tomar como modelo a Don Alfonso Enríquez.

En cuanto a lo de la perpetuidad del cargo sabemos que era algo que se había dejado de practicar desde hacía casi un siglo, cuando en las exploraciones a las Canarias se concedía el señorío a los capitulantes. Luego se abandonó completamente esta práctica y aunque Colón logró restituirla momentáneamente, volvió a suprimirse de inmediato, quedando en el olvido hasta varios años después. Y no sólo se dejaron de conceder los cargos a perpetuidad, sino que incluso se abandonó esta práctica y ya sólo se les nombraba capitanes de sus propias armadas, salvo las excepciones de Hojeda y de Vicente Yáñez Pinzón. A éste se le nombró en la capitulación de 1501 capitán y gobernador, aunque a la hora de determinar el plazo de duración del cargo se estipuló expresamente: "...cuanto Nuestra merced e voluntad fuere". En la que en 1505 le concedió Fernando de Aragón, le otorgó la capitanía y el corregimiento: "...por el tiempo que mi merced e voluntad fuere". A Hojeda, en la capitulación de 1501, se le designó también como capitán y gobernador por un periodo incierto de tiempo.

que realizó tal descubrimiento, de ahí que afirmemos que ese día se descubrieron las Indias. Esta aclaración cabe en tanto que hay quienes sostienen el predescubrimiento, pero atribuyéndoselo no a Colón, sino a algún anónimo navegante del cual recibió Colón sus conocimientos sobre la ruta a las Indias navegando por el Poniente. Véase: MANZANO MANZANO, Juan: *Colón y su secreto*.

En la segunda cláusula se le nombró a Colón Virrey e gobernador. El plazo de duración no se estableció y de ahí la controversia surgida. En el mismo apartado se le autorizó a proponer a tres personas —de las cuales en la Corte se escogería el definitivo— para cada uno de los oficios necesarios para el regimiento de las tierras nuevamente descubiertas. Esta prerrogativa se llegó a substituir con el tiempo por la de que el capitulante designara directamente a los oficiales, debiendo éstos llevar, dentro de cierto plazo determinado, confirmación Real.

Las siguientes cláusulas establecían lo relativo a las ganancias. En la primera se convino en que Colón se habría de quedar con la décima parte de todo lo que descubriera de algún valor; las otras nueve décimas partes se las reservaba la Corona para sí.

Llegamos aquí a un punto de especial interés ya que de algún modo permite dilucidar la cuestión de si efectivamente fue la Corona la de la mayor participación económica en la expedición del descubrimiento colombino o, como él mismo lo sostuvo, fue Colón el que sufragó la mayoría de los gastos. La costumbre de todos los capitulantes era que si ellos eran los que financiaban las expediciones y corrían con los riesgos, entonces para ellos se reservaban la mayoría de las ganancias y la Corona, de buen grado, aceptaba que se le entregara el quinto únicamente de lo rescatado. Si con Colón cambió la costumbre tuvo que ser necesariamente por el hecho de que era la Real Hacienda la que sufragaba en este caso, y de manera totalmente inusual, la empresa de Colón. Si Colón hubiera sido el de los gastos, de ninguna manera hubiera aceptado, y menos propuesto él mismo —recuérdese que él fue quien redactó la capitulación—, que la Corona se llevara el 90% de lo obtenido, quedándole a él solamente la décima parte. Aquí queda esclarecido otro de los puntos que se ha prestado a tantas controversias: no resultó ni simbólica ni mínima la aportación de la Corona para el primer viaje de Colón. Si con todo lo perseverante que resultó a la hora de mantenerse firme en sus exigencias, aún así aceptó —y propuso él mismo— que la Corona se llevara el noventa por ciento, entonces es bien probable que fuera éste un reconocimiento tácito a la proporción con la que había contribuido la Real Hacienda; esto es: el noventa por ciento de los gastos.

En este caso el problema radica en la parte que se le reservó a los demás integrantes de la hueste. En las otras capitulaciones, si bien sólo se pactaba el quinto para la Corona —o sea el 20%—, todo lo demás que se reservaba el capitulante, era porque tenía que distribuirlo entre todos los integrantes de la hueste en la misma proporción con la que hubieran participado en la empresa. En el caso de Colón, éste

se lava las manos y sólo se preocupa por asegurarse sus propios beneficios. Muy probablemente fue éste el motivo por el cual el Almirante tuvo serios problemas con los miembros de su tripulación, empezando por los propios hermanos Pinzón. Resultaba que el beneficio para aquellos marinos de Palos sólo sería el purgar la pena que les fue impuesta por haber sido sorprendidos ejerciendo el contrabando en el norte de África. De esta suerte nos encontramos con que el único con un estímulo suficientemente poderoso como para sobrellevar tanta penalidad, lo era el propio Colón. No tuvo éste el cuidado de incluir, aunque fuera sólo con una pequeña participación, a los demás tripulantes. Su ambición lo dejó aislado. De sus excesivos beneficios provino su perdición: no había nadie interesado en apoyarle; quería todo para sí, siendo que necesitaba de mucha gente para obtenerlo... y esto no resultaba justo. A la Corona no le convenía respetarle todo lo que le había concedido y que había aceptado contra su costumbre. A nadie le afectaba mayormente que se le retirara lo estipulado; antes bien, de ello dependía el beneficio de un gran número de gentes.

La cuarta y penúltima cláusula le reservaba a Colón la jurisdicción sobre las controversias mercantiles que se suscitaran en las tierras que él hubiere descubierto. Esto se le otorgó sujeto a un condición suspensiva: que hubiese sido prerrogativa del cargo de Almirante según y como lo había ejercido Don Alfonso Enríquez. En realidad, nunca se llegó a hacer efectiva esta disposición.

Incluso en la quinta y última cláusula insistía el Almirante en sus beneficios. En esta ocasión era para poder participar con la octava parte de las armadas que se organizaran para ir a descubrir nuevos rescates. La parte a la que tendría derecho a exigir de los rescates que se obtuvieran sería también la octava parte. O sea que lo mismo que aportaba, era lo que se le reservaba. De ahí nuestra insistencia en que si a la Corona se le reconocía el derecho a percibir el 90% de lo que Colón rescatara, sin duda se debía al hecho de que con ese mismo porcentaje había participado en la expedición de Colón. Respecto a esta última merced no se tiene noticia de que se hubiera llevado a la práctica.

Finalmente concluye la capitulación con un breve epílogo que escuetamente estipula: "Son otorgado e despachado con las respuestas de Vuestras Altezas en fin de cada un capítulo". A continuación aparece la fecha tópica, la crónica y las firmas de los Reyes, con el refrendo de Coloma y el registro de Calcena.

3.—CARTAS MERCED Y CARTAS PRIVILEGIO QUE SE LE EXPIDEN A COLÓN CONFIRMANDO Y REGLAMENTANDO LAS MERCEDES CONTENIDAS EN LA CAPITULACIÓN DE SANTA FE.—El cabal y profundo estudio de la capitulación de Santa Fe obliga necesariamente a analizar las distintas confirmaciones que a solicitud del propio Almirante se le expidieron en la Corte. Esto se debe a lo pobre que resulta el texto de la capitulación santafesina. Por más detenidamente que se le revise siempre quedarán una serie de lagunas imposibles de superar, como la del plazo del nombramiento que se le confirió de Virrey y de Gobernador General, lo fue con carácter vitalicio o también a perpetuidad como en el caso del Almirantazgo. También, como ya se ha comentado, los anacronismos empleados y que se contraponen de una cláusula a otra han hecho derramar mucha tinta en torno a la idea del predescubrimiento. Existen otros profundos vacíos: aunque se le ha nombrado a Colón como Almirante, Virrey y Gobernador General, nunca se llegaron a delimitar plenamente sus funciones y no se sabe a ciencia cierta qué tanto de Señorío tenía su nombramiento y qué tanto resultaba mero intermediario de la Corona Castellana. Aquí cabe preguntarse: ¿hasta dónde llegaban las facultades jurisdiccionales que se le otorgaron? A través del texto mismo de la capitulación parece ser que, por lo que respecta a la jurisdicción civil y criminal, ésta se la reserva la Corona, permitiéndole a Colón únicamente el proponer en terna a los candidatos que mejor le parecieren a él para ejercer los oficios de justicia: "...e que para el regimiento de cada una e cualquiera de ellas (las islas y tierra firme que descubriere) faga él elección de tres personas para cada oficio, e que vuestras Altezas tomen e escogan uno, el que fuere su servicio, e así serán mejor regidas las tierras que Nuestro Señor le dejase hallar o ganar a servicio de Vuestras Altezas". Esto parece corroborarlo el hecho de que por lo que respecta a las controversias de índole mercantil, ahí sí, de manera expresa, parece que se le delega la jurisdicción necesaria para juzgar por sí mismo: "Otrosí: Que si a causa de las mercadurías que él traerá de las dichas islas e tierras que así como dicho es se ganasen o descubrieren, o de las que en trueque de aquellas se tomasen acá de otros mercaderes nacieren pleito alguno en el lugar donde el dicho comercio e trato se tendrá e hará, que si por la prehemencia de su oficio del Almirante le pertenciere conocer del tal pleito, plega a Vuestras Altezas que él o su teniente, e no otro juez, conozca del tal pleito e así lo provean desde agora".

3.1. CARTA MERCED DE 30 DE ABRIL DE 1492, GRANADA. A los pocos días de su capitulación —17 de Abril 1492—, Colón solicitaba a los Reyes le confirmaran lo en ella contenido. Esta ratificación nos arroja luces para aclarar, especialmente, dos aspectos: el primero de ellos el saber si en realidad había habido el tal descubrimiento que parece consignarse en el texto mismo de la capitulación de Santa Fe —que ha dado lugar a la teoría del predescubrimiento—, o si desde el primer viaje Colón ya iba con el apoyo de la Corona Castellana. En relación a esto resulta completamente transparente el texto de la confirmación: "Por cuanto Vos Cristobal Colón vades por Nuestro Mandato a descubrir e ganar con ciertas fustas Nuestras e con Nuestras gentes ciertas Yslas e Tierra firme en la Mar Oceana, e se espera que con el ayuda de Dios se descubriera e ganara algunas de las dichas Yslas e Tierra firme en la dicha Mar Oceana por vuestra mano e industria, e ansi es cosa justa e razonable, que pues os ponéis al dicho peligro por nuestro servicio, seades dello remunerado". Si Colón aceptó, como lo hizo, éste texto, en el que no cabe la menor duda de que el viaje en el que descubrió las Indias ya iba financiado por la Corona Castellana, y si todavía lo confirmó en su testamento, según ya lo hemos visto, este aspecto; no queda argumento alguno para seguir sosteniendo el predescubrimiento colombino.

El segundo punto que quedaría más que definido a partir de esta carta merced de 30 de Abril de 1492 sería el de la duración o plazo por el cual se le conferían los cargos de Virrey y de Gobernador General. Según se ha señalado, el cargo de Almirante sí le fue conferido expresamente a perpetuidad; en cambio en la segunda cláusula, donde se trató de los cargos mencionados, escuetamente se asentó: "Que Vuestras Altezas facen al dicho Don Cristobal de Colón su Virrey e Gobernador general en todas las dichas Yslas e Tierras firmes que como dicho es el descubriere e ganare en las dichas mares", o sea que no se llegó a precisar si se le conferían por un corto plazo o de por vida, o aun en forma perpetua, como el Almirantazgo mismo. De ahí la importancia de la declaración contenida en dicha carta merced: "e queriendo os honrrar e hacer merced por lo susodicho, es Nuestra Merced e Voluntad que Vos el dicho Cristobal Colón, después que hayades descubierto e ganado las dichas Yslas e Tierra firme en la dicha Mar Oceana o cualesquier dellas, que seades Nuestro Almirante de las dichas Yslas e Tierra firme que así descubriades e ganades e seades Nuestro Almirante e Visorrey e Gobernador dellas, e Vos podades dende en adelante llamar e instituar

Don Cristobal Colón; e así vuestros hijos e subcesores en el dicho oficio e cargo, se pueden llamar e intitular Don , e Almirante, Visorrey e Gobernador dellas". Como tan claramente se puede apreciar tampoco cabe la menor duda de que tanto el nombramiento de Almirante, como el de Virrey y el de Gobernador General, se le ratificaron a perpetuidad.

3.2. CARTA DE PRIVILEGIO O CONFIRMACIÓN DE 28 DE MAYO DE 1493. BARCELONA.—De especial interés resulta esta Real confirmación debido a que precisa una serie de aspectos que resultan de trascendental importancia a la hora de querer definir las facultades jurisdiccionales de Colón: ¿quién detentaba la jurisdicción civil y criminal, tanto la alta como la baja —primera instancia y apelación— y quién era el que finalmente nombraba y removía a los administradores de la justicia? Además ¿la ejecución de las sentencias que se dictaren quedarían en manos de qué funcionarios y quién nombraría a estos ejecutores? Finalmente cabría preguntarse: ¿a Colón se le estaba otorgando una serie de mercedes del mismo tipo que se le estaba otorgando una serie de mercedes del mismo tipo que se le concedían a los primeros capitulantes de la costa africana?; y, siendo la respuesta afirmativa ¿es posible llegar a sostener que Colón ostentaba el Señorío de las Indias?

En cuanto al primer aspecto relativo a saber quién era el detentador de la jurisdicción civil y criminal, tanto en primera instancia como en apelación, en la carta de privilegio se establece: "Vos damos poder e facultad para que podades como Nuestro Visorrey e Gobernador, usar por vos e por vuestros Lugar Tenientes, e Alcaldes e Alguaciles e otros Oficiales que para ello pusieredes, la jurisdicción civil e criminal, alta e baja, mero e mixto imperio". En seguida se precisa la manera de nombrar y remover a los encargados de la justicia: "los cuales dichos Oficiales podades admover e quitar e poner otros en su lugar, cada e quando quisieredes e vieredes que cumple a Nuestro Servicio, los cuales puedan oír e librar e determinar todos los pleitos e causas civiles e criminales que las dichas Yslas e tierra firme acaeciére e se moviere, e haber e llevar los derechos, e salarios acostumbrados en Nuestros Reynos de Castilla e León a los dichos oficios anexos e pertenecientes".

A semejanza de lo acostumbrado con los primeros capitulantes que emprendieron la conquista de las Canarias, también es en Colón en quien se deposita el ejercicio de la justicia: "E vos el dicho Nuestro Visorrey e Gobernador podades oír e conocer de todas las dichas causas e cada una dellas cada que Vos quisieredes de primera ins-

tancia, e por vía de apelación o por simple querrela e las ver e determinar e librar"; además se agrega: "... e podades facer e fagades Vos e los vuestros oficiales cualesquier pesquisas en los casos de derecho, premisas e todas las otras cosas a los dichos oficio de Visorrey e Gobernador pertenecientes, e que Vos e Vuestros Lugartenientes e Oficiales que para ello pusieredes y entendieredes que cumple a Nuestro Servicio y ejecución de la Nuestra Justicia lo cual todo podades e puedan hazer, e executar e llevar a debida ejecución, con efeto, bien así como lo harían e podrían hacer si por Nos mismos fuesen los dichos Oficiales puestos".

Queda claro que Colón y sus oficiales habrían de ejercer la jurisdicción civil y criminal en sus dos instancias; y como también él era la máxima autoridad en las Indias, entonces podría llegar a pensarse que tenía facultades de índole señorial equiparables a las que se habían concedido a los primeros expedicionarios a las Canarias. Sin embargo, no fue así. Los monarcas españoles dejaron bien claro el quiénes habrían de ser en última instancia, los señores supremos de todo lo que descubriese el Almirante: "Pero es Nuestra Merced e Voluntad que las cartas e provisiones que dieredes, sean e se espidan e libren en Nuestro Nombre, diciendo: Don Fernando e Doña Isabel, por la gracia de Dios Rey e Reyna de Castilla e de León, etc. e sean selladas con Nuestro sello, que Nos vos mandamos dar para las dichas Yslas e Tierra firme ... e todos ellos (los pobladores de las Indias) cumplan vuestras cartas e mandamientos e se junten con Vos e con vuestros oficiales para executar la Nuestra Justicia, e vos den e fagan dar todo el favor e ayuda que les pidieredes e menester ovieredes, so las penas que les pusieredes, las cuales Nos por la presente los ponemos e havemos por puestas, e Vos damos poder para las poder executar en sus personas e bienes".

Así es como la carta de privilegio de 28 de mayo de 1493 vino a reglamentar lo que sólo de una manera muy general se había apuntado en la capitulación de Santa Fe respecto a las facultades jurisdiccionales que a Colón correspondían en su calidad de Virrey y Gobernador General: no sólo se le reservaba la primera instancia y la apelación, sino que incluso la facultad de nombrar y remover libremente a los oficiales encargados de auxiliarle en la administración de la justicia.

3.3. CARTA DE PRIVILEGIO DE 23 DE ABRIL DE 1497. BURGOS.—En esta última simplemente se incluyeron las cartas de 30 de abril de 1492 y la de 28 de mayo de 1493, así como la misma capi-

tulación de Santa Fe de 17 de abril de 1492, y se ratificaron todas ellas a petición del Almirante: "Agora por cuanto Vos el dicho Don Cristobal Colón... Nos suplicasteis e pedisteis por merced que por que mejor e mas cumplidamente vos fuese guardada la dicha carta de Merced a Vos e a Vuestros hijos e descendientes, que vos la confirmasemos e aprobasemos, e vos mandasemos dar Nuestra Carta de privilegio della... confirmamos e aprobamos para agora e para siempre jamás a Vos el dicho Don Cristobal Colón e a los dichos vuestros hijos e nietos, e descendientes de Vos e dellos, e vuestros herederos, la sobre dicha Nuestra Carta suso incorporada e la Merced en ella contenida e si necesario es, agora de nuevo facemos la dicha Merced".

4.—SECUENCIA DE LOS VIAJES COLOMBINOS.—Como es bien sabido fueron cuatro los viajes de descubrimiento realizados por Colón: el primero fue de 1492 a 1493, el segundo de 1493 a 1496, el tercero de 1498 a 1500, y el cuarto y último de 1502 a 1504.

Aunque ya algo es lo que se ha adelantado más arriba, cuando se aludió a la toponimia indiana, conviene ahora precisar la cronología e itinerario de estos viajes que en tan buena medida cambiaron la faz del mundo.

Enero de 1492.—El día dos de aquel memorable mes y año se izaron las banderas de Castilla y de León en la Alhambra; luego de siete siglos de constante batallar por fin, en la villa de Santa Fe de la Vega de Granada, se logró expulsar a los moros de la península; junto a éstos, se aprovechó para echar también a los judíos. Y como Colón andaba todavía merodeando por ahí, también a él se le despidió, por lo que se encaminó con su desfallecido ánimo rumbo a Francia. Aunque Fray Antonio de Marchena, Franciscano amigo de Colón y asesor espiritual de la Reina, influyó mucho en favor del proyecto del genovés, el que resultó determinante en el último momento para que se detuviera a Colón y se le aceptara su capitulación fue Luis de Santángel, aragonés, que fungía como escribano de raciones en la Corte, y a quien se tenía por persona muy honrada y decente. Él era el que aseguraba que no era mucho lo que se perdería y sí mucho lo que se ganaría apoyando a Colón. De inmediato convenció a la Reina Isabel, quien al ver las arcas de la Real Hacienda completamente agotadas tras el abrumador esfuerzo de correr a los contingentes moros, propuso vender sus propias joyas para darle a don Cristóbal Colón siquiera una parte de lo que solicitaba. Como buen y probado y leal vasallo que era Luis de Santángel le ofreció

a la Reina aportar los fondos necesarios de su propio peculio, pues al fin de cuentas no era tanto lo que Colón pedía, según Las Casas: "Señora serenísima, no hay necesidad que para esto se empeñen las joyas de Vuestra Alteza; muy pequeño será el servicio que yo haré a Vuestra Alteza y al Rey, mi Señor prestando el cuento de mi casa".¹⁷ El propio Fernández de Oviedo confirma la noticia: "Y porque había necesidad de dineros para su expedición, a causa de la guerra, los prestó para facer esta primera armada de las Indias y su descubrimiento el escribano de ración Luis de Sant Angel".¹⁸ La suma aportada por la Corona a la expedición de Colón fue de un cuento de maravedís.

4.1. PRIMER VIAJE.

17 de abril de 1492.—Obtiene Colón su capitulación de manos del secretario Johan de Coloma.

30 de abril de 1492.—En Granada se expide una carta merced confirmando lo acordado en la capitulación de Santa Fe.

12 de mayo.—Parte de Granada con rumbo a Palos, la razón por la cual se encaminó a ese puerto se debió a que tenía fama de contar con excelentes marineros¹⁹ y encontrarse cerca del monasterio de Santa María de la Rábida, adonde estaban sus bondadosos amigos Fray Juan Pérez y Antonio de Marchena, a quienes en buena medida debía el haber obtenido finalmente su capitulación. Independientemente de lo anterior, el puerto de Palos resultaba el lugar indicado para realizar un viaje con escasos recursos ya que sobre él pendía la obligación —por haber cometido el delito de contrabando en sus recorridos por el norte de África los marineros de ahí— a prestar sus servicios a la Corona con dos carabelas y durante tres meses. Además, al llegar ahí, de inmediato entró en tratos con la gente más poderosa del rumbo, quienes le atraieron la confianza de los vecinos para que se animaran a acompañarlo en su expedición. Se ha sostenido que en realidad los hermanos Pinzón también aportaron alguna suma importante, y de ahí el interés recíproco de éstos y de Colón en convencer a los demás vecinos a realizar el viaje. Martín Alonso, Vicente Yáñez y Francisco Martínez, todos ellos Pinzón, se repartieron el mando de las otras dos carabelas, en tanto que Colón mismo consiguió hacerse de una Nao gallega, la *Santa María*, que fue la que capitaneó durante la travesía. Martín Alonso iba por comandante de la

¹⁷ Las Casas, Cap. XXXII, Lib. I, t. I, p. 170.

¹⁸ Oviedo, Cap. IV, Lib. II, p. 22.

¹⁹ Aunque también se dice que iba a encontrarse con su cuñado.

Pinta, llevando a Francisco Martínez por maestro. Al frente de la *Niña* quedó Vicente Yáñez.

2 de agosto de 1492.—Queda toda la gente embarcada.

3 de agosto.—Antes de amanecer se inicia la expedición. Se hace soltar las velas y salen del Puerto y Barra de Saltes, que es como se llama el río de Palos.

6 de agosto.—Primer incidente: se suelta de sus hebillas el gobernador de la *Pinta*.

13 de agosto.—Se arriba a la Gran Canaria.

2 de septiembre.—Pasan a la isla Gomera; estando ahí Colón se entera que el Rey de Portugal ha mandado una expedición a que lo aprehenda, cosa que se intentará de nuevo a su regreso.

6 de septiembre.—Inician el viaje a través del Atlántico.

12 de octubre.—Luego de varios conatos de sublevación —recuérdese que los del Puerto de Palos sólo estaban obligados a prestar sus servicios a la Corona por tres meses, plazo que ya vencía faltándoles aún emprender todo el viaje de regreso— se oyó el célebre ¡¡tierra a la vista!! de boca de Rodrigo de Triana; sólo que, a diferencia de todas las anteriores falsas alarmas motivadas por la recompensa de diez mil maravedís que había ofrecido la Corona, esta vez sí era cierto. A la pequeña isla a la que llegan le nombran los naturales Guanahani, y de inmediato el Almirante inaugura la tradición que tanto arraigo habría de encontrar entre todos los demás capitulantes de empezar a cambiar de nombres a todas las islas y tierras que se fueran descubriendo; al principio se buscaron nombres que honraran la memoria de los benefactores del cielo y de la tierra que habían hecho posible la realización del viaje. Así nos lo recuerda Fray Bartolomé de las Casas en uno de sus capítulos a propósito de los primeros descubrimientos de Colón: "Tuvo esta orden y respeto el Almirante en el poner de los nombres a las tierras o islas que descubría: que a la primera, considerando como cristiano que las primicias y principios se deben al frontal y primer principio del cual todas las cosas visibles e invisibles manaron, que es Dios llamó Sant Salvador, que los indios llamaban Gauanahani, ofreciendo gracias de las mercedes recibidas a quien tanto bien le había concedido y librado de tantos peligros hasta allí, y de quien más y mayores esperaba recibir; a la segunda, porque después de Dios a nadie se debe tanto como a la madre de Dios, y él tenía devoción con su fiesta de la Concepción, nombró la Sancta María de la Concepción; y porque después de a Dios y de su bendita Madre debía muchas mercedes y muy buena voluntad recibidas y las que más entendía recibir a los Católicos Reyes, puso

nombre a la tercera isla, La Fernandina, en memoria y honor del católico Rey Don Fernando; a la cuarta, instituló La Isabela, por la serenísima Reina doña Isabel, a quien potísimamente más que al Rey y a todos debía, porque ella fue la que, contra opinión de toda la Corte lo quiso admitir y favorecer, y siempre, hasta que murió, lo favoreció, y si la Reyna no muriera, sin duda no le concedieran después tantos disfavores y adversidades a él y a su casa, como le sucedió, y esto tenía muy bien cognocido el Almirante, por lo cual era singularmente al servicio de la Reina devotísimo y no usaba de otro vocablo cuando la Reina era la plática, sino diciendo: La reina, mi señora; así que a la quinta, que fue Cuba, puso por nombre la Juana, por el Príncipe Don Juan, que entonces vivía, Príncipe heredero de los Reinos de Castilla".²⁰

15 de octubre.—Santa María de la Concepción.

17 de octubre.—Isla Fernandina.

19 de octubre.—Isabela, o isla Samoeto como la nombraban los del rumbo.

25 de octubre.—Isla de La Arena.

28 de octubre.—Juana, a la que los indígenas llamaban Cuba. A esta tierra Colón la supuso tierra firme debido a una serie de ideas preconcebidas que lo hacían imaginarse ya frente a las tierras del Gran Khan; de hecho estaba seguro de haber llegado a Catay, y encontrarse en este momento recorriendo la costa austral de la provincia china de Mangi, la cual, continuándola hacia el oeste, lo debería de conducir directamente a la península del Quersoneso Áureo, lugar de confluencia del Océano Atlántico con el Océano Índico —por supuesto que es de sobra conocido, actualmente, que los que se encuentran en la Península Malaya no son el Atlántico y el Índico sino éste con el Océano Pacífico o Mar del Sur como luego se le llamó, sólo que este dato no era posible siquiera imaginarlo en esa época, ya que los conocimientos de ese entonces a lo más que llegaban era a suponer que las mismas aguas atlánticas que bañaban las costas de Portugal, y en general de todo el occidente de Europa, eran las mismas que se continuaban, sin obstáculos alguno, hasta las mismas playas de China.

12 de noviembre.—Parte de Cuba o Juana y encuentra, con rumbo al oriente, un archipiélago al que nombra Mar de Nuestra Señora; y a un puerto, Príncipe; y a otro Santa Catalina, y a un cabo, Del Pico y a otro Campana. Es en el Puerto Santo en donde le huyen gran cantidad de indios.

²⁰ Las Casas, Cap. XLIV, Lib. I, t. I, pp. 220-221.

5 de diciembre.—Da con una isla a la que los nativos llaman Haití, y a la que él nombra como La Española, por cierto parecido que le encuentra especialmente con Andalucía. Al cabo más occidental de La Española, que es por donde arriba proveniente de Cuba, le nombra Cabo de San Nicolás; de ahí se sigue descubriendo a lo que irá nombrando: Cabo de la Estrella, del Elefante, de Cinquin, la isla Tortuga, con las puntas de La Pierna y de La Lanzada; el puerto de San Nicolás, de la Concepción; el valle del Paraíso, con el río Guadalquivir, Yaqui, del Oro, de Gracia, o de Martín Alonso; la Vega Real y la isla de Santo Tomás.

24 de diciembre.—En el puerto de La Navidad —por haber llegado a él ese día—, funda la villa y la fortaleza que habrían de llevar el mismo nombre, y que tan trágico fin habrían de conocer. Para el 9 de enero de 1493, anda recorriendo el Monte Chisti y la Punta Roja; es precisamente ahí donde se encuentra con tres sirenas que, por cierto, le causan una no muy agradable opinión. "Vido el Almirante el día pasado —8 de enero—, tres sirenas, según dice que salieron bien alto a la mar, pero no eran tan hermosas como las pintan —¡como que en realidad se trataba de los toscos manatíes!— las cuales en alguna manera tenían forma de hombre en la cara."²¹

Para el día 10 entra en algunos cabos: Belprado, del Ángel, Redondo, Francés, del Buen Tiempo, Tajado. Es el 12 cuando llega al cabo de Padre e Hijo, Puerto Santo y Cabo del Enamorado; ahí tuvo pláticas con unos indios que le hablaron de los Caribes y de una isla que conocían como Matinino: "que tenía mucho oro, y que estaba habitada de solas mujeres, a las cuales venían los hombres en cierto tiempo del año, y si parían hembra, la tenían consigo, y niño enviábanlo a la isla de los hombres".²² Si sólo se tratara de una más de las muchísimas fantasías con que constantemente los sorprendían los nativos, el cronista ni siquiera se hubiera molestado en recogerle; sólo que esta vez la fábula sí hizo mella en las febriles imaginaciones de los asiduos lectores de las novelas de caballería: ¡por fin habían dado con las buscadas Amazonas! Recuérdese que la tradición secular, recogida tan exitosamente en las aventuras de caballería, contaba de unas mujeres que vivían apartadas de los hombres en una riquísima isla, en donde todas las armas que elaboraban estas decididas guerreras estaban hechas de oro puro. A esta peculiar comunidad se le conocía comúnmente por las Amazonas —del griego: carentes de un pecho. Esto debido a que se suponía que estas mu-

²¹ *Op. cit.*, Cap. LXVI, Lib. I, t. I, p. 300.

²² *Ibidem*, Cap. LXVII, Lib. I, t. I, p. 304.

jeses se tenían que cercenar un pecho para poder tensar convenientemente el arco, que era su arma favorita—, habitantes de una isla llamada la California, la cual era gobernada por la Reina Calafia. De suerte que encontrar a las dichas Amazonas, a más del reto que significaba para cualquier hombre que se preciara de serlo, medir fuerzas con tan aguerridas damiselas, equivalía a encontrar una gran fortuna en oro.

13 de enero.—Significativamente es en el Golfo de las Flechas en donde tienen su primer encuentro violento con los indios.

16 de enero.—Con dirección noreste parten de regreso a España.

12 y 13 de febrero.—Les azota con furia una tormenta.

14 de febrero.—Desaparece la *Pinta*, carabela que comandaba Martín Alonso Pinzón.

15 de febrero.—Después de una penosa travesía en la cual se dieron por perdidos varias veces, y de la cual salieron con una serie de promesas por cumplir a la Virgen —a Colón le tocó en suerte acudir en peregrinación al santuario extremeño de Nuestra Señora de Guadalupe, a quien le atribuyeron el haberlos rescatado de una de las más inclementes tormentas; según se cuenta sus múltiples asuntos mundanos le impidieron cumplirle a la Virgen—, llegaron por fin a la isla Santa María, en las Azores, de jurisdicción lusitana

19 de febrero.—Ese día desembarcan para recoger algunas provisiones que les venían escaseando y los portugueses aprehenden a todos —o sea la mitad completa de la tripulación.

20 de febrero.—Se hacen de nuevo a la vela.

21 de febrero.—Otra fuerte tormenta cae sobre los ya muy averiados navíos.

23 de febrero.—Regresan a las Azores a rescatar a los que habían aprehendido los portugueses.

2 de marzo.—Unos fuertes vientos les detrozan las velas.

3 de marzo.—Nuevas invocaciones y promesas a la Madre de Dios si los sacaba con vida de esa nueva tormenta, de la cual ya se daban completamente por perdidos.

4 de marzo.—Llegan a Sintra, Portugal.

6 de marzo.—Se entrevista Colón con Juan II.

13 de marzo.—Parten con rumbo a Sevilla.

15 de marzo.—Entran al Saltes, el río de Palos de donde habían partido en viaje el 3 de agosto del año anterior, así es que el recorrido completo les llevó siete meses con doce días.

El encuentro con Isabel y Fernando se llevó a efecto a mediados de abril de 1493, en Barcelona.

4.2. SEGUNDO VIAJE.

25 de septiembre de 1493.—Parte de Cádiz con 17 navíos.

2 de octubre.—Llega a las Canarias: Primero a la Gran Canaria a abastecerse de provisiones; de ahí pasa a la Gomera y, finalmente, a la isla del Hierro.

7 de octubre.—Desde la Isla del Hierro inicia la expedición trasatlántica.

3 de noviembre.—Si en el primer viaje tardó un mes y seis días navegando desde Las Canarias hasta Las Bahamas; ahora en sólo 27 días logra atravesar el Atlántico desde las Canarias hasta las Antillas menores, luego de seguir una ruta más austral que en el primer viaje. A la primera isla a la que llegan que por su pequeñez recuerda a las islas de los Lucayos encontradas en el viaje anterior, le llaman la Dominica, por haber llegado a ella un día domingo. Junto a ella encontraron otras muchas islas: La Marigalante, con el mismo nombre de la nave en que iba Colón, Guadalupe; Monserrate, ya que sus peñas le recuerdan a las vistas en Barcelona, Santa María la Redonda, Santa María de la Antigua, San Martín y Santa Cruz, reconocidas todas ellas ya para el día 14 de noviembre.

Viajando ya con dirección noroeste, con rumbo a la Española, se encontraron con un archipiélago, y a la mayor de las islas que lo componían le pusieron Santa Úrsula, y al conjunto de todas ellas se les conoció como Las Once Mil Vírgenes.

22 de noviembre.—Llegan a la Española, entrando por el Cabo del Ángel, y luego se encaminan a visitar a los hombres que dejaron en el primer viaje en el fuerte que levantaron con los restos de la Santa María; pasan por Monte Christi y luego llegan al puerto y fuerte de La Navidad el 28 de noviembre; para su sorpresa no encuentran a nadie en el fuerte. No muy lejos del lugar aparecen los primeros cadáveres de sus compañeros.

Diciembre de 1493.—Se realiza la primera fundación de una población en las Indias: en la misma isla Española, una villa a la que en honor de la Reina se le bautiza como La Isabela. Tiene casa para bastimentos y municiones de la armada, iglesia, hospital y casa fuerte para morada; ahí Colón reparte solares y ordena calles y plazas. Las casas públicas se hacen de piedra, en tanto que las demás de madera y paja.

Enero de 1494.—Desde la Isabela manda a Hojeda —el mismo que llegaría a ser famoso capitulante— con 15 hombres a buscar las minas de la rica Cipango —según las crónicas de viajes que circulaban por ese entonces, antes de las tierras del Gran Khan, o sea de Catay

(China), se encontraba una isla grande y llena de riquezas que llamaban Cipango (Japón); por tanto, si Colón estaba convencido de que lo que había descubierto en el primer viaje era el Catay mismo, y no una simple isla a la que los nativos nombraban Cuba, de ahí que en el razonamiento del Almirante el silogismo aflorara con toda naturalidad: se ha llegado ya a Catay; enfrente se ha encontrado una isla de la cual se sabe no sólo que es grande, sino también que es rica; por tanto se trata de la isla de Cipango. Y si Cipango resultaba todo lo rica que se decía, de ahí la prisa en mandar a Hojeda a encontrar esa riqueza. "Es aquí de notar... que el Almirante recibió cartas de un Marco Paulo, físico florentin, el cual envió una figura o carta de pergamino y en ella pintada toda la tierra del Gran Khan, y provincia de Mango, que estaba cerca del Catay, certificándole que había de topar primero con la isla del Cipango, riquísima de oro, plata, perlas, especiería y otras prosperidades."²³

2 de febrero.—Hojeda regresa de su exploración, con la buena nueva de haber dado con ciertas minas. Por esos días surge el primer altercado entre Colón y los funcionarios enviados por la Corona: Bernal de Pisa, a quien los Reyes habían designado contador de la isla, intenta robarse los cinco navíos que aún quedaban —ya que Colón hacia pocos días que acababa de devolver a España los otros doce que originalmente eran parte de la flotilla. Ante este desacato, se le manda apresar.

12 de marzo.—Colón se interesa personalmente por explorar las ricas minas de Cipango, recién descubiertas por Hojeda, por lo que deja la gobernación de La Isabela encargada a Diego su hermano. En su recorrido pasa por el Puerto de los Hidalgos, la Vega Real y el Río de las Cañas.

16 de marzo.—Al fin llega a las minas de Cipango, cosa que le queda plenamente certificada al oír que los indios le llamaban también así, o por lo menos eso le parecía escuchar cuando les oía llamarles con el nombre de Cibao —de Ciba o piedra. Ahí manda levantar una nueva fortaleza: Santo Tomás.

29 de marzo.—De vuelta ya en La Isabela le llegan urgentes noticias de que los indios pensaban atacar la recién fundada fortaleza de Santo Tomás —que escasa protección ofrecería a los españoles ahí encargados— ya que por más rápido que trabajaran, en menos de quince días de llegados no habrían avanzado gran cosa en las obras de construcción. De inmediato comisiona a Hojeda para que al frente de 400 hombres se dirigiera a sofocar la amenaza. Luego

²³ *Ibidem*, Cap. LII, Lib. I, t. I, p. 251.

de imponer ciertos castigos ejemplares, como haberle mandado cortar las orejas a un cacique de la zona, volvió triunfante de su misión.

24 de abril.—El espíritu aventurero lo inquietaba cuando, permanecía fijo un cierto tiempo, por lo que con dos carabelas parte a realizar nuevos descubrimientos, dejando la gobernación de La Isabela en manos de un concejo de cinco personas que presidía su hermano Diego.

29 de octubre.—De nuevo se encuentra en Cuba.

Mayo de 1495.—En ese mes llega a otra más de las Antillas Mayores; esta vez se trata de la isla a la que los nativos conocen como Jamaica y a la que el Almirante bautiza como Santiago, el 9 de mayo.

18 de mayo.—Regresa a Cuba, por el Cabo de la Cruz, y pasa por una serie de islotes a los que pone El Jardín de la Reina —no hay que olvidar que se encontraba en el paradisíaco mar Caribe, y en plena primavera. Otro par de islas que recorre son: Santa María y el Evangelista.

19 de agosto.—Retorna por fin a la Española, encaminándose de inmediato hacia la Isabela siguiendo la ruta que lo conduce por el Cabo del Farol, el de San Miguel o Punta Tiburón —el extremo más Occidental de la isla—; luego bordea una serie de isletas: Alto Velo, Beata, Adamey o Saona y la isla de la Mona.

29 de septiembre.—Es hasta esta fecha cuando por fin entra en la Isabela, donde tuvo que convalecer durante cinco meses, pues llegó muy enfermo a ella. Como no resiste la calma, manda edificar otras dos fortalezas en la isla: la Magdalena y Santa Catherina, adonde posteriormente se habría de asentar la villa de la Concepción.

20 de abril de 1496.—Parte con rumbo a España.

11 de junio.—Entran a Cádiz, luego de pasar por las Azores.

4.3. TERCER VIAJE.

30 de mayo de 1498.—Parte de Sanlúcar de Barrameda con seis naves y doscientos hombres.

7 de junio.—Hacen una pequeña escala en la isla Madera.

16 de junio.—Llegan a las Canarias —a la isla Gomera— a aprovisionarse de agua y leña.

27 de junio.—En contra de lo acostumbrado en los anteriores viajes, en esta ocasión no comienzan la travesía del Atlántico inmediatamente después de abandonar las Canarias, sino que por la vía austral descienden todavía a la isla de Cabo Verde: primero a la de la Sal, y luego a Santiago.

Agosto de 1498.—Arriban a las Antillas menores: primero a la

que designaron como la Trinidad, por tres montes que en ellas vieron. Buscando agua potable van a dar al Cabo de la Galera, enfrente del cual alcanzan a ver una tierra con muchas labranzas y poblaciones y la bautizan como la isla Santa, sólo para cambiarle al poco tiempo el nombre ahora por el de Isla de Gracia.

4 de agosto.—Para cruzar de Trinidad a la Isla de Gracia tienen que atravesar un golfo al que llaman de la Ballena, y por lo difícil que le resulta entrar a dicho golfo a una de las vías de ingreso le llama Boca de la Serpiente y a la otra Boca del Dragón —en realidad lo peligroso que resulta entrar o salir de ese golfo de las Ballenas, o de Paria, se debió al fuerte oleaje que se producía cuando las aguas del Orinoco chocan contra el Atlántico. A dos isletas que ahí se encontró les puso Caracol y Delfín. Esa nueva isla a la que ahora llegaba lo impresionó de tal manera que quedó completamente convencido de que estaba en el Paraíso Terrenal extremo que de inmediato comunicó a los Reyes. Intuyó que si una isla tenía un río de las dimensiones de ese Yayaparí u Orinoco, por tanto debía tratarse de un lugar de grandes dimensiones, por lo que de inmediato decidió darle la vuelta a aquella supuesta isla que no resultó ser otra cosa sino la misma Tierra Firme: esto es, el continente por la costa norreste de Venezuela. Por la punta norte, o Punta de Paria, torció a la izquierda, con dirección Poniente, y así llegó a Cubagua, y a otra serie de islas: Isabela, Trimontana, Punta Llana, Punta Seca y Punta Sara. Finalmente desembocó en el Golfo de las Perlas.

11 de agosto.—Regresa rumbo a la Española y pasa por el Puerto de Gatos y el de las Cabañas, y por varios cabos: De Conchas, Luen-go, Sabor y Rico. Luego es encuentra con algunas islas e isletas: Concepción, Los Testigos, El Romero, Margarita y Marinet. Entre las islas de la Margarita —que tanto renombre habría de adquirir entre los capitulantes debido a la gran cantidad de perlas que en ella se encontraron (de hecho el nombre de Margarita no significa otra cosa, en latín, que un tipo de perla que se da en pareja dentro de la misma ostra)— y la tierra continental, por la parte de Cumaná y Maracapana, se forma otra especie de golfo en el que se encontraron dos isletas: Cubagua y Coche —que en lengua aborígen significaba venado. Ya para mediados de agosto estaba Colón plenamente consciente de que aquello no era ninguna isla sino la tierra firme.

31 de agosto.—Llegan a la Española.

18 de octubre.—Manda a cinco de los navíos con la buena nueva de haber encontrado la tierra firme —uno de los que formaba parte

de la tripulación lo era el padre de Bartolomé de las Casas. Este aviso resultó una voz de alarma en la Corte, pues no era lo mismo reconocerle a Colón una gran cantidad de privilegios sobre unas cuantas islas, que ya sobre la tierra firme y más si se trataba, como entonces se suponía, de la rica especiería; de inmediato se empezaron a organizar una serie de expediciones con distintos capitulantes para irle a arrebatár al Almirante la primicia que le correspondía, en tanto que en la Corte se fraguaba el plan idóneo para hacerle a un lado.

Octubre de 1500.—Ahora, por primera vez, no va solitario Colón por el Atlántico, sino que se va cruzando con todos los capitulantes que van y vienen de la zona que él había descubierto —casi todos ellos habían aprendido a recorrer el Atlántico con el propio Almirante. Otra peculiaridad de este nuevo viaje de Colón era que en vez de ir en calidad de jefe de la expedición, iba como prisionero y encadenado.

4.4. CUARTO VIAJE.

9 de mayo de 1502.—Desde Cádiz se hizo a la vela con 140 hombres distribuidos en cuatro naves.

20 de mayo.—Llegan a la Gran Canaria.

29 de junio.—Arriban a la Española por el Puerto de Santo Domingo. Luego pasan por el de Yaquino. De ahí se dirigen al archipiélago que bautizaron en el viaje anterior como Jardín de la Reina, junto a Cuba. Siguen avanzando y llegan a un grupo de islas a las que ponen Las Guanajas —por haber oído que los indios así llamaban a una de ellas.

Septiembre de 1502.—De las islas Guanajas, ya frente a lo que ahora se sabe América Central, y en busca todavía de noticias sobre el Gran Khan, desvían la ruta por consejo de un indio y así es como en vez de ir a dar a la península de Yucatán llegaron más al Sur, a una punta de tierra que llaman Caxinas —Honduras—; y a la Costa de la Oreja, debido a las grandes horadaciones que los nativos se practicaban en las orejas. Finalmente llegaron al Cabo de Gracias a Dios.

12 de septiembre.—Llegan a las costas de Nicaragua. Ahí dieron con una isleta: Quiribri; y a un puerto en la tierra firme: Cariari.

17 de septiembre.—Después de haber dejado la isleta de la Huerta recorrieron las costas de Costa Rica y Veragua: Provincia Carabarú —5 de octubre—. Aburená, Catiba y Cubija o Cubiga.

2 de noviembre.—Ya en Panamá entran a Puerto Belo; y al Puerto de Nombre de Dios, o de Bastimentos, y a Guija. El máximo avan-

ce hacia el Sur lo hacen hasta un puerto al que pusieron Retrete —26 de noviembre.

5 de diciembre.—Se decidió a regresar para comprobar si las minas de Veragua eran en realidad tan ricas como habían escuchado decir. En Belo Puerto se detienen, impedidos a seguir a causa de una fuerte tormenta tropical, por lo que a esa costa la llaman De los contrastes.

6 de enero de 1503.—Pasan frente a un río que los indios llaman Yebra, y los españoles Belén por ser la fiesta de la Epifanía. Ya por el golfo de los Mosquitos encontraron otro río al que los lugareños nombraban Veragua. Aunque deciden internarse a la tierra firme por el río Belén, la hostilidad que encuentran por parte de los indios los hace regresar e intentar la entrada por el de Veragua. Todavía junto al Belén encuentran otro río al que llaman Uirirá y a un par de pueblos a los que llaman Cobrava y Cateba. En la desembocadura del Belén, viendo tanta riqueza, decide el Almirante fundar un asentamiento de españoles, y deja a 80 de ellos bajo las órdenes de su hermano, el Adelantado. Una fuerte sequía hace que se queden atrapados en el río Belén. Una vez que logran salir decide Colón volver rumbo a Castilla, por lo que se encamina a Portobelo y, luego, a Retrete para tocar, finalmente, en el Cabo de San Blas.

10 de mayo.—Con rumbo a Cuba pasan por las Tortugas, los Caimanes, el Jardín de la Reina, y a Cuba van a dar por fin. De ahí tratan de pasar a la Española, pero los vientos Adversos hacen que lleguen a Jamaica, por el Puerto Bueno y luego por el de Santa Gloria. La adversidad se ceba en su contra y tardan todo un año en poder salir de Jamaica, padeciendo grandes penalidades —de junio de 1493 al 27 de junio de 1504.

13 de agosto de 1504.—Logran llegar a la Española.

19 de octubre.—Parten rumbo a España, entrando a Sanlúcar de Barrameda a finales de ese año; de ahí pasan a Sevilla, en donde el Almirante convalenció de sus múltiples achaques —que lo que más le atormentaba era la gota, mismo mal que tanto aquejaría a Carlos V y a Felipe II—. Es en Sevilla a donde se le da el golpe de gracia, pues se le informa que su amada Reina ha fallecido.

Mayo de 1505.—Se encamina a alcanzar a la Corte a Segovia; el invierno y la tristeza acaban prácticamente con su vigor físico y moral.

20 de mayo de 1506.—Luego de ratificar su testimonio un día antes encuentra la muerte en la ciudad de Valladolid. Sus restos se depositaron transitoriamente con los Cartujos de Sevilla en tanto se cumplía su último deseo: descansar definitivamente en el hermoso Caribe, en su amada isla Española.

5.—DESAFUERO COLOMBINO. Hasta este momento se ha venido señalando la grave contradicción que los privilegios colombinos representaban frente a la política centralista y absolutista que Isabel y Fernando venían practicando desde que unieron sus destinos y los de sus Reinos. La capitulación de Santa Fe significaba dar un paso atrás y, sobre todo, constituía un mal precedente que era mejor olvidar. La situación se vuelve ya crítica cuando el Almirante manda informar que ha descubierto Tierra Firme —ya que no podía ser otra sino la inmensamente rica zona del Catay con toda su valiosa especiería—; no dejó otra salida a los Monarcas —quizás en esto mal asesorado por los del Consejo— que actuar por cuenta propia, sin respetar ya más las prerrogativas colombinas. Hasta ese momento le habían cumplido bastante bien a Colón, aunque ya algunas veces lo hacían de mala gana. Ya no era esto posible. No se sabe a ciencia cierta si con su consentimiento, o sin él —ya que se ha llegado a sostener que esa capitulación nunca la llegaron a autorizar los Reyes—, el obispo Fonseca, en ese entonces encargado de los asuntos de las Indias, organizó una expedición que no sólo resultó ilegal, sino que incluso carecía de los requisitos mínimos para legitimarla: por un lado violaba claramente lo convenido con Colón respecto a no invadir las tierras por él descubiertas —ya que Hojeda se encamina directamente a la tierra firme de Paría que Colón acababa de descubrir—; por el otro, estaba el hecho de que la capitulación conferida a Hojeda, como ya ha sido mencionado, vino a carecer de la autorización expresa de los Reyes —requisito formal de toda capitulación e indispensable para darle validez jurídica—. Por si fuera aún poco, esta expedición que se envió bajo el mando de uno de los hombres en los que Colón había depositado mayor confianza, todavía paró en la isla Española para causar problemas e incitar a la gente en contra de don Cristóbal. Como era de suponerse de inmediato Colón se quejó, contando con el respeto que hasta ese entonces le había sido conferido. Sólo que ya la situación resultaba irreversible: para ese tiempo ya se ideaban en la península los instrumentos necesarios para substituir a Colón; ahora sí procuraron observar cuidadosamente los requisitos formales suficientes para darle validez al acto, aunque el fondo del asunto resultaba totalmente ilegal, injustificado e injusto.

Para mejor adentrarnos en el tema lo presentaremos en dos partes: en la primera se estudiarán los procedimientos ilegítimos e ilegales que se utilizaron para desaforar a Colón; esto es: la expedición de Alonso de Hojeda, de mayo de 1499. En la segunda parte se ana-

lizaron los instrumentos legales aunque ilegítimos, a que se recurrió —en este caso la expedición de Bobadilla.

5.1. PROCEDIMIENTOS ILEGÍTIMOS E ILEGALES.—A principio de 1499 llegó a la Corte un informe mandado por Colón en donde avisaba que ya había descubierto la Tierra Firme. Es importante recordar que Colón se dio cuenta de inmediato de que había descubierto un nuevo mundo —desconocido hasta ese entonces, por sus contemporáneos. De cualquier manera esto no logró sacarlo de su obstinación en cuanto a haber llegado a Catay y a Cipango. El nuevo mundo que él reconocía haber descubierto, no alteró en nada sus teorías; lo único que había que agregarles era la novedad de que hacia la parte austral de las tierras del Gran Khan se encontraba una gran tierra de la cual no había la menor duda de ser tierra firme y no una gran isla: "Yo estoy crido que esta es tierra firme, grandísima, de que hasta hoy no se ha sabido". Para esto aduce un triple argumento. "... y la razón que me ayuda grandemente por esto de este tan grande río y mar, que es dulce —se refería a la desembocadura del Orinoco— y después de esto me ayuda el decir de muchos indios canivales que ya he tomado otras veces, los cuales decían que el austro dellos era tierra firme y entonces estaba yo en la isla Guadalupe y también lo oí a otros de la isla de Sancta Cruz y la de San Juan... y después me ayuda el decir de Esdras, en el lib. IV, cap. VI, que dice que las seis partes del mundo son de tierra enjuta y la una de agua, el cual libro apoya Sant Ambrosio en su Hexamerón y Sant Agustín". Adelante no sólo se jacta de la riqueza de esa nueva tierra, sino de haberse descubierto sólo gracias a él —aunque todavía les guarda un poco de crédito a los Reyes Católicos: "... y decían que en ella había mucho oro... y, cómo Vuestras Altezas saben, muy poco ha que no se sabía otra tierra mas de la que Ptolomeo escribió, y no había en mi tiempo quien creyese que se podía navegar de España a las Indias —su hipótesis no sufrió la menor alteración—, sobre lo cual anduve siete años en su Corte, y no fueron pocos los que entendieron en ello y, en fin, sólo el grandísimo corazón de Vuestras Altezas lo hizo experimentar contra el parecer de cuantos lo contradecían, y agora parece la verdad y parecerá antes de mucho tiempo mas larga."²⁴

El descubrimiento de la tierra firme lo efectuó el 10 de agosto de 1498, en lo que realizaba las exploraciones y enviaba a avisar a la Corte, los Reyes recibieron la buena nueva a principios de 1499. Por

²⁴ *Ibidem*, Cap. CXXXVIII, Lib. I, t. II.

más que deseaban ellos enviar por su propia cuenta alguna expedición para empezar a disfrutar de las grandes riquezas de aquella tierra firme que acababa de descubrir el Almirante, no podían hacerlo legalmente, ya que tres de las cinco cláusulas de la capitulación de San Fe se presentaban como obstáculos inamovibles.

2.—"Otro sí. Que Vuestras Altezas hacen al dicho Don Cristóbal Colón su Virrey e Gobernador General en todas las dichas islas e tierras firmes que, como dicho es, él descubriere e ganare en las dichas mares..."

3.—"Ítem. Que todas e cualesquier mercaderías, siquier sean perlas, piedras preciosas, oro, plata, especiería, e otras cualesquier cosas e mercaderías de cualquier especie, nombre e manera que sean que se compren, trocaren, hallaren, ganaren e tobieren dentro de los límites del dicho Almirantazgo, que desde ahora vuestras Altezas hacen merced al dicho Don Cristóbal, e quieren que haya e lleve para sí la decena parte de todo ello, quitadas las costas todas que se hicieren en ello".

4.—"Ítem. Que en todos los navíos que se armaren para el descubierto trato e negociación, cada e cuantas veces se armaren, que pueda el dicho Don Cristóbal Colón, si quisiere, contribuir e pagar la octava parte de todo lo que se ganare en el almacén, e que también haga e lleve del provecho la octava parte de lo que resultare de la tal armada..."

Como se puede apreciar no sólo era la máxima autoridad de todo lo que él descubrió, sino que tenía pleno derecho para participar en la armazón de cada expedición que hacia las Indias zarpare y, por lo tanto, en las ganancias obtenidas por ellas. Por otra parte, y como ya ha sido mencionado, la Corona se había comprometido a no permitir que nadie se dirigiera a las tierras o islas por él descubiertas. Con este panorama se puede ya comprender el porqué de lo ilegal de cualquier expedición enviada sin el conocimiento y consentimiento del Almirante a las partes que él había descubierto.

La expedición de Alonso de Hojeda zarparía ya al poco tiempo de recibida la noticia del descubrimiento de Colón. Para el 20 de mayo de ese mismo año de 1499 salía rumbo a la tierra de Parí —aquella que Colón había confundido con una isla cuando la vio desde la Trinidad y que al poco tiempo comprendía que era la tierra firme. Cuando Hojeda dejó Parí se detuvo en la isla en que residía el Almirante: esto es, en la Española. Ahí ocasionó una serie de desmanes y alborotó a la gente contra su antiguo maestro. De inmediato se le informó a Colón de aquella presencia inesperada y hostil. Le avisaron

los indios de Yaquimo que desde el 5 de septiembre estaba anclado frente a sus costas el capitán Hojeda. Indignado, de inmediato escribió Colón a los Reyes una airada carta de protesta: "El Almirante, quejándose a los Reyes por cierto memorial que les dio de los daños que habían incurrido, por haber dado los Reyes licencia para ir a rescatar sin que a él se le diese parte, como se debía de darle por sus privilegios."²⁵ La protesta les debe de haber extrañado mucho a los Reyes Católicos, ya que Las Casas afirma que la capitulación que Rodríguez de Fonseca, acérrimo enemigo de Colón, dio a Hojeda en su calidad de encargado del despacho de las Indias, ni siquiera llevaba la autorización de la Corona.²⁶ Sin embargo, sobrada razón tenía el Almirante de sentirse seriamente agraviado: Al enterarse de la presencia de Hojeda envió una comisión al mando de Roldán para exigirle una explicación de por qué tan impunemente infringía lo que los Soberanos Castellanos le habían concedido en exclusiva. El informe que Roldán le rindió a su regreso decía: "Hago saber a Vuestra Señoría como y llegué adonde estaba Hojeda, el Domingo que se contaron 29 de Septiembre... Así que, Señor, yo hobe de ir a las caravelas y falle en ellas a Juan Velázquez y a Juan Vizcaíno, el cual me mostró una capitulación que traían para descubrir, firmada del Señor Obispo, en que le daba licencia para descubrir en estas partes tanto que no tocase en tierras del Señor Rey de Portugal, ni en la tierra que Vuestra Señoría había descubierto fasta el año de 95."²⁷ Esto lo hacía Fonseca para no darse por enterado del descubrimiento de la tierra firme, en el año de 1498.

De suerte que la expedición de Hojeda llevaba implícito un doble vicio de origen en cuanto que resultaba ilegal e ilegítima por:

A). Haberse otorgado en contravención en lo acordado en la capitulación de Santa Fe.

B). Carecer de los requisitos legales necesarios para la validez de esta clase de títulos jurídicos —en este caso el no haber sido autorizada y firmada por los Reyes.

C). Respetar tan sólo lo que Colón había descubierto hasta el año de 1495, siendo que ya se tenía el informe del descubrimiento de la tierra firme, realizado en el año de 1498.

La premura con que se organizó y envió esta expedición de Hojeda, no obstante los evidentes vicios legales ya señalados, la hizo evidente el fiscal de la Corte, en los argumentos presentados en contra de Co-

²⁵ Pedro Mártir de Anglería, Lib. I, Cap. CLXXI.

²⁶ Las Casas, Cap. CLXIII, Lib. I, t. II.

²⁷ *Ibidem*.

lón: "Y el fiscal del Rey todo su estudio ponía en probar que las partes de tierra firme que los otros descubridores descubrieran, eran distintas tierras de las que el Almirante había descubierto, y diera mucho por que no fuera tan luenga la tierra firme, a fin de disminuirles sus privilegios, para hacer a los Reyes menos obligados a le agradecer los servicios inestimables que les había hecho y a cumplir las mercedes que le había prometido, a él tan justamente y con tanta razón debidas; y esto era grande injusticia."²⁸

5.2. PROCEDIMIENTOS LEGALES PERO ILEGITIMOS.— ya una vez, en 1495, lo habían intentado hacer, pero en aquella ocasión Colón reaccionó lo suficientemente rápido como para impedirlo. Las cosas sucedieron así: los Reyes mandaron para el segundo viaje una comisión para que por sus propios ojos certificaran la existencia de las maravillosas riquezas de que les hablaba el Almirante; en septiembre de 1494 regresaban del viaje fray Buil y Mosén Pedro Margarite, acompañados de Bartolomé Colón, para informar. Tan pobre resultó el panorama que presentaron a la Corte, que ya para octubre de 1495 llegaba a la Española Juan Aguado, Repostero Real, en plan de gran autoridad; de inmediato empezó a ocasionar conflictos con su gente a Colón. También, en ese mismo año los Reyes concedieron a algunos vecinos de Sevilla licencias para descubrir en las Indias, fechadas el 10 de abril de 1495. De inmediato interpuso Colón enérgica protesta logrando que los monarcas reconsideraran su actitud: "E queremos e mandamos, e es nuestra merced e voluntad, que vos vala y sea guardada —la capitulación— a vos y a los dichos vuestros fijos e descendientes, agora e de aquí adelante, inviolablemente, para agora y para siempre jamás, e por todo bien a cumplidamente, según e por la forma e manera que en ella se contiene."²⁹

Como ya se ha mencionado, constantemente encontramos a Colón solicitando confirmaciones de sus privilegios lo que indica el ambiente de inseguridad y de amenaza que percibiría el Almirante en torno suyo y de sus prerrogativas.

De cualquier manera el aviso enviado por Colón marcó el comienzo de su caída. Ya hemos visto cómo Fonseca por su parte enviaba a Hojeda para tratar luego, con el apoyo del fiscal, de atribuirle a éste el brimiento de la tierra firme en detrimento del Almirante. Ahora veremos cuál fue la reacción de los Reyes. Al enterarse de que Colón había dado con un inmenso territorio recordaron en la Corte un

²⁸ Anglería, Lib. II, Cap. XL.

²⁹ Las Casas, Cap. CXXIV, Lib. I, t. II.

viejo agravio que pesaba en su contra: el asunto era por cuestión de esclavos, y por tener detenidos a unos revoltosos que junto a Francisco Roldán se le habían sublevado al Almirante en la Española. Esto último pareció resultar la excusa perfecta, y de ahí que al día siguiente del que zarpara Hojeda se nombrará en la Corte a Francisco de Bobadilla Gobernador, con la jurisdicción civil y criminal de todas las islas y tierras descubiertas por Colón: "Nuestra merced y voluntad es que el comendador Francisco de Bobadilla tenga por Nos la gobernación y oficio de judicado desas dichas islas y tierra firme, por todo el tiempo que Nuestra merced e voluntad fuere, con los oficios de justicia y jurisdicción civil y criminal, alcaldías y alguacilazgos dellas, por que Nos mandamos a todos y a cada uno de vos, que luego, vista esta Nuestra carta, sin otra alega ni tardanza ni jusión, recibades del dicho comendador el juramento y solemnidad que en tal caso se acostumbra a hacer, el cual, por él hecho, le rescibais por Nuestro Nuestro Juez gobernador desas dichas islas y tierra firme, y lo dejéis y consintáis libremente usar y ejercer el dicho oficio de gobernador y cumplir y ejecutar la Nuestra justicia en esas dichas islas y tierra firme y en cada una de ellas. . ."³⁰

Hasta aquí se procuró no infringir los formalismos legales que se requerían para hacer a un lado al Almirante. La única excusa que habían encontrado para designar a Bobadilla era lo de los revoltosos que Colón había apresado; ahora ya todo dependía de la malicia del comendador. No en valde se le escogió: en unos cuantos días logró que se le formularan a Colón una larga lista de infamantes acusaciones, siendo que a lo que iba —por lo menos supuestamente— era a averiguar quienes eran los que se habían atrevido a rebelarse contra el Almirante, según constaba en su poder: "... mandamos dar esta carta para vos —Bobadilla— en la dicha razón por la cual vos mandamos que luego vades a las dichas islas y tierra firme de las Indias y hagais vuestra información y por cuantas partes y maneras mejor y mas cumplidamente lo podais saber, vos informéis y sepais la verdad de todo lo susodicho, quien y cuales personas fueron las que se levantaron contra dicho Almirante y Nuestras Justicias y por que causa y razón, y que robos y males y daños han hecho, y de todo lo otro que cerca desto vos vieredes ser menester saber para ser mejor informado; y la información habida y la verdad sabida a los que por ella halláredes culpantes, prendedles los cuerpos y secuestradles

³⁰ *Ibidem*, Cap. CLXXVIII, Lib. I, t. II.

los bienes, y así presos procedades contra ellos y contra los absentes, a las mayores penas civiles y criminales que halláredes por derecho."³¹

Estando así las cosas, el 23 de agosto de 1500 en dos caravelas llegaba el nuevo gobernador, con poderes suficientes y una astucia sin límite. De inmediato procedió a agredir a sus protegidos —o sea a las autoridades legítimas— y a constituirse en generoso protector de los insurrectos, aumentando de esta manera el número de los levantados contra Colón.

No bien regresó el Almirante de un viaje que había hecho, cuando ya se encontraba, junto con su hermano, esposado y cargado de cadenas por orden del señor comendador. Su colega había conseguido en un tiempo record imputarle una serie completa de todo tipo de crímenes y delitos que hacían de él uno de los más temibles delinquentes que hubiera conocido la humanidad: "Acusáronle de malos y crueles tratamientos que había hecho a los cristianos en la Isabela, cuando allí probó, haciendo por fuerza trabajar a los hombres sin darles de comer, enfermos y flacos, en hacer fortalezas y casa suya y molinos y aceña y otros edificios y en la fortaleza de la Vega, que fue la de la Concepción, y en otras partes, por lo cual murió mucha gente de hambre y flaqueza y enfermedades, de no darles los bastimentos según las necesidades que cada uno padecía; que mandaba a azotar y afrentar muchos hombres por cosas livianísimas, como por que hurtaban un celemin de trigo, muriendo de hambre, o por que iban a buscar de comer. Item; por que se iban algunos a buscar de comer adonde andaban algunas capitánias de cristianos, habiendoles pedido licencia para ello y él negándola, y no pudiendo sufrir la hambre, que los mandaba a ahorcar; que fueron muchos los que ahorcó por esto y por otras causas injustamente. Que no consentía que se bautizasen los indios que querían los clérigos y frailes bautizar, por que quería más esclavos que cristianos; ...acusaronle que hacía guerra a los indios, o que era causa della injustamente, y que hacía muchos esclavos para enviar a Castilla. Item., acusaronle que no quería dar licencia para sacar oro, por encubrir las riquezas de esta isla y de las Indias, por alzarse con ellas con favor de algún otro Rey cristiano."³²

Como ya apuntábamos se ha sospechado que la expedición de Hojeda partió sin el consentimiento de los Reyes; de lo que sí no cabe duda, es la de que Bobadilla iba cumpliendo instrucciones secretas que le dictaron en la península —si no hubiera sido así, en caso de

³¹ *Ibidem*, Cap. CLXXVII, Lib. I, t. II.

³² *Ibidem*, Cap. CLXXX, Lib. I, t. II.

fuere a su servicio, y así serán mejor regidas las tierras que /24/ Nuestro Señor le dejare ganar e hallar a servicio de Vuestras Altezas. (Plaze) /25/ a Sus Altezas. Juan de Coloma.

/26/ Yten. Que de todas e qualesquier mercaderias, sy quier sean perlas, /27/ piedras preciosas, oro o plata, especieria e otras qualesquiera cosas, /28/ (e) mercaderias de qualesquier especie, nombre e manera que sean, que se com- /29/ praren, trocaren, hallaren, ganaren e ovieren dentro, en los limites /30/ del dicho almyrantazgo, que dende agora Vuestras Altezas hacen merced /31/ al dicho Don X^oval e quieren que haya o lleve para sí la décima parte de /32/ todo ello, quitadas las costas todas que se hisieren en ello, por manera /33/ que de lo que quedare limpio e libre, haya e tome la dicha décima parte /34/ para sí mismo e haga della su voluntad, quedando las otras nueve /35/ partes para Vuestras Altezas. Juan de Coloma. /36/ Otrasy. Que sy a causa de las mercaderias que él traerá de las dichas /37/ yslas e tierras, que así como dicho es se ganaren o descubrieren, /38/ o de las que en trueque de aquéllas se tomaren aquí de otros mercaderes, /39/ naciere pleito alguno en el lugar donde el dicho comercio e trato se /40/ terná e fará, que syenpre la preminencia de Almyrante e su oficio le per- /41/ tenecerá del tal pleito. Plega a Vuestras Altezas que él o su teniente, e no (otro) /42/ Juez, conozcan del tal pleito e asy lo provean dende agora. Plaze /43/ a sus Altezas sy pertenciere al dicho oficio de Almyrante según que lo te (nía) /44/ el dicho Almyrante Don Alonso Enríquez, defunto, e los otros sus antecesores, /45/ en sus distritos, e syendo justo. Juan de Coloma.

/46/ Iten. Que en todos los navíos que se armaren para el dicho trato e negociación, cada /47/ e quando e quantas vezes se armaren, que pueda el dicho Don X^oval /48/ Colón, sy quisyere, contribuir y pagar la ochava parte de todo lo que se /49/ gastare en la armazón, e tambien haya y lleve el provecho de la ochava /50/ parte de lo que resultare de la tal armada. Plaze a sus Altezas. Juan de /51/ Coloma. /52/ Son otorgados y despachados con las respuestas de Vuestras Altezas, en fin de cada /53/ un capítulo, en la Villa de Santa Fee de la Vega de Granada, a diez e siete /54/ de Abril, año del nacimiento de Nuestro Salvador Jesucristo de mill e quatrocientos e /55/ noventa e dos años. Yo el Rey. Yo la Reyna. Por mandado del Rey /56/ e de la Reyna. Juan de Coloma.

haber actuado por cuenta propia en contra de los deseos de los Soberanos, de seguro hubiera sido destituido de inmediato y recibido un castigo ejemplar. Sin embargo, no sólo se le mantuvo en el cargo, sino que ni siquiera fue objeto de llamada de atención ninguna. Por el contrario, resulta sorprendente el enterarse del sentido pésame que le expresaron los Reyes a Colón "apenas" se enteraron de la afrenta de que había sido objeto por parte de Bobadilla: "... hubieron mucho pesar de que viniese preso y mal tratado, y proveyeron luego que lo soltasen; ... mandáronle escribir que se viniese a la Corte, adonde llegó el 17 de diciembre de 1500, y lo recibieron muy benignamente, mostrando compasión de su adversidad y trabajos, dándole todo el consuelo que al presente pudieron darle, certificándole que su prisión no había procedido de su voluntad, y con palabras muy amorosas y eficaces le prometieron que mandarían deshacer y remediar sus agravios, y que en todo y por todo sus privilegios y mercedes que le habían hecho le serían guardados; (y en esto, la Serenisima Reina era la que se aventajaba en consolarle y certificarle su pesar, porque, en la verdad, ella fué siempre la que mas que el Rey lo favoreció y defendió y así el Almirante tenía en ella principalmente toda su esperanza)."³³

A pesar de todo, la verdad es que el equipo Reyes Católicos-Francisco de Bobadilla funcionó a la perfección y logró abrir, aunque mínimamente, la puerta que a partir de entonces legalizaría la acción de muchos navegantes castellanos que se encaminaron a las tierras que por estricto derecho se encontraban reservadas al Almirante. Una vez que nombraron a Bobadilla —obviamente tenían plena confianza en su astucia— comenzaron a autorizar un buen número de expediciones y desde ese momento, aunque los Colón lucharon por sus derechos, la situación se volvió ya irreversible por la larga serie de intereses en pugna que se crearon —así fue como se llegó a legalizar, de modo tan poco ortodoxo, la presencia de la nueva pléyade de descubridores.

Platón de la mar
v. l. n. 1

1492

Cap. 1.
Institución de la mar
del Almirante

Cap. 2.
Institución de la mar
del Almirante

Cap. 3.
Institución de la mar
del Almirante

Cap. 4.
Institución de la mar
del Almirante

que la de las cosas que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de

Las cosas que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de

que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de

que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de

que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de

que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de

que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de
que en las dhas en el y de



202.001 412.116.I

Handwritten signature or mark at the bottom right.

³³ Ibidem, Cap. CLXXXII, Lib. I, t. II.

Cap.º 8.º
 En el día de hoy, a las once y media de la tarde, en la villa de Santa Fe de la Vega de Granada, a XVII de Abril de 92.
 Yo, el Rey, y vos, el Almirante, y el dicho Don Xpoual Colón, su Almirante, y el dicho Don Alonso Enríquez, defunto, Almirante Mayor de Castilla, y los otros sus predecesores en el dicho oficio, lo tenyan en sus distritos. Plaze a Sus Altezas. Juan de Coloma.
 Otrosy, que Vuestras Altezas fazen al dicho Don Xpoual Colón su Visorrey e /19/ Gobernador General en todas las dichas tierras firmes e yslas /20/ que como dicho es él descubriere o ganare en las dichas mares; e que para /21/ el regimiento de cada una e qualquier dellas faga él elección de tres /22/ personas para cada oficio, e que Vuestras Altezas tomen e escojan uno, el que más /23/

(TRANSCRIPCION)

/1/ Traslado de las cosas capituladas entre el Rey e la /2/ Reyna, Nuestros Señores, y Don X^oval Colón, su Almyrante /3/ del mar Océano, en la Villa de Santa Fee de la /4/ Vega de Granada, a XVII de Abril de 92.

/5/ Las cosas suplicadas y que Vuestras Altezas dan e otorgan a Don X^oval /6/ Colón en alguna satisfacción de lo que ha descubierto en los mares Océanos, /7/ e del viaje que con ayuda de Dios agora ha de hacer por ellas (sic), en servicio de Vuestras /8/ Altezas, son las que siguen.

/9/ Primeramente. Que a Vuestras Altezas, como señores que son de los dichos mares /10/ Océanos, fazen dende agora al dicho Don X^oval Colón su Almyrante en /11/ todas aquellas yslas e tierras firmes que por su mano o yndustria se /12/ descubrirán o ganarán en los dichos mares Océanos para durante su /13/ vida, e después de él muerto, a sus herederos y subcesores, perpetuamente, /14/ con todas aquellas premynencias e prerrogativas pertenecientes al tal /15/ oficio, e segund que Don Alonso Enríquez, defunto, Almyrante Mayor de Casti- /16/ lla, e los otros sus predecesores en el dicho oficio lo tenyan en sus /17/ distritos. Plaze a Sus Altezas. Juan de Coloma.
 /18/ Otrosy, que Vuestras Altezas fazen al dicho Don X^oval Colón su Visorrey e /19/ Gobernador General en todas las dichas tierras firmes e yslas /20/ que como dicho es él descubriere o ganare en las dichas mares; e que para /21/ el regimiento de cada una e qualquier dellas faga él elección de tres /22/ personas para cada oficio, e que Vuestras Altezas tomen e escojan uno, el que más /23/

LA MUERTE DE CARL SCHMITT
UN TESTIGO EXCEPCIONAL*

André DOREMUS
Trad. Jean MEYER

El filósofo alemán Carl Schmitt murió el domingo 7 de abril de 1985, a la edad de 97 años, en su pueblo natal de Plettemberg, en Westfalia. Nacido el 11 de julio de 1888, profesor en derecho constitucional (1921-1945), este alumno de Max Weber, un tiempo muy próximo a Ernst Jünger, Carl Schmitt quiso ser ante todo el Galileo de la política, el nuevo Hobbes (1938) quien pone la fuerza de su pensamiento, formado en el catolicismo, al servicio de la manifestación de los tiempos modernos, como cumplimiento de la Reforma (1922-1923).

Durante la república de Weimar (1919-1933) se hizo notar por la pertinencia de su análisis de la actualidad política, adelantándose siempre a los acontecimientos, y por la definición radicalísima de la política como encarnación directa del derecho en la decisión política (1914, 1921, 1932). Lector de Villiers de l'Isle Adam, amigo de Theodor Daeubler, pero también pronto del general Schleicher y de J. Popitz, hijo del dadaísmo como de su tiempo, que abraza con toda su pasión intelectual de entender —para él sinónimo de decidir— de repente, en 1933 se adhirió al nazismo. Lo hizo, después de haber pregonado contra él (1932), a la vez en un espíritu de gran compasión histórica (Leon Bloy es su recurso) y con la pretensión de aportar él solo la doctrina (1933) a esos hombres que desprecia y entre los cuales contaría, en 1936, peligrosos enemigos.

Se ganó en aquel entonces, fuera de Alemania, la fama de ser el ideólogo del régimen, mientras en su país lo toleraban sin más, gracias a las divisiones que reinaban entre los nazis. Su pasión intelectual hizo de él un solitario capaz de olvidar toda responsabilidad moral y también los riesgos personales ("Soy un aventurero intelectual", declaró en 1945 a R. Kempner). De 1936 a 1942 desarrolló su teoría de "los grandes espacios", extrapolación de la doctrina Monroe y variante del "cujus regio, ejus religio" que retomó después de la guerra (1950, 1978). Adversario desde 1919 tanto del liberalismo como del bolchevismo, tenía que hacer la exégesis del fenómeno del partisano (1962), lo que despertó el interés de cierta extrema izquierda, a la

* *Le Monde*, 14 de abril de 1985.

vez que el apoyo, tampoco justificado, de los nostálgicos de la grandeza del Reich en el asesinato colectivo.

De hecho no tuvo otros amigos que los que procuró su inmensa erudición para un diálogo a escala de la historia occidental. Schmitt no construyó doctrina: cuestionó sin descanso, persiguió el absoluto, pero en el reino de la natura de lo político; para él la política es la verdadera filosofía.

Intentó escapar al conflicto casi secular entre positivismo y normativismo, así como al dilema entre materialismo y espiritualismo. La solución de tal conflicto no se encuentra ni en los intereses del hombre, ni en algún milagroso tercer término adquirido de una vez para siempre, sino en la decisión política, para cada tiempo y cada lugar, como si la historia renaciera cada vez de la nada —es el decisionismo—. Todo reino de experiencia es conflictual, ergo político; hoy en día la creciente presión de la revolución económica y tecnológica hace que la decisión política no pueda evitar asumir plenamente su esencia, o sea, ser la encarnación directa del derecho = la politización máxima de la sociedad coincide con el cumplimiento del proceso de des-teologización empezado en el siglo XVI.

Tal inserción del presente en una problemática global de la historia necesita su piedra angular, siempre buscada, en una nueva teología política ("Nadie está contra Dios sino Dios mismo" 1970) que cubriera todos los temas que traspasan lo teológico en lo político: "el poder temporal más alto se confunde con la autoridad espiritual más alta", "la autoridad, no la verdad, establece el derecho", "quién decide de la diferencia entre el amigo y el enemigo", etc. . .

Sin cansarse retomó el conjunto de esos temas a cada momento, enfrentándose en forma crítica a la situación del momento. Por su solo radicalismo nunca satisfecho, el pensamiento de Schmitt consigue dimensión filosófica también en su análisis de la historia (1950), del romanticismo político (1919), del conflicto ideológico Este-Oeste (1952-1953) o del conflicto entre catolicismo y pretestantismo (1956).

Realista a la manera tanto de Nietzsche como de Hobbes, discretamente marcado por el encuentro con B. Bauer, Carl Schmitt está muy lejos de justificar los que buscan la salvación en el cumplimiento de la perversidad; nos lega para siempre la reformulación de la tesis *homo homini lupus* en la pregunta: ¿Cómo es que la humanidad llega a dividirse en dos campos, criminal cada uno según el otro? (1967, 1979). De esa doblez de la historia nace un nuevo deber de vigilancia de la inteligencia para todos los hombres que, hoy, abordan el siglo XXI.

Los años entre paréntesis corresponden a las obras siguientes:

El Estado y el valor del individuo (1914); *Romanticismo político* (1919); *Dictadura* (1921); *Teología política* (1922); *Catolicismo romano y forma política* (1923); *Tratado de derecho constitucional*

(1928); *Concepto de política* (1932); *Legalidad y legitimidad* (1932); *Estado-movimiento-pueblo* (1932); *Leviatan* (1938); *Donoso Cortés* (1950); *Ley de la tierra* (1950); *Unidad del mundo* (1952); *Estructura histórica del conflicto actual entre Este y Oeste* (1953); *Hamlet o Hecuba* (1956); *Tiranía de los valores* (1967, 1979); *La teoría del partisano* (1962); *Teología política*, t. II (1970).

[Importante será la investigación que determine la influencia de Carl Schmitt en nuestro país y, en general, en el ámbito a la cultura ibero-americana. Con el doble objeto de incitar a su realización y enriquecer la magnífica reseña anterior, a continuación enlistamos algunas de las obras del constitucionalista alemán traducidas al castellano:

La defensa de la Constitución. Estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución. Madrid, Labor, 1931. (Trad. de M. Sánchez Santa, Madrid, 1983). *Teoría de la Constitución* Trad. de Francisco Ayala, Madrid, Revista de Derecho Privado, c. 1934, (México, Editora Nacional, 1952, 1961, 1966, 1970; Madrid, Alianza Editorial, 1983). *Estudios políticos*. La época de la neutralidad. Teología política. El concepto de política. Trad. de Francisco Javier Conde. Madrid, Cultura Española, 1941 (Madrid, Doncel, 1975). *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes*. Trad. de Francisco Javier Conde, Madrid, Ediciones Haz, 1941. *Cambio de estructura del derecho internacional*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1943. "La justificación de la ocupación de un nuevo mundo: Francisco de Vitoria". *Revista Española de Derecho Internacional* Vol. II, No. 1, 1949. "Donoso Cortés y las revoluciones de 1848" *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* Año IV, No. 17, Nov-Dic. 1949. *La unidad del mundo*. Madrid, 1951. *Tierra y mar*. Consideraciones sobre la historia universal. Trad. de Rafael Fernández Quintanilla. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952. *Interpretación europea de Donoso Cortés*. Trad. de Francisco de Asís Caballero, Madrid, Rialp, 1952 (Madrid, Rialp, 1963). "Situación de la ciencia jurídica europea" *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*. Año XL, Núm. 2, 1953. "Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso" *Revista de Estudios Políticos*, No. 78 Nov-Dic. 1954. "La tensión planetaria entre Oriente y Occidente y la oposición entre tierra y mar" *Revista de Estudios Políticos*. No. 81, Mayo-Junio 1955. *Diálogos: Diálogo de los nuevos espacios. Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso*. Trad. de Anima Schmitt de Otero. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962. "El orden del mundo después de la segunda guerra mundial" *Revista de Estudios Políticos*, No. 122, Marzo-Abril, 1962. "La noción de lo político" *Revista de Estudios Políticos*, No. 132, Nov-Dic. 1963. *Teoría del partisano*. Acotación al concepto de la política. Trad. de Anima Schmitt de Otero, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966. *La dictadura: desde los comienzos del pen-*

samiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Trad. por José Díaz García. Madrid, Revista de Occidente, 1968. "Clausewitz como pensador político o el honor de Prusia" *Revista de Estudios Políticos* No. 163, Enero-Febrero 1969. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius Publicum Europaeum.* Trad. de Dora Schilling Thun, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1979. "La revolución legal Mundial" *Revista de Estudios Políticos*, No. 10, Julio-Agosto, 1979. *Lagalidad y legitimidad.* Trad. José Díaz García, Madrid, Aguilar, 1971, y, recientemente, con presentación, nota biográfica y buena bibliografía de y sobre Schmitt de José Aricó: *El Concepto de lo "político"*. México, Folios Ediciones, 1985.]

EL REGISTRO DE ACCIONES Y SUS EFECTOS

Walter FRISCH PHILIPP

SUMARIO: I. *Generalidades del Registro* II. *El alcance del Registro* 1) *Prevalencia del Registro* a) *Anulación de adquisición de acciones* b) *Disolución efectuada por mutuo acuerdo del acto de adquisición de acciones* c) *Incapacidad de la emisora de obtener inscripciones de oficio* d) *Los "terceros"* e) *La responsabilidad del exaccionista (Art. 177 LSM)* f) *Falta del libro de acciones* g) *Falta de la inscripción registral de la acción respectiva* h) *Omisión de la inscripción de accionista* 2) *Prevalencia de la situación extrarregistral* a) *Reivindicación y cancelación de acciones* b) *Incorrectividad de la situación registral* c) *Cuestiones sucesorias* d) *Actos distintos de la adquisición de la propiedad sobre acciones, como la pignoración o el usufructo de las mismas* e) *Falta de documentación de acciones* f) *La simulación y el in fraudem legis agere* g) *Abuso del derecho* h) *Falta de la petición correcta de la inscripción* III. *Evaluación de lo anterior* IV. *Observaciones a las disposiciones legales vigentes.*

I. GENERALIDADES

Como consecuencia de la supresión de las acciones al portador (D.O. de 30 de diciembre de 1982), el registro de acciones (artículo 128 LSM) obtiene mayor importancia. Ésta se limita, sin embargo, a acciones nominativas debido a que inscripciones que se efectúen o se hayan hecho en relación con acciones al portador, por ejemplo respecto a empeño, no surten efectos jurídicos, como se sostiene en forma de principio ya desde el tiempo anterior a dicha reforma legal.

Responde el consejo de administración o el administrador único, respectivamente, de que se lleve correctamente el registro. Ellos podrán naturalmente servirse de otras personas para el manejo físico del libro no obstante que continúa dicha responsabilidad, según el artículo 158, fracción III LSM.

Las inscripciones se efectúan a petición del adquirente, con excepción de la primera inscripción siguiente a la emisión de acciones y de la reducción de capital social, casos en los cuales se harán las inscripciones por la emisora sin tal petición. El registro es solamente obligatorio cuando exista documentación de acciones, pero puede ser llevado en forma válida ante dicha documentación. El libro de accio-

nes se referirá a la situación existente en el momento de la petición o de inscripción de oficio, respectivamente, de modo que transmisiones de acciones efectuadas con anterioridad a este momento relevante, no aparecerán en el registro, así por ejemplo: enajenaciones de acciones efectuadas en forma extracambiaria (no por medio de endoso) con anterioridad a la emisión de títulos de acciones o, como otro ejemplo, enajenaciones posteriores, sean cambiarias o extracambiarias, hechas sin inscripciones registrales, casos en los cuales se inscribirá directamente el último adquirente a su petición sin necesidad de que se registren sus precursores aún no inscritos. Pero esta inscripción requiere la comprobación previa de la existencia de las enajenaciones anteriores no registradas. Nuestra referencia a la legitimación del adquirente de acciones para solicitar su inscripción, corresponde al texto del artículo 129 LSM ("...cualquier titular..."), pero requiere una complementación a través de interpretación jurídica extensiva, según la cual se deberá conceder el mismo derecho al enajenante de la acción cuando él tenga interés jurídico en la misma inscripción dada su responsabilidad como exaccionista frente a la emisora respecto a la exhibición de aportaciones faltantes de acciones no liberadas "durante cinco años, contados desde la fecha del registro de traspaso". Convenios entre las partes enajenantes y adquirente relativos a la obligación y legitimación de pedir la inscripción en tales situaciones me parecen, por tal motivo, útiles.

El accionista tiene el derecho de exigir judicialmente a su sociedad el registro de sus acciones si existe el libro correspondiente y cualquier accionista podrá demandar a la emisora de acciones documentadas que ésta lleve el registro de acciones.

El registro de acciones forma parte de los libros obligatorios de la sociedad anónima (artículos 34 y ss. Cod. Com., 129, 130 LSM, 28 Código Fiscal, 58. fracc. V. LISR, 76 del Reglamento de la última ley). La obligación de conservarlo, resulta de los artículos 46 Código de Comercio y 245 LSM. Nos parece admisible el uso de medios modernos de contabilidad e interinamente de hojas sueltas, como nos muestra la versión actual del artículo 34 Cód. Com., según el cual la encuadernación podrá hacerse a posteriori dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio. El registro puede tener relevancia para calificaciones penales, por ejemplo los artículos 94, fracc. I, 96, fracc. II de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

El libro de acciones funciona en interés de la sociedad emisora y de sus accionistas, para la primera con el objeto de que ella tenga cierta persona "como dueño de las acciones" quien "aparezca inscrito

como tal en el registro" (artículo 129 LSM) para facilitar las gestiones de la emisora con sus socios, por ejemplo exigir en forma judicial la exhibición de aportaciones faltantes (artículos 118, 119 LSM) o para constatar la legitimación de accionista para el ejercicio de su derecho de voto, finalidad ésta a la cual sirve también lo dispuesto en el artículo 122 LSM en cuanto al nombramiento de un representante común "cuando haya varios propietarios de una misma acción".

Por lo que se refiere a los intereses personales de los accionistas antes referidos, ellos deberán tener la posibilidad de informarse por medio del libro de acciones sobre sus coaccionistas, como corresponde al ambiente no anónimo de sociedades con acciones nominativas. La sistematización entre estos dos tipos o finalidades de intereses tiene importancia práctica en legislaciones que no contengan disposiciones expresas relativas al derecho de tomar vista en el libro de acciones,¹ como es el caso en la Ley General de Sociedades Mercantiles en cuanto a la sociedad anónima. Si se interpretan las disposiciones legales en el sentido de existencia de tales intereses en favor de coaccionistas, se admitirá el derecho de tomar vista en el libro de acciones no obstante el silencio del legislador al respecto mientras que en el caso negativo no se aceptará o se limitará tal derecho.² Opinamos que existe este derecho ilimitado en cuanto a la sociedad anónima mexicana a pesar de que a diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada mexicana, respecto a la cual se dispone en el artículo 73 LSM: "...Cualquiera persona que comprueba un interés legítimo tendrá la facultad de consultar este libro...", no existe disposición análoga referente a la primera. Con motivo de finalidad común del libro de los socios en estos dos tipos de sociedades preferimos una interpretación en forma de analogía frente a aquélla de un *argumentum ex contrario*.

Se debe reconocer, por una parte y, en principio, el mérito del legislador de haber creado la parte citada del artículo 73 LSM. Sin embargo, por la otra, como crítica desde el punto de vista de *lege ferenda*, no nos parece feliz la referencia a "cualquiera persona" como legitimada para pedir la vista. Sostenemos esto a pesar de que en el mismo artículo legal se requiere que dicha persona "compruebe un interés legal" al respecto, debido a que, según nuestra opinión, ningún tercero —fuere con interés comprobado o sin éste— debería te-

¹ Tal omisión legislativa existió en la ley alemana sobre sociedades por acciones hasta su reforma completa del año de 1965, y subsiste todavía en la ley austriaca análoga vigente.

² En esta forma opina Karl Schiemer "Handkommentar zum Aktiengesetz" Viena 1980, pp. 192, 193, cuyo criterio es aplicable al Derecho mexicano.

ner derecho al acceso del libro de acciones que se encuentra en la esfera reservada en forma exclusiva a los socios cuyos intereses merecen protección de discreción frente a cualquier persona extraña a la sociedad, es decir que la última no deberá informarse sobre las personas quienes sean socios y el importe de su participación en la sociedad. Para corresponder a esta finalidad interpretamos el requisito de comprobar el "interés legítimo" de no socios en el sentido de que tales personas jamás tendrán la facultad de ver todo³ el libro sino solamente la parte⁴ respecto a la cual exista este interés, por ejemplo las inscripciones relativas al presunto enajenante de acciones sobre las cuales quiere informarse el futuro adquirente en ocasión de las gestiones precontractuales. Por lo que se refiere a accionistas ya existentes o a personas en cuyo favor ya se haya solicitado su inscripción como nuevo titular o adquirente de acciones, existe, según nuestra opinión, el derecho a la vista siempre en forma completa, es decir en cuanto a todo el contenido del libro y sin comprobación adicional de existencia de *interés legítimo* dado que su carácter de accionista ya implica por sí mismo tal interés que únicamente se demostrará a través de otras circunstancias concretas por terceros (no accionistas). El derecho a la vista no incluye aquél de exigir a la sociedad copias⁵ y solamente podrá ser ejercido durante horas hábiles en las oficinas de la sociedad.⁶ Podrán servirse los accionistas de apoderados para la vista, pero tiene la sociedad al derecho de no admitirlos en los casos en que ellos abusen evidentemente el carácter de apoderado con el objeto de informarse sobre aspectos personales de otro accionista en la misma sociedad, por ejemplo para obtener datos informativos relativos a la preparación de un embargo de acciones o descubrir circunstancias competitivas. Creemos que la sociedad emisora tiene en este aspecto la obligación de proteger a sus accionistas por medio de no admisión de vista.

Por lo que se refiere a la función y relevancia de la inscripción como accionista⁷ en el libro comentado, se debe estrictamente distin-

³ El derecho a la vista ilimitada en el libro corresponde, según mi opinión, solamente a los accionistas.

⁴ Esta diferenciación entre vista completa y parcial se desarrolló en Austria. Vea notas 2 y 3.

⁵ En el mismo sentido Barz en "Aktiengesetz, Grosskommentar", Berlin, Nueva York, 1973, Par. 67, apartado 12, cuya opinión es aplicable al Derecho mexicano donde se destaca por medio de disposiciones legales expresas (artículo 173 LSM) la existencia del derecho a la entrega de copias, si en un caso concreto se reconoce tal derecho en forma adicional a aquél de tomar vista.

⁶ Barz, *ob. cit.*, en la nota 5, cuyo criterio es aplicable al Derecho mexicano.

⁷ No se inscribirán en el libro de acciones actos jurídicos distintos de la adqui-

guir entre el acto de adquisición de la acción por una parte, y la inscripción correspondiente, por la otra.⁸ Dicho acto es el único hecho generador para causar la adquisición entre sus partes, que se origina en tal forma independiente de su inscripción, mientras que ésta crea solamente efectos de dicha adquisición frente a la sociedad emisora (artículo 129 LSM) y a terceros⁹ (artículo 24 LTOC en relación con el Artículo III LSM). Aceptamos desde el punto de vista de *lege lata* la aplicación del artículo 24 LTOC en el sentido de tal inclusión de "terceros", pero lo consideramos de *lege ferenda* como no acertado, debido a que la función del libro se limita, como hemos dicho, a los intereses de la sociedad emisora y a aquéllos de los socios en lo personal y no tiene nada con "terceros". El legislador comete así una confusión entre los registros *públicos*, que sí sirven en favor de terceros, el público, y el libro de acciones, el último como instrumento societario establecido para fines limitados a la sociedad y sus socios. Tal confusión se destaca con acento todavía más ostensible en el artículo 73 LSM donde se dice en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, que la transmisión de partes sociales "no surtirá efectos respecto a *terceros* sino después de la inscripción". En esta redacción se cristaliza la terminología habitualmente aplicada para determinar la trayectoria funcional de registros públicos.¹⁰

Sin perjuicio de la diferenciación conceptual y estática entre acto de adquisición de acciones y la inscripción correspondiente, se presenta funcionalmente cierta liga práctica entre estos dos conceptos, debido a que la inscripción registral requiere la comprobación previa de la transferencia de la acción respectiva. La Ley General de Sociedades Mercantiles no contiene norma alguna relativa al grado y forma de tal comprobación,¹¹ motivo por el cual se aplicará al respecto en forma análoga lo dispuesto en el artículo 39 LTOC.¹²

sición de la propiedad sobre acciones, como prenda o usufructo, como expndremos más adelante.

⁸ Existió una confusión al respecto en tiempo remoto en la jurisprudencia de la Suprema Corte alemana, como dice Barz en la obra citada en la nota 5, Par. 67, apartado 13.

⁹ Nos referiremos más adelante al concepto de tales "terceros".

¹⁰ *p.e.*, el artículo 3007 del Código Civil del Distrito Federal, artículo 26 del Código de Comercio.

¹¹ Como sí lo establecen el artículo 68 de la Ley alemana y el artículo 61 de la ley austriaca de la materia, respectivamente.

¹² Como sostengo en "La Sociedad Anónima Mexicana", México, D. F., 1982, pp. 196 y 197.

II. El alcance del Registro

El libro de acciones pertenece al tipo normativo de registros que se distingue del otro que produce únicamente efectos informativos, como por ejemplo aquellos de contabilidad. El primero —a diferencia del segundo— surte efectos jurídicos resultantes del registro mismo de modo que se puede hablar de una situación registral que puede encontrarse en contraposición a la extrarregistral. De esto podrá originarse cierta tensión entre estas dos situaciones. Los registros con efectos únicamente informativos no podrán causar propia situación jurídica y sirven para el jurista solamente para fines probatorios.

Desde este punto de vista básico-conceptual, cualquier registro de tipo normativo surte efectos constitutivos, debido a que la relevancia de una situación registral en oposición a una extrarregistral descansa en dicho efecto constitutivo de registro. Si el artículo 3008 del Código Civil para el Distrito Federal dispone "la inscripción de los actos o contratos en el registro público tiene efectos declarativos", efectos éstos que entendemos como no constitutivos sino únicamente publicitarios, no corresponde tal declaración del legislador a los principios anteriores ni a otras normas contenidas en el cuerpo de la misma obra legislativa según cuyo artículo 3007 "los documentos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de terceros", de lo cual resulta en relación con los artículos 2266 y 3007 del Código Civil para el Distrito Federal que una escritura pública de compra-venta registrada en el Registro Público de la Propiedad surte efectos en favor del comprador que haya adquirido de buena fe el inmueble respectivo de su propietario inscrito a pesar de que la propiedad sobre el mismo objeto se haya transmitido con anterioridad a dicha adquisición, por el propietario inscrito a otra persona no registrada. En este ejemplo se trata de un efecto constitutivo del registro dado que la adquisición de la propiedad por dicho segundo adquirente de buena fe se justifica únicamente por efectos registrales (artículos 2266 y 3007) en relación con la omisión del registro del primer adquirente concurrente en contraposición a la situación extrarregistral basada en los artículos 2249 y 2014 del mismo Código, según los cuales el último ya obtuvo la propiedad por la celebración de la compra-venta (situación extrarregistral). Sin perjuicio de la sistematización anterior se presenta una diferencia de grado, y no de concepto, respecto a la extensión de los efectos registrales constitutivos aludidos. Éstos pueden ser muy amplios y en gran medida prevalecientes a situaciones extrarregistrales, como es por ejem-

plo el caso en los Derechos alemán y austriaco (artículo 873 Código Civil Alemán y artículo 431 Código Civil Austriaco) en los cuales para la transferencia de la propiedad por negocios jurídicos sobre inmuebles se requiere la inscripción registral, por una parte, o más limitados, como es según lo anterior, el caso del Código Civil del Distrito Federal, por la otra.

Precisamente esta restricción gradual en la última obra legislativa fue el motivo para la redacción conceptualmente no justificada del artículo 3008 antes citado, que se excedió desde una consideración de grado a una negación de principio. Dentro de los efectos constitutivos de situaciones registrales distinguimos entre dos variantes. Según la primera, situaciones registrales prevalecen frente a la extrarregistral únicamente en favor de terceros *de buena fe*, como es el caso de los artículos 26 y 29 del Código de Comercio, mientras que de conformidad con la segunda variante, cualquier persona, sea de buena o mala fe, podrá apoyarse en la situación registral frente a la extrarregistral, por ejemplo falta de validez de fusiones, transformaciones o cancelaciones de sociedades, si estas operaciones no están inscritas en el Registro de Comercio. Tal diferenciación tiene los siguientes motivos: En los primeros casos el punto de partida es el carácter predominantemente publicitario del registro que se eleva a efectos constitutivos solamente para proteger la confianza de terceros de buena fe basada en el carácter completo (artículo 26 del Código de Comercio) o correcto (artículo 29 del Código de Comercio) del registro, en tanto que respecto al segundo grupo, la ley misma establece el requisito de la inscripción en forma concreta y especial (artículos 223, 227, 242, fracción VI, respecto a fusión, transformación y cancelación de sociedades, respectivamente) para la perfección de la operación correspondiente de modo que tal inscripción registral forma un supuesto para la validez o perfeccionamiento del negocio y no se limita a la protección de terceros de buena fe.¹³

Por lo que se refiere al registro de acciones, se podrá apartarse de cualesquiera ideas relativas a la protección de confianza de terceros, como resulta de sus finalidades referidas en la parte anterior (Generalidades del Registro), es decir de que el libro de acciones sirve para facilitar y asegurar la actuación corporativa de la sociedad emisora frente a sus accionistas y para informar los mismos respecto a sus accionistas. Precisamente por esto se excluye cualquier diferen-

¹³ Nos referimos a estos casos de inscripciones registrales con efecto constitutivo específico, en nuestro trabajo "La relación entre las esferas corporativa y externa de la sociedad anónima", México, D. F., 1982, p. 656.

ciación entre buena o mala fe de personas quienes se apoyen en datos contenidos en el libro de acciones.

La ponderación entre los efectos registrales del libro de acciones y la situación extrarregistral, es el objeto del presente trabajo.

1. PREVALENCIA DEL REGISTRO

a) Anulación de adquisición de acciones

El acto mencionado podrá ser anulado con motivo de una causal de nulidad que afecte a una enajenación de acciones, por ejemplo un vicio de voluntad. Sin embargo, con anterioridad a la sentencia anulatoria judicial, que tiene efecto constitutivo, es decir que la anulación requiere resolución judicial y no opera, a reserva de excepciones, de oficio,¹⁴ por una parte, y produce resultado retroactivo (artículos 2226 y 2239 del Código Civil del Distrito Federal), por la otra, podrá estar inscrito en el registro de acciones durante el proceso de anulación el adquirente correspondiente. Se plantea así la cuestión relativa al tiempo que transcurre entre la inscripción y la anulación referidas, dentro del cual el adquirente registrado hubiera adquirido dividendos y ejercido derechos de accionista, por ejemplo el voto en asambleas de accionistas.

Dado el efecto anulatorio retroactivo mencionado, resultante del Derecho Civil, se podría pensar en una desaparición —también retroactiva— de los actos corporativos realizados por el adquirente de acciones con anterioridad a la anulación judicial de referencia.

Opinamos en contraposición a lo anterior que la retroactividad de la anulación, como concepto básico del Derecho civil, deberá ser pospuesta frente a las circunstancias específicas de la esfera corporativa de la sociedad emisora de las mismas acciones. El funcionamiento de su organización corporativa se opone a esta cancelación retroactiva del adquirente de las acciones, debido a que ésta podría causar una perturbación inadmisibles en la esfera corporativa, por ejemplo la nulidad de resoluciones tomadas por asambleas de accionistas en las cuales hubiere votado en un grado relevante para el resultado de la votación bien a aportaciones exhibidas en favor de la emisora por el accionista inscrito y posteriormente cancelado. Como sostiene Barz¹⁵ en forma

¹⁴ Jurisprudencia 239 (quinta época) p. 752, sección primera, volumen Tercera Sala, apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965, Edición Mayo. Act. I, Civil, México, D. F., 1967, tesis 1647, p. 822.

¹⁵ Barz, *ob. cit.*, Par. 67, apartado 17.

aplicable al Derecho mexicano, la cancelación referida jamás surte efectos retroactivos y tampoco en los casos en que de la sentencia anulatoria resulte claramente cierta fecha anterior del acto de adquisición anulado. Según este comentarista, cuya opinión comparto, la cuenta retroactiva se hará exclusivamente entre adquirente y enajenante de la acción, por ejemplo la entrega de dividendos percibidos o la compensación de aportaciones exhibidas. Por la otra parte, los efectos de votación del adquirente de acciones registrado y posteriormente cancelado, continúan en forma incorregible frente a la sociedad. Si la cuenta interna retroactiva no puede realizarse, se podrá pensar en una responsabilidad de los titulares de los órganos de administración de la emisora en los casos en que aquéllos no hayan rechazado la inscripción del adquirente en situaciones de manifiesta injustificación de su inscripción, por ejemplo falsificación evidente de la firma del endosante de la acción.

El efecto comentado de no retroactividad de cancelación registral será aplicado independientemente del hecho si la anulación ha sido pedida y obtenida por el enajenante o el adquirente de la acción.

Lo anterior vale en la misma forma en los casos de inexistencia de actos de adquisición de acciones, por ejemplo por falta de consentimiento entre las partes (artículos 1794, 1803, 2224 del Código Civil del Distrito Federal), como falsificación de la firma de endosante de los títulos respectivos. Como consecuencia de la no retroactividad de la cancelación mencionada de la inscripción registral resulta también que el adquirente inscrito responderá a la emisora según el artículo 117 LSM en su carácter de exaccionista en tanto que cualquier adquirente no inscrito de acciones documentadas jamás está sometido a tal responsabilidad.

La Suprema Corte alemana resolvió el 10 de mayo de 1982 en el asunto II ZR 89/81,¹⁶ en el sentido antes expuesto de la legitimación activa y pasiva del accionista registrado y posteriormente cancelado. Esta resolución es aplicable al Derecho mexicano.¹⁷

Como modo de solución práctica en favor del enajenante o adquirente de acciones, respectivamente, quien pretenda también frente a la emisora la anulación con efectos retroactivos, podría pensarse quizás en la posibilidad de que al mismo tiempo de su demanda de anulación del acto de adquisición de la acción, se demande a la emisora con el objeto de que se anule además la inscripción del acto men-

¹⁶ Publicada en NJW, 1982, p. 2822.

recho alemán y la incluimos para el objeto de este trabajo en su parte aplicable a

¹⁷ La resolución se refiere a una sociedad de responsabilidad limitada del Derecho alemán y la incluimos para el objeto de este trabajo en su parte aplicable a la sociedad anónima mexicana.

cionado, caso en el cual la emisora nos parece sometida a efectos anulatorios de la sentencia judicial retraídos al tiempo del entablamiento de la demanda.

b) *Disolución efectuada por mutuo acuerdo del acto de adquisición de acciones*

Partiendo de los criterios anteriores no son admisibles efectos retroactivos de dichos convenios de disolución, frente a la emisora cuya posición frente al accionista inscrito —inclusive su responsabilidad como exaccionista según artículo 117 LSM— no podrá ser afectada en manera alguna por dichos efectos que se pacten entre las partes enajenante y adquirente de un negocio anterior de transmisión de acciones con el objeto de suprimirlo. Además se requiere el consentimiento de la emisora a tal disolución según el artículo 130 LSM si se trata de acciones sometidas según los estatutos a este artículo legal.

c) *Incapacidad de la emisora de obtener inscripciones de oficio*

La emisora no tiene derecho alguno de que inscriba al adquirente de acciones en el libro de las mismas sin que exista debida petición al respecto. Para con la sociedad será siempre accionista la persona inscrita como tal (artículo 129 LSM) indistintamente si la emisora sabe o no de una enajenación aún no solicitada para su registro. No tienen relevancia diferenciaciones en cuanto a buena o mala fe de la sociedad al respecto. Esta situación podrá ser económicamente desfavorable para la sociedad tomando en consideración que el adquirente de una acción no pide su inscripción de modo que su posible solvencia económica conveniente para el interés de la sociedad en cuanto a la exhibición de aportaciones restantes, no entra en lugar del enajenante de la misma acción económicamente no interesante para la emisora. Ésta podrá solamente esperar que el adquirente sea motivado a la petición de su registro por su interés en obtener la legitimación para el ejercicio de sus derechos como accionista inscrito en el libro de acciones. Esta falta de facultad de iniciativa de la sociedad se distingue de su derecho previsto en el artículo 122 LSM según el cual ella podrá pedir el nombramiento judicial de un representante común de "varios propietarios de una misma acción."¹⁸

¹⁸ En el artículo 67 de la Ley alemana no se prevé tal facultad de iniciativa y se autoriza solamente a la sociedad, para que haga sus notificaciones a cualquier persona de los copropietarios de la acción.

d) *Los "terceros"*

El artículo 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles del año 1934 se refiere la sociedad emisora que "considerará como dueño de las acciones, a quien aparezca inscrito como tal en el registro" de acciones, con lo cual se limita a la emisora de acciones. Pero el artículo 24 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del año 1932 incluye aparte de la emisora "los terceros" contra los cuales "ningún acto u operación referente al crédito surtirá efectos", "si no se inscribe en el registro", precepto éste que a través de su texto parece aplicable a acciones nominativas sometidas según el artículo 129 antes referido a inscripción en el libro de acciones. Se plantea, por lo tanto, la cuestión si se incluyen dichos terceros en el radio de acción de inscripción registral o, con otras palabras, si frente a otra persona distinta de la emisora, el accionista para ser legitimado como tal necesita su inscripción en el libro de acciones. Como tales personas podrán entrar en consideración como ejemplos usufructuarios o acreedores prendarios en relación con acciones, o sujetos implicados en controversias de reivindicación o cancelación de acciones.

Opinamos que se aplicará lo dispuesto en el artículo 23 LTOC a pesar de que es la norma anterior frente a la Ley General de Sociedades Mercantiles debido a que al artículo 129 LSM no muestra frente al artículo 24 LTOC un efecto derogatorio. Nuestra afirmación anterior relativa a la inclusión de "terceros", no la sostenemos en casos excepcionales como es por ejemplo el reconocimiento de la legitimación activa del peticionario de reivindicación o cancelación de acciones quien nos parece legitimado no obstante la falta de su inscripción registral, ya que¹⁹ es prácticamente insostenible de que se cierre con motivo de falta de inscripción, en un caso concreto por medio de fijación de requisito de inscripción, a la persona que haya perdido su título de acción por factores insuperables, como un robo, el camino de su recuperación directa o indirecta a través de reivindicación o cancelación, respectivamente. Una interpretación gramatical apoyada en el texto del artículo 29 LSM no correspondería a la finalidad del mismo y del artículo 24 LTOC y sería incompatible con las metas de las instituciones legales de reivindicación y cancelación. Los últimos artículos deberán ser interpretados, por lo anterior, en forma restrictiva en el sentido expuesto.

¹⁹ Frisch Philipp "La Sociedad Anónima Mexicana", México, D. F., 1982, pp. 215 y 217.

e) *La responsabilidad del exaccionista* (artículo 117 LSM)

Según este artículo, "los subscriptores y adquirentes de acciones pagadoras serán responsables por el importe insoluto de la acción durante cinco años, contados desde la fecha del registro de traspaso...".

De esto resultan las siguientes dos consecuencias:

1) Un exaccionista no inscrito en el libro de acciones no está sometido a dicha responsabilidad, como se infiere del artículo 129 LSM que fija como supuesto de la legitimación pasiva del accionista frente a la emisora la inscripción del mismo, a no ser que no se hayan documentado sus acciones, caso último en el cual sí existe su responsabilidad durante 5 años a partir del traspaso de su propiedad sobre las acciones.²⁰

2) El transcurso del plazo legal de cinco años no comienza ya con la entrega del aviso a la emisora relativo a la transferencia de la propiedad sobre la acción, sino hasta con "la fecha del registro de traspaso". Esto puede conducir a una extensión inconveniente e injustificada del tiempo de responsabilidad en contra de los intereses del exaccionista, si la sociedad deja transcurrir mucho tiempo entre la recepción del aviso y el registro correspondiente. Es preferible, por lo tanto, que se determinara en la Ley el inicio del transcurso del plazo ya con la entrega del aviso. Debido a que la inscripción del nuevo accionista requiere la previa comprobación de la adquisición de la acción, nuestra proposición anterior deberá entenderse en el sentido de que el registro no se haga de inmediato con la sola petición del traspaso sino una vez verificado el mismo, pero de conformidad con nuestra propuesta, para el inicio del plazo previsto en el artículo 117 LSM se debería disponer en el mismo la fecha de la entrega de la petición del traspaso dado que en el caso de verificación positiva se aplicará la fecha de la entrega del aviso. Esto corresponde a los artículos 65 y 59 de las leyes alemana y austriaca de la materia, respectivamente.

f) *Falta del libro de acciones*

Si se han emitido títulos de acciones, la falta del libro referido conduce a la falta de las legitimaciones activa y pasiva del accionista (artículo 129 LSM). Esta consecuencia a cargo del accionista aun cuando causada por un motivo no imputable a él, es decir la falta del libro, se justifica por medio de que aquél tiene el derecho individualmente ejercitable de demandar a la sociedad con el objeto de que ésta

²⁰ Braaz, *ob. cit.*, Par. 65, apartado 2.

inicie y lleve el registro mencionado. Dividendos repartidos deberán consignarse judicialmente en este caso.

g) *Falta de la inscripción registral de la acción respectiva*

También en esta situación se origina la falta de legitimación referida en el inciso anterior, tomando en consideración que el accionista cuya acción no esté registrada como tal, tendrá el derecho de exigir a la emisora la inscripción registral de dicha acción.

h) *Omisión de la inscripción de accionista*

Suponemos en esta relación que la acción respectiva se encuentra inscrita en el libro de acciones y se omitió la petición del registro del traspaso.

Como consecuencia legal de lo anterior faltan las legitimaciones activa y pasiva del accionista que haya adquirido la acción, y la sociedad podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones existentes a cargo de accionistas (exhibición de aportaciones faltantes) al socio inscrito a pesar de que éste ya haya endosado y entregado su acción al adquirente no inscrito de la misma. Pero, por lo que se refiere al ejercicio de los derechos de accionistas (votar en asambleas, percibir dividendos y hacer uso del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones según el artículo 132 LSM), se requiere aparte de la legitimación basada en la inscripción registral además la exhibición del título correspondiente (artículos 17 LTOC, 111 LSM), con lo cual el accionista registrado ya no podrá cumplir, si él ya ha entregado o endosado el título de acción al adquirente de la misma, caso en el cual no habrá persona legitimada alguna para ejercer el derecho basado en la acción respectiva y se consignarán judicialmente por la emisora dividendos repartidos que corresponden a la acción respectiva.

Se debe distinguir de la situación arriba planteada la otra consistente en que a pesar de debida petición de registro de traspaso se demora indebidamente o se omite, respectivamente, la inscripción del mismo. En tal caso podrá demandarse a la emisora la inscripción.

2. PREVALENCIA DE LA SITUACIÓN EXTRARREGISTRAL

a) *Reivindicación y cancelación de acciones*

Como ya expusimos en el inciso d) de la sección anterior, es insos-

tenible que se exija al propietario de una acción su registro para que pueda hacer valer sus derechos relativos a la reivindicación o cancelación, respectivamente, de la acción correspondiente. Es suficiente, por lo anterior, que pruebe en otra forma su titularidad relacionada con la acción.

b) *Incorrectitud de la situación registral*

Pequeñas correcciones extrínsecas, que pueden referirse a defectos de inscripciones existentes desde el principio, como faltas ortográficas en el modo de escribir el nombre del accionista, o con motivos de cambios posteriores, por ejemplo cambio del domicilio del accionista, podrán hacerse en cualquier momento por la emisora, sea de oficio o a petición del interesado. Pero tales correcciones jamás podrán conducir a que se modifique o ponga en duda la identidad del accionista o de sus acciones inscritas. Si se han "cruzado" equivocadamente inscripciones registrales, por ejemplo el accionista A fue incorrectamente inscrito como titular de las acciones X y el accionista B fue registrado por el mismo error como propietario de las acciones Z en tanto que correctamente a A corresponden las acciones Z y a B las acciones X, la emisora podrá también en esta situación hacer rectificaciones en la vía corta mencionada, cuando sea evidente tal error extrínseco.

Si se obtuvo por el adquirente de acciones registrado o el exaccionista enajenante, por medio de sentencia judicial la anulación del acto de transmisión de la propiedad sobre dichas acciones, cualquiera de los dos podrá exigir a la emisora exhibiendo esta sentencia la rectificación del libro de acciones a través de la inscripción del enajenante y la cancelación del adquirente, que, sin embargo, no se efectuará retroactivamente sino con la fecha de inscripción correspondiente.

La emisora no está facultada para que ella rectifique el registro de conformidad con la situación extrarregistral, es decir adaptándolo a ésta con el objeto de que se inscriba una compraventa de acciones no avisada a la sociedad, debido a que la sociedad deberá esperar hasta que se haga el aviso.

Si se inscribió en el registro de acciones una persona como accionista que en verdad no lo es, por ejemplo un sujeto distinto de aquel que aparece como endosatario de la acción, podrá hacerse su cancelación retroactiva con el consentimiento del enajenante de la acción, del inscrito como accionista y de la emisora o, en su falta, con base en una sentencia judicial pronunciada en un proceso en el cual hayan participado estos tres sujetos. En el caso de tal cancelación retroactiva

no responderá la persona cancelada como exaccionista según el artículo 117 LSM.

Personas a las cuales corresponden derechos distintos de la propiedad en relación con una acción, por ejemplo usufructuarios o acreedores prendarios, podrán hacer valer sus derechos como coadyuvantes según el artículo 21 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal o disposiciones análogas en otros ordenamientos procesales civiles locales. Esta facultad existe independientemente si los titulares de dichos derechos estén inscritos o no en el registro, dado que éste no está previsto para la inscripción de derechos distintos de la propiedad sobre acciones, como expondremos más adelante.

c) *Cuestiones sucesorias*

En el caso de defunción de accionista inscrito en el libro de acciones, se plantea la cuestión relativa a la posición jurídica de la sucesión del difunto y de sus herederos frente a la sociedad en relación con la inscripción posiblemente subsistente del accionista autor de la herencia o, con otras palabras, la divergencia entre la situación extrarregistral (adjudicación de la herencia), por una parte, y la registral (subsistencia de la inscripción del autor de la herencia), por la otra. Opinamos²¹ que en tal posición prevalece la situación extrarregistral por medio de la cual se complementa la registral, en la siguiente forma:

Durante el tiempo de la inscripción subsistente del accionista difunto, la sucesión del mismo tendrá legitimación activa y pasiva frente a la emisora hasta el momento de la adjudicación de la herencia. Continúa así la sucesión en la misma forma como el accionista difunto. Una vez adjudicada la herencia y a pesar de la subsistencia de la inscripción mencionada, el o los herederos entran con motivo de su posición sucesoria extrarregistral funcionalmente como sucesores generales en lugar del accionista inscrito, respecto a derechos y obligaciones del mismo. En relación con las últimas se limita, sin embargo, su responsabilidad según el artículo 1284 del Código Civil del Distrito Federal. Por la otra parte, tal legitimación es solamente funcional y no conduce automáticamente a su inscripción. Para ésta se requiere la petición correspondiente por los herederos.

Si ellos hacen esta petición en la fecha de la adjudicación o posteriormente —no es admisible tal aviso con anterioridad a la adjudica-

²¹ Nuestra siguiente opinión contiene precisión y ampliación de nuestro criterio anterior, expresado en la p. 196 de "La Sociedad Anónima Mexicana", México, D. F., 1982.

ción—, tendrán no solamente una legitimación funcional a nombre del autor de la herencia inscrito, como sucesores generales del mismo, sino actuarán a propio nombre como accionistas, pero con el derecho de apoyarse también en este caso en la limitación de su responsabilidad según el artículo 1284 mencionado. La aplicación de este artículo legal causará la reducción del capital social correspondiente con base en lo dispuesto en la parte final del artículo 121 LSM interpretado *per analogiam*.

d) *Actos distintos de la adquisición de la propiedad sobre acciones, como la pignoración o el usufructo de las mismas*

Según los principios generales²² y lo dispuesto en los artículos 128 y 129 LSM se inscribirá en el libro de acciones únicamente la propiedad sobre las mismas, y no otros derechos como prenda o usufructo. Consideramos los artículos 24, 334, fracción II LTOC relativos a la inscripción de la prenda como derogados por los artículos 128 y 129 LSM que establecen en forma exclusiva dicha propiedad como objeto de inscripción registral, con base en lo cual nos parece la existencia de un efecto derogatorio por parte de la LSM del año 1934 frente a la LTOC del año 1932.²³

Dada la inadmisibilidad de inscripciones de derechos distintos de la propiedad sobre acciones, un registro de los últimos nos parece sin efectos, motivo por el cual prevalece en esta relación la situación extrarregistral que nos dará en un caso concreto la base para constatar existencia y contenido de estos derechos. Nos apartamos de nuestro criterio anterior ("La Sociedad Anónima Mexicana", 2ª edición, págs. 210 y 211, nota 103), según el cual sí consideramos como inscriptibles los derechos prendarios.

e) *Falta de documentación de acciones*

Si no se han emitido títulos de acciones, sea en forma de certificados provisionales o de títulos definitivos, no existirá obligación de la sociedad de llevar libro de acciones. Este principio general²⁴ encuentra su expresión en el artículo 128, fracción I del artículo 128 LSM

²² Schiemer, *ob. cit.*, p. 192.

²³ La existencia de este efecto derogatorio descansa en el carácter acentuadamente exclusivo de la propiedad sobre acciones como objeto del registro (artículo 129 LSM) mientras que "la sociedad" mencionada en el mismo artículo no tiene tal carácter exclusivo y derogatorio frente a "los terceros" del artículo 24 LTOC.

²⁴ Schiemer, *ob. cit.*, p. 192 y Barz, *ob. cit.*, Par. 67, apartado 4.

según la cual se inscribirán también "los números" de las acciones, que no es posible respecto a acciones no documentadas máxime que éstas son solamente derechos y, por lo tanto, cosas no corpóreas (artículos 754, 755 del Código Civil del Distrito Federal), que por esencia no podrán ser enumeradas, posibilidad ésta que se ofrece solamente a partir del momento en que existan documentos de acciones, documentos éstos que, como cosas corpóreas, sí podrán ser enumerados.

Si en tales circunstancias no existe libro de acciones, la titularidad sobre los mismos se considerará en forma extrarregistral.

Sin embargo, si se lleva a pesar de falta de documentación de acciones un registro de las mismas, las inscripciones surten efectos jurídicos.

f) *La simulación y el in fraudem legis agere*

Desde un punto de vista general, la simulación consiste en que entre los sujetos participantes en el acto objeto de la misma existe acuerdo en el sentido de que uno o varios de ellos actúen solamente en forma aparente, es decir sin que asuman obligaciones ni adquieran derechos que correspondan al mismo acto (artículos 2180 y siguientes del Código Civil del Distrito Federal), y que actúen, de conformidad con tal acuerdo, solamente según las formas legalmente previstas para el acto respectivo, por ejemplo adquieren una acción según la formalidades legales necesarias sin que en verdad entren en la posición efectiva de accionista con los derechos y obligaciones inherentes a esta relación jurídica.

A diferencia de lo anterior, en el caso de actuar *in fraudem legis* se opera realmente y se ejecuta el negocio jurídico correspondiente en forma efectiva, pero se hace esto con el objeto de obtener así un efecto económico prohibido por la ley, es decir que según ésta no podrá ser alcanzado en forma directa, con otras palabras, se efectúa un negocio de desviación para obtener un efecto económico cuya adquisición a través del negocio directo está prohibida; por ejemplo, un sujeto no extranjero adquiere una acción, paga en verdad el precio respectivo y ejercita realmente todos los derechos correspondientes, pero todo esto por cuenta y según órdenes de otra persona extranjera que según la ley no puede adquirir en forma directa y abierta la misma acción y que así goza a través del negocio de desviación en forma económica la posición de accionista. En el caso de actuación *in fraudem legis* no se requiere acuerdo sobre tal fraude entre todos los participantes,

quienes en este ejemplo no solamente serían el adquirente de la acción y su mandante oculto, sino también el enajenante de la misma.

Para la actuación *in fraudem legis* no se necesita un acuerdo tan completo sino sólo un interno entre los participantes en el fraude (el adquirente de la acción y su mandante oculto) o ningún acuerdo en el caso de que la actuación *in fraudem legis* se efectúe por una sola persona sin colaboración con otra, por ejemplo un extranjero renta un inmueble para gozarlo y evade así una prohibición legal de adquirirlo en propiedad. Un fraude a la ley existe, sin embargo, solamente en los casos en que se pueda interpretar la prohibición legal del negocio directo en tal grado que ella contenga implícitamente también una prohibición del negocio de desviación.

En aplicación de los conceptos expuestos en forma general resulta para el tema de este trabajo, lo siguiente:

Si la inscripción registral de un accionista se hizo en forma simulada de acuerdo entre el accionista inscrito y la emisora, ni ésta ni aquél podrá apoyarse en tal inscripción *simulada* para hacer valer derechos basados en dicho acto simulado de inscripción (artículo 2182 del Código Civil del Distrito Federal). Si variamos este caso de simulación absoluta en la figura de la simulación relativa en el sentido de que según el acuerdo de simulación ésta se hizo con el objeto de que se disimulara así "atrás" del inscrito otra persona como verdadero accionista, la persona disimulada, no inscrita en el libro de acciones, y solamente la última, tendrá frente a la emisora la posición de accionista (artículos 2181 y 2182 del Código Civil del Distrito Federal), que requiere, sin embargo, que el negocio disimulado sea válido. En las situaciones anteriores tendrán preferencia las consecuencias legales de simulación frente a la legitimación de accionista inscrito y, con esto, la situación extrarregistral a la registral.

Como ejemplo de actuación *in fraudem legis* pensamos en la situación que según acuerdo interno, en el cual no participa la emisora, efectuado entre el accionista inscrito en el libro de acciones y su mandante oculto por cuya cuenta opera dicho accionista, se viola una norma legal prohibitiva, con lo cual la actuación del accionista referido tiene carácter *in fraudem legis*. En tal situación se aplicará lo dispuesto en el artículo 129 LSM según el cual la persona registrada tendrá frente a la emisora la posición de accionista hasta que se anule por sentencia judicial el acuerdo entre el inscrito y su mandante oculto y desaparezca como consecuencia de lo anterior el primero de los dos.

g) *Abuso del derecho*

Mientras que en los casos de simulación y de *fraudem legis agere* muchas veces la ocultación es un elemento utilizado por las partes, el abuso del derecho (artículo 1912 del Código Civil del Distrito Federal) se efectúa en forma abierta por medio de que se ejercita un derecho a fin de causar un daño, sin utilidad para el titular del derecho, situación ésta que se prohíbe por la disposición legal citada.

No se considerará como tal abuso prohibido, el caso de que la emisora sepa de que la persona inscrita como accionista ya no tenga extrarregistralmente tal carácter debido a la venta de su acción, que, sin embargo, no se inscribió en el libro de acciones. La sociedad podrá apoyarse en la situación registral y pasar por alto la extrarregistral, para cuyo objeto no se requiere buena fe alguna de la sociedad de modo que su información sobre la venta de la acción no tiene relevancia alguna en esta relación.

Otra cosa sucede, empero, si el adquirente de una acción pidió a la emisora el registro como nuevo accionista y ésta dilata la inscripción sin motivo alguno y en los términos del artículo 1912 del Código Civil del Distrito Federal. En esta situación subsiste todavía la inscripción del enajenante de la acción quien registralmente parece como legitimado frente a la emisora. Pero se podría pensar en estas circunstancias que prevalece la situación extrarregistral, es decir, la legitimación del aquirente de la acción.

h) *Falta de la petición correcta de la inscripción*

Si se hizo una inscripción sin la petición correcta, por ejemplo, de oficio, por una persona no legitimada o por el adquirente de acción a pesar de su minoría de edad sin intervención de su representante legal, se cancelará de oficio y con efectos retroactivos o a petición de parte, dicha inscripción y cualquier persona podrá apoyarse en la inexistencia de la misma inscripción incluso con anterioridad a su cancelación mencionada.

Todo lo anterior se refiere únicamente al caso que el defecto consista en un aspecto formal de la inscripción, pero no incluye las otras situaciones en las cuales el negocio de adquisición de acciones haya sido defectuoso, que tratamos en el inciso relativo a la "Anulación de adquisición de acciones", ni aquéllas de que se haya inscrito como accionista una persona que en verdad no lo es, por ejemplo un sujeto distinto de aquel que aparece como endosatario de la acción, casos

en los cuales se procederá en los términos de lo expuesto en el inciso "Incorrectitud de la situación registral" por medio de cancelación registral retroactiva, si el adquirente de la acción, su enajenante y la emisora están de acuerdo o, si falta el último, a través de cumplimiento con sentencia judicial relativa a la corrección de la situación registral. Esta sentencia se pronunciará en un proceso en el cual hayan participado los tres sujetos referidos.

III. EVALUACIÓN DE LO ANTERIOR

La disposición consistente en que "la sociedad considerará como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro" de acciones, establecida en el artículo 129 LSM, encuentra como excepciones los casos expuestos en el subcapítulo relativo a la prevalencia de la situación extrarregistral. Por lo demás ella funciona prácticamente como una presunción legal irrefutable (*juris et de jure*) entre el enajenante de la acción, su adquirente, la emisora y terceros (los últimos según el artículo 24 LTOC).

IV. OBSERVACIONES A LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES

1. Es inconveniente lo dispuesto en el artículo 117 LSM, según el cual el plazo de 5 años previsto para la responsabilidad de exaccionistas comienza a correr "desde la fecha del registro de traspaso" de la acción, ya que debería preceptuarse su inicio con la fecha de la entrega de la solicitud correspondiente en la cual se pida tal traspaso.

2. Se debería destacar en forma expresa en el artículo 117 LSM que únicamente exaccionistas que *aparecen como tales en el libro de acciones*, responderán en los términos de este artículo legal.

3. Se debería precisar y ampliar en el artículo 129 LSM la legitimación de pedir inscripciones registrales en el sentido de que también al accionista enajenante corresponda dicha legitimación, que tiene su motivo en que éste pueda intervenir para que se inicie lo más pronto posible el transcurso del plazo de 5 años previsto para su responsabilidad.

4. Se deberían fijar en el artículo 129 LSM en forma expresa los límites dentro de los cuales la emisora está facultada y obligada, respectivamente, para verificar el cumplimiento con los supuestos para inscripciones en el libro de acciones.

5. Se debería definir en forma expresa en el artículo 129 LSM, tomando en consideración su relación con el artículo 24 LTOC, si efec-

tos registrales existen únicamente frente a la emisora o también frente a terceros, máxime que nuestras exposiciones anteriores al respecto son únicamente un intento de encontrar una interpretación en la situación legal actual.

6. Se debería definir en forma expresa en el artículo 128 LSM, tomando en consideración su relación con el artículo 334, fracción II LTOC, si la constitución de prenda sobre acciones requiere su inscripción en el libro de acciones, máxime que nuestras exposiciones anteriores al respecto son únicamente un intento de encontrar una interpretación en la situación legal actual.

LA ESCUELA DE HINOJOSA

Rafael GIBERT

Ausente en la tertulia del pasado día once, no quiero dejar de enviar un saludo a quienes mantuvieron la fundada costumbre de reunirse mensualmente para tratar un tema de Historia del Derecho. He creído firmemente en la realidad de la Escuela de Hinojosa, y sigo manteniendo la misma convicción, pero me hubiera gustado escucharles a ustedes, tanto en lo que pudieran confirmar esa idea como en las objeciones que pudieran ponerle. Mi maestro don Galo Sánchez, discípulo directo de Hinojosa, decía alguna vez que no existía realmente la escuela de Hinojosa, pero pienso que ésta era una manifestación más de su negativismo superficial. Porque había consignado en su famoso *Curso*: "Hinojosa formó varios discípulos que han seguido sus orientaciones..." En seguida venía la mención del *Anuario*, y la de Díez Canseco y Sánchez Albornoz. A Hinojosa le había dedicado su tesis doctoral, en marzo de 1915, en cuyo tribunal aquél no formó, (no era catedrático de la Facultad de Derecho) sino Ureña, Altamira y Canseco, con Pío Ballesteros y Jerónimo González, insigne germanista, a cuyo *Curso de Doctorado*, como auxiliar de García Valdecasas, me fue dado asistir. Don Galo había traducido al castellano *El Elemento Germánico*, de Hinojosa, publicado unos años antes en alemán en la *Revista de Savigny*, sección germánica, de 1910. En la advertencia que precede a esta edición (1915) se hace constar que el traductor era "discípulo del autor". Por otra parte —se dijo allí— el autor la había revisado, modernizado la bibliografía y subsanado erratas y omisiones. Discípulo y colaborador, cuando Hinojosa había entrado en una prematura vejez, le vemos trabajando a su lado. De sus asistencia al seminario de Hinojosa en el Centro de Estudios Históricos ha quedado algún testimonio impreso. Hay este dato cronológico que no deja de tener interés. En febrero de 1914 Hinojosa había sufrido el primer ataque cerebral. Es muy posible que don Galo, a la sazón con veintidós años, le haya auxiliado en su última tarea, y esa publicación forma parte del piadoso encubrimiento de la inhabilitación de Hinojosa, que sabemos llevaron a cabo sus discípulos del Centro. Al fundarse en 1924, cinco años después de su

muerte, la nota preliminar, anónima, declara: "El núcleo de redactores del *Anuario*, discípulos en su mayor parte del ilustre Hinojosa e influidos todos por su manera de elaborar la Historia del Derecho, quería que resultase digno de la memoria del maestro". El cuadro de redacción que figura en la contracubierta presenta como director a Diez Canseco, el catedrático de Madrid, cuya resistencia a escribir era notoria, y al que según me contó don Galo, se impuso la energía de don Claudio Sánchez Albornoz para que redactara sus *Notas* sobre el Fuero de León, cuyas cuarenta páginas han bastado para acreditar la absoluta seriedad de su personalidad científica, sobre la cual se ha formado como una nube pintoresca. Un párrafo de ese estudio fue tomado por don Galo para su *Curso*; honor sólo compartido por Hinojosa. En 1924 se reimprime en Madrid, *Historia General del Derecho Español*. En el *Anuario* de 1926 don Galo publicó una reseña de esa segunda edición que contiene además una semblanza de la personalidad científica del maestro, sumamente elogiosa, y una acertada valoración de lo que aquel libro había significado en relación con "los retóricos y vagos resúmenes que habían circulado por las cátedras universitarias". Se registra allí el hecho de que el manual de Hinojosa se leía y utilizaba con intensidad creciente, lo que había dado lugar a esta reimpresión de un libro que hubiera necesitado actualizarse precisamente por los "descubrimientos, investigaciones y rectificaciones de los especialistas, fomentadas en parte por el impulso del mismo Hinojosa, eje del renacimiento de estos estudios entre nosotros".

De la personalidad relevante de Hinojosa y de lo que había supuesto su obra guardó don Galo un juicio inalterable. Era lógico que transmitiera a sus ayudantes y continuadores un sentimiento de respeto y de veneración. De mí puedo afirmar que esto se respiraba en el ambiente al que me incorporé hacia 1943. En abril de aquel año, Ignacio de la Concha, auxiliar a la sazón en la Cátedra de don Galo, me regaló con cierta solemnidad uno de los pocos ejemplares que estaban todavía a la venta, de la primera edición de *El Elemento Germánico*. Era como el texto fundacional de la Escuela, del que habían arrancado innumerables estudios; citar el *Elemento* era una marca distintiva. El profesor al que debo la impresión personal y directa de la existencia actual de la Escuela, con un cierto género de vinculación y de disciplina, fue don José Maldonado, el cual, por su parte, entendía y estaba convencido de que era Alfonso García-Gallo el titular primero, presente y más activo de esa Escuela, aparte del respeto y la consideración que todos tributaban a don Galo. Él realizó

muchos esfuerzos, que nunca le agradeceré bastante, por incorporarme a dicha Escuela actual (por algunos llamada microescuela), con los beneficios en orden a mi formación y promoción; esfuerzos, debo decir, alguna vez frustrados, por mi falta de docilidad, que luego he comprendido es una virtud esencialmente académica. Como una especie de legitimación tuvimos que estimar el que Maldonado y Fernández del Torco en un breve ensayo publicado en la Revista *Arbor*, pusiera nuestro nombre, junto con los de Ismael Sánchez Bella y Joaquín Cerdá, como los últimos llegados. En este breve e incisivo estudio (impreso en diciembre de 1949, cuando los tres estábamos en las oposiciones), Maldonado consignó que los historiadores del derecho españoles, reunidos hacía poco, en la Segunda Semana de la Disciplina (la primera había tenido lugar en 1943), "de nuevo habían invocado el nombre de Hinojosa al ponerse a perfilar y ampliar las orientaciones y los instrumentos metodológicos de la Escuela que les une".

Considero este breve escrito como fundamental en lo que se refiere a la delimitación del concepto de nuestra Asignatura, en cuanto a rama nueva y distinta de la Historia y del Derecho. Pero ahora interesa destacar su significado en la caracterización de la Escuela de Hinojosa, que está allí realizada con suma precisión y pulcritud.

En la "primera generación de esta Escuela" —lo que yo llamaría el primer grado de una generación— estaba constituido por Galo Sánchez, que la llevaría a la Facultad de Derecho, sin perjuicio del decisivo impulso que a sus cátedras dieron dos medievalistas: Sánchez Albornoz y Ramos Loscertales (cofundadores del *Anuario*, con Carande y Ots Capdequi). Sumamente agudo es el modo de insertar la figura de Diez Canseco: "Casi podría ser situado junto a ellos Diez Canseco, que escuchó enseñanzas de Hinojosa, pero que colocado a un lado del camino..." Sin embargo, no olvidemos que aquellos otros jóvenes no dudaron y le mantuvieron al frente del *Anuario*, y que fallecido, le despidieron en su editorial del volumen de 1930, con una apreciación de su personalidad de maestro. Allí es mencionada una necrología de Canseco por Blas Ramos, que sólo sería publicada muchos años después y constituye una magnífica semblanza. Debo añadir la charla que el Padre López Ortiz dio en la II Cátedra en 1972 (publicada en la Revista de nuestra Facultad, 1972), y que es también un documento sobre el tema de la Escuela. El arabista agustino, aplicado a la Historia del Derecho de la Universidad de El Escorial, una adquisición para la Asignatura, colaborador del *Anuario* desde 1927, Catedrático desde 1932, había venido a Madrid, en 1942, a

ocupar una Cátedra del Doctorado. Allí fui su alumno y cuando a él me dirigí para iniciar la carrera académica, él me indicó, como primera lectura orientadora "Las Behetrías" de Sánchez Albornoz; él me recomendó a don Galo para que me nombrara su ayudante. Yo quiero recordar unas tertulias semanales que teníamos en el despacho del *Anuario*, en Duque de Medinaceli, el antiguo edificio —antes del Instituto— que eran como un coloquio entre don Galo y el Padre López Ortiz, estimulado por Maldonado, y en el que aprendíamos los más jóvenes. La contracubierta del tomo XIV del *Anuario* refleja quizá el centro del cuadro de la Escuela en aquel momento (el tomo XIII, con las fechas 1936-1941, nada indica sobre esto), cuando pone como directores a don Galo en un primer término, y luego en un segundo, equiparados, Manuel Torres López y José López Ortiz; secretario, Maldonado, vicesecretario, La Concha. Mas no hemos de pensar en un estrecho círculo madrileño, cerrado al exterior. Yo puedo decir que allí resonaba toda la Escuela. En primer término, ya lo he indicado, don Claudio en Buenos Aires. No se trata sólo de una impresión, aunque ésta sea indeleble; no es una tradición subjetiva, sino historia objetiva apoyada en los textos. Cuando en 1944 don Claudio emprende en Buenos Aires los *Cuadernos de Historia de España* (con las tapas color naranja que el *Anuario* había recuperado desde su número XIV, de 1942) en su presentación nos da un precioso testimonio, no sólo acerca del *Anuario* sino también acerca de la Escuela, siendo estos dos elementos, diferentes pero inseparables, en mi opinión:

"En estos días hace veinte años que iniciaba la preparación de otra revista consagrada a la historia de mi patria. *Había logrado reunir en torno a la memoria de mi maestro Hinojosa* a algunos profesores de historia política y de historia jurídica y, con su preciosa colaboración, me lanzaba a la aventura de publicar el *Anuario de Historia del Derecho Español*..."

En este punto, la realidad de la Escuela es indiscutible. Superó toda clase de distancias: las del océano y las de la política, que entonces eran oceánicas. El mismo Maldonado inicia la sección bibliográfica del tomo XV correspondiente a 1944 con una reseña de los dos primeros números, en un volumen, de los *Cuadernos*. Informa de la creación en la Universidad de Buenos Aires de un Instituto de Cultura Española Medieval y Moderna, de la publicación de los *Cuadernos*, revista del más alto valor y de especial interés para los historiadores del derecho. El *Anuario*, por boca del reseñante, agradeció la mención que de él se hacía en la presentación y la atención de

haber enviado el volumen en el momento de su aparición. Consignemos que el primer cuidado de la Secretaría del *Anuario* era enviar a don Claudio uno de los primeros ejemplares de cada nuevo número; también que el primer acuerdo de la Segunda Semana de Historia del Derecho, en 1948, fue enviar un saludo a don Claudio recordando la fundación. Esto para no hablar de la correspondencia que inmediatamente se establecía entre los nuevos miembros de la Escuela y el maestro siempre reconocido y acatado.

Digo que resonaban los lejanos. Antes de conocerlos personalmente nos eran familiares no solamente las publicaciones sino la figura y el talante de todos los historiadores del derecho y de historia más afines. Recordemos aquí el nombre de Emilio Sáez Sánchez, muy activo en el *Anuario* y un nuevo mediador, por su trabajo y su relación con Sánchez Albornoz, para nosotros los que procedíamos de la Facultad de Derecho. Él fue, en mi caso y en otros, un maestro complementario en la inexcusable técnica histórica que aún en forma elemental debe poseer el historiador del Derecho. Don Ramón Prieto Bances, vuelto de Coimbra y sancionado en Compostela, antes de su reinstalación en Oviedo; don Luis García de Valdeavellano, en Barcelona, que en seguida iba a enviar su gran discípulo catalán Font Rius; Rubio Sacristán, temporalmente en Granada, en el 1947 situado en Valladolid mediante una nueva oposición, innecesaria para el juicio de sus compañeros, entre los que gozaba de un enorme prestigio; García-Gallo en Valencia, fundador allí de una Escuela de Estudios Medievales, se prefiguraba también un joven maestro ascendente, que pronto se hizo presente en Madrid. Fui su atento oyente, conservo los apuntes que fueron la base de los temas correspondientes, de un curso profesado en la Cátedra Valdecilla sobre Instituciones Islámicas. En cuanto a Torres López, su nombre desaparece de la contracubierta del *Anuario* ya en el tomo XV de 1944; el contacto y la admiración tuvieron para mí lugar en la Facultad de Derecho, porque a pesar de tener ya los cursos necesarios de Doctorado, asistí al año siguiente a su seminario —mi primer seminario de estilo alemán— con lectura de textos de la Baja Edad Media castellana, sobre temas que le eran muy queridos y sobre los que mantenía convicciones arraigadas: el vasallaje, la distinción de jueces y merinos, y otros. No se puede ocultar que entonces se marcaban algunas diferencias y formación de grupos, que tocan muy de cerca al tema que nos ha reunido, pero yo puedo registrar con satisfacción que por encima de todo se mantuvo la unidad de la Escuela. Y de nuevo menciono con gratitud el nombre de José Maldonado que no sólo en sus publica-

ciones, sino también en la conversación y trato, hizo mucho por consolidarla. El retorno de Maldonado a su primera vocación de Canonista, ha podido, me temo, desdibujar algo su enérgica figura en el seno de esta Escuela; pero no debemos olvidar que es uno de los directores del *Anuario* (el hogar de la misma, a pesar de algunas cosas), lo cual, aparte del merecimiento personal, responde, si yo no me equivoco, y análogamente la del Romanista Álvaro d'Ors, a la necesidad de asimilarnos a la estructura ejemplar, dirigente, de la *Revista de Savigny*, con sus tres secciones: Románica, Germánica (digamos Nacional o Española) y Canónica, inescindiblemente unidas, como también se encuentra en la obra científica de Hinojosa. Porque esta obra, un trabajo científico serio y fecundo, es la base inexcusable para que se pueda hablar de una Escuela, sin despreñar por ello los valores humanos y efectivos que van ligados al trabajo científico.

Mi opinión sobre la Escuela Científica de Eduardo de Hinojosa la he dejado expresada en la reseña del volumen primero de sus *Obras Completas*, publicada en el *Anuario* de 1950, reseña comenzada a redactar poco antes de las Oposiciones a que me he referido y terminada poco después. Y en 1952, con motivo del centenario del nacimiento de Hinojosa, en la Universidad de Granada en una conferencia, que se inicia con una extensa cita del libro allí "de texto", el *Curso* de don Galo Sánchez, y una sola referencia bibliográfica, el *Hinojosa y su Obra* de Alfonso García-Gallo; un magistral estudio, que proporcionó a la Escuela la imagen histórica documentada, y exacta de su fundador. Es lógico que quienes, como don Galo y otros discípulos directos, conservaban su propia visión, no pudieran renunciar a la vivencia personal, ni tampoco sustituirla por una reconstrucción histórica, pero ésta era necesaria para lo que vinieran después. Por esto, si no hubiera otras razones, que las hay, el nombre de García-Gallo está indisolublemente unido al de Hinojosa. Tuve el privilegio de leer ese estudio todavía en manuscrito, de hacerle algunas observaciones, y el honor de que el autor aceptara alguna, aunque pequeña, corrección de mi parte. Bastante para apreciar una cualidad, no conocida por muchos, quizá no la más saliente de un triunfante muy joven, entrado en la vejez sin decadencia: su sencillez y su humildad. Hace treinta años un colofón, que no voy a reproducir ni a fragmentar. Me basta reenviar a los jóvenes, a los que no habían nacido cuando se escribió, a su lectura. En mi opinión, conserva una vigencia absoluta. La lectura de ese prólogo es ejercicio obligado para todo historiador del derecho. La sorpresa que le está reservada es que cuando él tenga ocasión de ponerse en contacto con

la obra de Hinojosa, al volver sobre alguna de sus páginas olvidadas o más desatendidas, se dé cuenta de que el juicio y el pronóstico de García-Gallo es la pura verdad. Según la referencia de vuestro coloquio de la sesión anterior, fue Pérez-Prendes el que definió la Escuela como un estilo; y esto tiene una doble acepción: estilo literario y estilo de vida. En los dos aspectos vale la pena seguir esta Escuela, y yo animaría a hacerlo a las jóvenes promociones. Es lo que ha cambiado, dichosamente, en la Escuela. El asombroso crecimiento, la ramificación floreciente, que hubo de sorprender a quienes temían como un agotamiento. Todo lo contrario. Quien desearía tener un conocimiento de la Escuela de Hinojosa, tendría hoy que ampliar enormemente la nómina personal, además acrecida por la fecundidad en la producción: más libros, más artículos de revista, más revistas, más conferencias. Dificultad para cada uno de estar al tanto de todo. Y sin embargo, me parece que al ensancharse la Escuela no ha perdido identidad ni intimidad.

De mí puedo decir que la marcha de Madrid, la interrupción de un trato que había sido diario, en la clase y en un largo paseo complementario, en muchas horas de cervecería, en largas sesiones de calificación con don Galo y con sus ayudantes, no hizo más que ahondar y hacer más preciso un sentido de continuación, favorecido por el hecho de utilizar, como libro de texto (siguiendo en esto como en otras muchas cosas el consejo de don Álvaro) el *Curso* de don Galo. Por ello, cuando en el curso de 1959-1960 empecé a tantear un plan de exposición que me llevaría a mi libro de *Historia General*, y en definitiva a la ya un poco famosa historia del derecho como historia de los libros jurídicos, dediqué la prelección al mismo don Galo, en cuyo libro de Fuentes había aprendido durante veinte años historia del Derecho. La continuidad, el reconocimiento de lo mucho que debo al constante magisterio de un discípulo de Hinojosa, creo que están patentes de un modo constante en mi modesta labor. Nunca he pretendido la originalidad, y si en algo parece que la tengo es en aspectos accidentales. Por ello significó para mí una confirmación el que don Galo Sánchez, en la edición de su *Curso*, de 1960, cuando se aproximaba a la jubilación, se le ocurriera anteponer a su *Curso*, en opinión de algunos, una mera repetición, pero siempre con algunas breves y sustanciosas adiciones, una dedicatoria en la que, dentro del habitual laconismo del autor vibra una emoción —que es también patrimonio de toda Escuela—, "En memoria de don Eduardo de Hinojosa y de don Laureano Canseco"—. Los dos, porque la Escuela no es, como pudiera entenderse, el culto absorbente y exclusivo de una

personalidad, sino que se extiende familiarmente; familia de los maestros, de los compañeros y de los discípulos del maestro. Por ello ha podido decir el joven maestro Pérez-Prendes, él precisamente en un coloquio en Granada, que Alfonso García-Gallo es el maestro de todos (RHD, I, 1976, p. 300), aunque lógicamente a distintas distancias, con mayor o menor aprovechamiento, según los casos. No olvidemos que el propio García-Gallo, hubo de dedicar su primer estudio, después de la Cruzada, su *tesis revolucionaria* sobre las Fuentes Visigóticas, "a mi maestro don Galo Sánchez". Claro es que el afecto de escuela, que fluye entre ascendientes y descendientes y colaterales, anda también mezclado con rencillas y celos, con agravios y resentimientos, con la inevitable sensación de no ser bastante apreciado, de ser desconocido, olvidado, traicionado, según los momentos y las circunstancias. Tampoco ha de extrañarnos que la ingratitud, la falta de respeto, se deslicen a veces en una institución como la Escuela que tiene algunas afinidades con otra, la Familia, también actualmente en crisis.

Madrid, 14 de enero de 1979.

COMENTARIOS SOBRE ALGUNAS DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

(SEGUNDA PARTE)

EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE

"LA NUEVA CAUSAL DEL DIVORCIO"

Artículo 267-XVIII del C. C.

"La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos."¹

Dicha causal no es nueva ni en el ámbito interno ni en el internacional. En nuestro país, ya el nuevo código del Estado de Zacatecas, expedido el 15 de febrero de 1965, y el de Sonora, de 29 de junio de 1957, disponen lo siguiente:

Artículo 357-IX (Zacatecas):

"La separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año; en este caso, cualquiera de ellos puede pedir el divorcio."

Artículo 425-IX (Sonora):

"La separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año, caso en el cual, quienquiera de ellos puede pedir el divorcio."

En esencia es la misma causal, pero en Zacatecas y Sonora se requiere la separación por desavenencia, mientras que en el Distrito Federal procede con independencia del motivo que haya originado dicha

¹ Reforma D. O. de 27 de diciembre de 1983.

separación. Ello elimina la carga de la prueba del demandante, por lo que hace a la desavenencia y por tanto sólo debe demostrar la separación por un lapso de tiempo. Es, pues, más flexible la legislación del Distrito Federal que la de Zacatecas y Sonora, a pesar de que aquélla requiere dos años y éstas uno de separación.

En el ámbito internacional, Holanda, Suecia, la Unión Soviética, Italia, Canadá, son países cuyas legislaciones admiten el divorcio por separación, facultando a cualquiera de los cónyuges para solicitarlo en la vía judicial.²

No es, pues, una novedad la causal de separación que ahora se incluye en la legislación del Distrito Federal.

Conviene, sin embargo, analizarla a fondo para desentrañar su ámbito de aplicación, no en forma aislada sino dentro de todo un sistema orgánico regulado por el Código Civil.

Para ello hay que analizar brevisísimamente lo que es el matrimonio y lo que es el divorcio:

MATRIMONIO.—Mucho se ha discutido sobre su origen y naturaleza jurídica. Sin embargo, creo que es evidente que se trata de una institución de origen religioso, que se fue secularizando desde los últimos años del siglo XV, proceso éste que se acentúa con el deseo de que el estado adquiriera mayor poder sobre la sociedad y las instituciones que regulan al individuo. Así, aparece el matrimonio civil conjuntamente y en forma paralela al matrimonio religioso. Esto ocasiona que existan en la actualidad países con un régimen matrimonial civil obligatorio y otros con un régimen facultativo (entre civil y religioso, pero dando efectividad jurídica a ambos).³ Entre los primeros está: Francia, Bélgica, Holanda, Suiza, Alemania, Hungría, Rumania, Bulgaria, Polonia, México, etcétera. Entre los segundos nos encontramos a Inglaterra, Suecia, Noruega, Italia, Portugal y algunos Estados de Estados Unidos.

En cuanto a su esencia, no cabe duda de que es una relación jurídica solemne de origen consensual pactada por personas de distinto sexo, que entraña una situación orgánica que se aplica para lograr determinados fines sociales y morales.⁴ El fundamento y objeto del

² Vicente Luis Simo Santoja, *Divorcio y Separación. Derecho Comparado y Conflictual Europeo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pp. 369-395-465.

³ Mariano Alfonso Pérez, *Matrimonio Civil y Divorcio*. Artículo publicado dentro de los estudios en honor de Batlle Vázquez. Editorial Revista de Derecho Financiero (Editoriales de Derecho Reunidas) Fuenlabrada. Madrid, p. 40.

⁴ Luis Díez y Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Tercera Edición. Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1983, pp. 65 a 69.

consentimiento es un proyecto de vida en común, completa y permanente, que se puede ver frustrada por factores sobrevenidos o bien coexistentes a su celebración (inexistencia-nulidad).

La frustración sobrevenida da lugar al divorcio, instituto éste que a su vez depende de la política legislativa de cada país, y que plantea un serio problema en los países de religión católica, por el dogma de indisolubilidad que esta religión profesa.

EL DIVORCIO.—El divorcio, como frustración de vida en común, puede ser: (A) Divorcio separación, el que implica que no se disuelva el vínculo matrimonial, sino que origina sólo la separación de los cónyuges por causas específicas, y la suspensión de algunas obligaciones civiles. Éste fue el único divorcio admitido por los C. C. de 1870 y 1884. Existe, por otra parte, (B) el divorcio vincular que sí implica la disolución del vínculo matrimonial. Éste puede ser de tres formas: (B.1.) Administrativo. (B.2.) Por mutuo consentimiento. (B.3.) Necesario.

El divorcio vincular necesario (B.3.) puede ser, a su vez, (B.3.1) divorcio sanción o (B.3.2) divorcio remedio, dependiendo de si la causal que lo origina implique un ilícito o un acto contra el matrimonio o bien sólo un hecho (enfermedad) que, sin implicar un ilícito, hace aconsejable el divorcio en bien de la familia. En este último caso se faculta al divorciante para solicitar sólo el divorcio separación y no vincular.⁵

Nuestra legislación aceptó el divorcio vincular a partir de 1917 con la Ley Sobre Relaciones Familiares. (El divorcio por separación fue abolido por Ley de 29 de diciembre de 1914).

La simple separación como causal, de reciente inclusión en la legislación del Distrito Federal, debe considerarse dentro de las causales que originan el divorcio vincular necesario y que puede implicar un ilícito.

Esta causal debe, creo, ser analizada en su interacción con el resto del sistema de divorcio en vigor. Paso a hacer con ese fin los siguientes comentarios:

Separación y abandono

Ya las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil establecen como causales de divorcio, el llamado abandono por seis me-

⁵ Lic. Eduardo Pallares, *El Divorcio en México*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1968, p. 57.

ses sin causa justificada y el abandono justificado por más de un año, sin que el que se separó entable demanda de divorcio. Gramaticalmente, dichas fracciones hablan de separación, pero su interpretación jurídica ha llevado a que se hable de abandono, considerándose por la Suprema Corte, que debe implicar, además de la separación física, el no cumplimiento de las obligaciones que derivan del vínculo matrimonial, criterio éste que, se ha dicho, atenta contra el principio de la autonomía de las causales de divorcio.⁶

Es importante la mecánica cronológica de estas dos causales, comparada con la nueva de separación. Coinciden en cuanto al hecho de la separación física del hogar conyugal y se distinguen por los plazos legales y por los sujetos que pueden ejercitar la acción.

El cónyuge abandonado tiene que esperar seis meses o un año, según sea el caso, para demandar el divorcio por abandono, mientras que en la separación se requiere el transcurso de dos años. Así pues, mientras transcurren estos dos años, ya ha surgido una de dos causales: O la de abandono injustificado por seis meses o la de abandono justificado sin haber demandado el divorcio. Ambas son continuas y sólo pueden ser esgrimidas por el inocente.

Al pasar el tiempo, permaneciendo la separación, no se extinguen las acciones de divorcio por abandono justificado o injustificado sin entablar demanda de divorcio, por ser causales permanentes o continuas, y surge la causal nueva de separación por dos años, pero ésta ya la pueden invocar cualquiera de los cónyuges, con independencia de la culpabilidad. Ésta debe catalogarse también como continua, es decir que no caduca a los seis meses, mientras permanezca la separación.

Así las cosas, lo más probable es que el inocente se espere los dos años y no intente el divorcio por las causales de abandono, pues éstas implican una carga probatoria más severa que la de simple separación, o bien se espere con el ánimo de que su cónyuge que se separó intente la acción de divorcio utilizando su propia torpeza, relevándolo de toda carga probatoria.

Esa pasividad del inocente puede implicar sin embargo, consecuencias legales que ya han sido reconocidas en otras legislaciones extranjeras y que quizá sea el cauce que tomen los intérpretes mexicanos. Ellas son que, si el inocente no intenta la acción de divorcio por abandono o separación, en su caso, está implícitamente consintiendo la separación del culpable, con lo cual se ha llegado a concluir que deja de ser inocente para imputarle cierta culpabilidad por omisión,

⁶ *Idem*, p. 77.

además de que dicha situación de separación se tornaría en una situación de mutuo consentimiento.⁷ Ello puede ser trascendente tanto para la regulación de las obligaciones alimentarias en caso de divorcio necesario como para la determinación del ejercicio de la patria potestad sobre los menores hijos del matrimonio.

Se ha llegado inclusive a afirmar que, si el inocente es pasivo y no ejercita sus acciones, la separación se torna de mutuo acuerdo, eliminándose así su antijuricidad y culpabilidad del ilícito. El elemento esencial del abandono, que es la unilateralidad, ya no existe y por tanto se extingue a acción por dicha causa.⁸

Lo mismo se ha afirmado que en virtud del ámbito de separación consentida expresa e implícitamente por los cónyuges, se crea en favor de cada uno de ellos un ámbito de libertad individual que el otro tiene que respetar, siendo la consecuencia de ello que no pueda constituirse ya la infidelidad.⁹

La conclusión sería que las acciones de divorcio por abandono, justificado o injustificado, o bien por separación, son de ejercicio obligatorio, con pena de sufrir en su defecto las consecuencias expresadas. Se puede argumentar que el inocente pueda no desear el divorcio y por tanto no ejercer las acciones que le corresponderían, pero ello implicaría el que surja y permanezca una situación jurídica irregular que es lo que el legislador quiere evitar. Razón es ésta de más para pensar en el criterio de que las acciones citadas son de ejercicio obligatorio.¹⁰

Más interesante resulta el considerar las ideas anteriores para el caso de que el cónyuge que se separa demanda el divorcio, utilizando su propia torpeza, y el demandado al contestar la demanda entabla una demanda reconventional por abandono injustificado. Si se considera que la unilateralidad es la esencia del abandono (no de la nueva causal de separación) y que la pasividad del abandono torna la situación en de mutuo acuerdo, la demanda reconventional tendrá que ser desestimada por el juzgador. Aunque estas ideas novedosas son extrañas a nuestro sistema, no por ello hay que olvidar que ya nuestros tribunales han resuelto que si los cónyuges se han separado de

⁷ *Supra* 4, pp. 118 y sig.

⁸ *Idem*, pp. 118 y sig.

⁹ *Idem*, pp. 130-133.

¹⁰ Al menos una de las conclusiones de la Comisión de Justicia Familiar, creada por la Procuraduría General de la República a efecto de sistematizar los trabajos de la primera fase de la *consulta nacional* sobre Administración de Justicia, señala que "...Se tiene la conciencia de la inutilidad de mantener el vínculo matrimonial cuando éste ya no existe de hecho ... cuando se ha roto la consideración y el mutuo respeto entre ambos, estima que el vínculo no debe subsistir..."

común acuerdo, o si se ha autorizado por un cónyuge que el otro viva en lugar diferente a la morada conyugal, no procede la acción de divorcio.¹¹

De no tomarse en consideración estas ideas novedosas, de cualquier forma, proceda o no la demanda reconvenicional, el actor en el juicio principal será siempre el culpable del divorcio. Si procede su demanda, por haber utilizado su torpeza de separarse del hogar conyugal y demandar el divorcio con dicho fundamento. Si procede la demanda reconvenicional, por ser el culpable del abandono. El Juez sólo considerará el grado de culpabilidad y las circunstancias del caso para limitar o suprimir, como sanción a dicho culpable, el ejercicio de la patria potestad sobre los menores hijos. El actor deberá demostrar, si procede su acción de divorcio por su separación, la inconveniencia de que el demandado ejerza la patria potestad y custodia sobre los hijos. Tiene, pues, la carga de la prueba para que el Juez no aplique el criterio sancionador antes referido.

La nueva causal y el artículo 278 del Código Civil

El artículo citado señala que el divorcio puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él. El principio general es que sólo el inocente tiene derecho a demandar el divorcio.

Este principio se ve reforzado y ratificado por aquél que sostiene que nadie puede utilizar su propia torpeza en provecho propio. ¿Cómo, habiéndose cometido un ilícito o cuando menos un acto contrario al matrimonio, puede utilizarse ese ilícito o acto por el sujeto que lo cometió para lograr un fin en provecho propio o cuando menos por él deseado? ¿Cómo voy a utilizar mi culpabilidad para fundar mi acción?

Al permitir esta nueva causal que cualquiera de los cónyuges pueda demandar el divorcio por separación de dos años, se entra en pugna con el texto del artículo 278 y con el principio citado *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*.

Los defensores de dicha nueva causal sostendrán que es una excepción al artículo y principio citados, excepción consagrada por el propio legislador al actualizar su política legislativa, recogiendo, aparentemente, los deseos populares.¹² No deja de hacer crisis, sin embargo, el principio con la supuesta excepción, dentro de la reglamentación de una institución tan importante como lo es el matrimonio. No son

¹¹ *Supra* 5, p. 80.

¹² *Supra* 10.

extraños los casos en que las excepciones dejan a la regla hueca y carente de contenido. En este caso, una sola excepción está atacando no sólo un principio jurídico sino toda una institución, como lo es el matrimonio, pues en el fondo implica dejar la validez y el cumplimiento del mismo al arbitrio de cualquiera de los cónyuges.

La nueva causal y el artículo 1797 del Código Civil

Dicho artículo establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Independientemente de la polémica sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, no cabe duda de que existe un acuerdo de voluntades con un objeto concreto que es el proyecto de vida común y permanente. Considero, pues, aplicable al matrimonio y con más razón, por los valores y fines sociales y morales que implica, el principio consagrado en el artículo arriba citado.

Es cierto que hay casos en los cuales dicho principio se ve debilitado, como son por ejemplo: El mandato que es unilateralmente revocable;¹³ las donaciones entre consortes que son esencialmente revocables por el donante con causa justificada;¹⁴ el contrato de obra que puede ser revocado unilateralmente por el dueño de la obra.¹⁵ Estas excepciones son, sin embargo, los medios para lograr una equidad dentro del sistema jurídico, pues sería ilógico que el mandante quedara encadenado a su mandatario, que el dueño de la obra se vea obligado a seguir una obra para la que ya no tiene recursos o que el cónyuge donante se vea presionado a donar un bien con la amenaza del divorcio.

Incluir otra excepción más en tratándose del matrimonio, es tanto quizá como ir en contra de su naturaleza y esencia, que es el proyecto de hacer vida en común con fines y consecuencias individuales y sociales de mucha más importancia que cualquier institución jurídica. No en balde se ha afirmado que dicha excepción se equipararía a los repudios hebraico y coránico y que por ello debe ser inadmisibles y considerado contrario al orden público de la cultura occidental.

En suma, por la trascendencia del matrimonio, como institución esencia de la convivencia familiar y social, es de concluirse que la ley debe admitir el divorcio como remedio, por la frustración del proyecto de vida en común, mas no debe fomentarlo. Al tener una ley que fomenta el divorcio, es tanto como consagrar que el matrimonio es

¹³ Artículos 2595-I y 2596 C. C.

¹⁴ Artículos 232 y 233 C. C.

¹⁵ Artículo 2635 C. C.

disoluble por naturaleza y no por excepción o remedio.¹⁶ Cabría preguntarse pues, si el hoy llamado matrimonio constituye realmente un matrimonio en su concepción tradicional o si bien debemos hablar de una nueva unión esencialmente disoluble por naturaleza que ya no implica un verdadero proyecto de vida en común sino una unión diferente y nueva con sanción legal.

Retroactividad de la nueva causal

El problema es interesante y complejo. Consiste en determinar si se pueden computar, para efectos de la procedencia o improcedencia, en su caso, de la nueva causal, los dos años de separación de los cónyuges anteriores a la entrada en vigor de la nueva disposición.

El artículo segundo transitorio del decreto reformador establece que "La tramitación de los juicios iniciados antes de la fecha prevista para la entrada en vigor de este decreto se regirán por las disposiciones que se modifican o derogan mediante dicho ordenamiento". Es decir, los juicios ya iniciados no podrán ser resueltos con fundamento en las nuevas disposiciones. Ello, sin embargo, no resuelve el problema planteado, ya que se refiere a procedimientos ya iniciados, en donde, además, quizá ya existan derechos adquiridos como consecuencia del mismo. Es una situación creada bajo el imperio de la antigua Ley, de la cual ya se han derivado derechos. Aquí, lo que se pretende ver es si una situación de hecho (preexistente) puede generar derechos y obligaciones porque la Ley posterior así lo indica. En suma, si la Ley tiene efectos retroactivos; una sanción *Ex Post Facto*.

A este respecto Savigny¹⁷ ya decía que se excluía de la aplicación del principio de la no retroactividad los estados civiles de las personas en sí "pues lo que constituye ese estado tiene de ordinario una naturaleza de tal modo abstracta, que no sabríamos ver en ella derechos adquiridos".

Por otra parte, la doctrina del *Factum Praeteritum* sostiene el principio del *Tempus Regit Factum*, distinguiendo entre efectos jurídicos consumados, respecto de los cuales no procede la retroactividad, y efectos jurídicos pendientes o futuros, respecto de los cuales si se aplica la nueva Ley, lo cual implica cierta contradicción con la doctrina de los derechos adquiridos. En el caso concreto que analizamos, la problemática consiste en que el hecho de separación de los cónyuges por dos años, antes de entrar en vigor la nueva causal, no

¹⁶ *Supra* 3.

¹⁷ *Supra* 4, Vol. I, p. 136 (citado por).

creó ni pudo crear efectos jurídicos (ni consumados ni pendientes) para fines de la nueva causal.¹⁸ Es decir, en relación directa con dicha causal, el hecho de separación anterior a su vigencia por dos años, no producía efecto legal alguno.

Analizando la problemática, se ha sostenido que "toda solución dogmática y apriorística... está llamada al fracaso"¹⁹ y que por tanto es una facultad del legislador el determinar la retroactividad o irretroactividad de la Ley que dicta, y en su defecto una cuestión interpretativa.²⁰

En el caso, nuestro legislador fracasó al pretender regular el aspecto de la retroactividad de la nueva causal a través del artículo segundo transitorio del decreto reformador, pues hizo referencia sólo a los casos ya iniciados. Sin embargo, en relación a la facultad del legislador para regular estos problemas en los artículos transitorios de una ley, facultad a la que se ha apelado en varias ocasiones, como indico en el párrafo anterior, no deja de exaltarme la inquietud de inconstitucionalidad del ejercicio de dicha facultad, puesto que el artículo 14 constitucional establece que "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna" sin hacer excepción alguna y por tanto una disposición transitoria de una ley no podría contradecir dicha garantía consagrada en una ley de rango superior. Esta disposición constitucional se ve confirmada por el principio de que todo juicio tiene que ser seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.²¹

Al hacer procedente la nueva causal de divorcio, fundándose en la separación de dos años dada con anterioridad a la vigencia de la ley, se estaría sentenciando con leyes expedidas con posterioridad al hecho, en franca violación al artículo 14 constitucional y directo ataque a un sistema de seguridad jurídica, consagrado por un Estado de Derecho. Además, la ley se estaría proyectando en el pasado dotando de efectos jurídicos a hechos que antes no los producían, lo cual implica una aplicación retroactiva de la ley sin disposición que lo permita y en violación a la constitución.

¹⁸ Dicha separación sí podía haber causado efectos jurídicos para otras causales, como la de abandono justificado o injustificado.

¹⁹ *Supra* 4, Vol. I, p. 138.

²⁰ Esto sin perjuicio de los casos llamados de aplicación retroactiva tácita de una ley, como pueden ser las normas interpretativas de una disposición anterior o complementarias para el mejor cumplimiento de una anterior que así lo prevé, o bien las procesales.

²¹ *Introducción al Estudio del Derecho*. Trinidad García, p. 104, citado por Eduardo García Máynez en *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1972, 20ª edición, p. 400.

La nueva relación matrimonial y el concubinato

Históricamente el matrimonio ha sido considerado como el medio idóneo jurídico y religioso para sancionar la unión de personas de distinto sexo para lograr los fines específicos individuales y sociales que conlleva. Se consideraba originalmente que la unión extramatrimonial era irregular o ilegítima, teniendo ello un impacto en los hijos habidos de dicha relación, considerándolos adulterios, incestuosos, mánceres, sacrilegos, etc., y por lo tanto espurios todos ellos, llevando una marca de infamia.²²

Hoy en día se ha eliminado dicha distinción y nuestro Código Civil coloca, además, en pie de igualdad a los hijos habidos de matrimonio y a los hijos habidos fuera de matrimonio.

Es importante, sin embargo, se conozca la relación matrimonial o extramatrimonial para efectos de la prueba de la filiación y, en su caso, la aplicación de las reglas relativas a los hijos de matrimonio, de la legitimación, reconocimiento de hijo, etcétera.

No obstante lo anterior, desde el Derecho Romano se reconoce que la unión entre varón y mujer sin haber contraído *Justae Nuptiae* producía efectos jurídicos. Se habló del matrimonio por *Usus*.

Ante la fuerte corriente y fuerza que implica la multiplicación de las relaciones extramatrimoniales, los legisladores no pudieron cerrar los ojos ante la realidad que se impone, teniendo que reconocer efectos jurídicos derivados del concubinato, no sólo por lo que hace a los hijos de dicha unión sino también entre el concubinario y la concubina. La ilegitimidad original de las uniones extramatrimoniales ha cambiado para pasar a ser hoy en día un hecho lícito. No obstante ello, siempre se había querido mantener una distinción entre matrimonio y concubinato, rindiendo al matrimonio un homenaje como forma legal y moral de constituir la familia. Así lo dice, cuando menos, la exposición de motivos del Código Civil de 1928.

Esto a todas luces está cambiando. Poco a poco se le otorga al concubinato la producción de mayores efectos legales, tendiendo, en consecuencia a su equiparación con el matrimonio, pero dejando a un lado, en forma trágica, su regulación jurídica como institución. Con las reformas al C.C. del D. F. publicadas en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 1983, se acentúa esa tendencia. Se puede mencionar, por ejemplo, lo siguiente:

²² Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S. A. 1973, p. 597.

a) Concubina y concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente como si fuesen cónyuges (artículo 1635 C.C. Ref.).

b) Presunción de hijos del concubinato (artículo 383 C.C.) con las mismas bases aplicables a los hijos nacidos de matrimonio (artículo 324 C.C.).

c) Se puede investigar la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio en determinados casos (artículo 382 C.C.). Lo mismo procede, en determinados casos, con los hijos de matrimonio (artículo 325, 326, 327, 329, 330, etcétera, C.C.).

d) El hijo reconocido podrá llevar el apellido de sus progenitores, deberá ser alimentado y tendrá derecho a heredar (artículos 389 C.C. y 368 C.C.). Lo mismo opera para los hijos de matrimonio (artículo 58 "Apellidos que le correspondan..."; artículo 303 los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos; artículos 1602 I y 1607 C.C. heredan).

e) Los concubinos, al igual que los cónyuges, están obligados a darse alimentos (artículo 302 Ref.).

No es necesario continuar con el análisis para encontrar que matrimonio y concubinato son ya institutos paralelos muy similares o casi iguales en cuanto a sus efectos, máxime que ahora, con la inclusión de la causal de divorcio de separación por dos años, y el hecho de que cualquiera de los cónyuges pueda invocarlo, *sin importancia de la culpabilidad en la causal*, hace que el matrimonio pueda desintegrarse por voluntad unilateral de uno de los cónyuges al igual que el concubinato.

El homenaje que rindió el legislador de 1928 al matrimonio ha terminado en orgía, confundiendo así matrimonio y concubinato como dos formas normales de constituir la familia. Quizá, pues, una de ellas desaparezca con el tiempo.

El problema complejo que se presenta y que ya se apuntó en párrafos anteriores, es que el matrimonio está regulado como institución y el concubinato no. A este último sólo se le reconocen efectos legales casi similares a los del matrimonio. La consecuencia de ello es que se sabe de qué forma se puede disolver el vínculo matrimonial a través del divorcio, los tipos de divorcios, los causales para solicitarlo, los efectos de dicha disolución, el momento a partir del cual surten los efectos para fines hereditarios y de filiación, régimen patrimonial, etc., de tal forma que si no existe divorcio declarado judicialmente, dichos efectos no se producen. Todo esto no opera en materia de concubinato y por tanto no sabemos, por ejemplo, cómo termina, a partir de qué momento termina para fines alimentarios, hereditarios,

de filiación, etc.; no se requiere por otra parte de ningún procedimiento ni declaración judicial para su disolución, lo que nos lleva a un grado de inseguridad jurídica.

Alimentos entre cónyuges para el caso de divorcio necesario o de mutuo acuerdo

En este tema me limitaré al análisis cronológico del artículo 288 del Código Civil del D. F.

Antes de la reforma de 1975 el artículo señalaba que "la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir".²³

La mujer tenía ventajas pues, siendo inocente, aunque tuviera bienes propios o trabajara, se podía decretar una pensión en su favor, cosa que no ocurría con el hombre inocente.

Si el divorcio se tramitaba de mutuo consentimiento, los cónyuges no tenían derecho a una pensión alimenticia, salvo pacto en contrario.

Este artículo sufrió cambios por reforma publicada en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974. El nuevo texto quitó la ventaja que tenía la mujer, equiparándola con el hombre para efecto de la fijación y pago de la pensión alimenticia. Se llegó a pensar que si la situación económica del inocente, fuese el hombre o la mujer, era desahogada no habría condena de alimentos.

Por lo que respecta a la regla aplicable al divorcio por mutuo consentimiento, se suprimió el párrafo correspondiente, supresión que no ha sido respetada por algunas publicaciones y ediciones posteriores del Código Civil. Ello ha creado confusión. Esa eliminación hizo pensar que el régimen previo de no obligación alimentaria salvo pacto en contrario se cambiaba, creándose así la obligación recíproca de alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio voluntario. Así, el marido podía buscar un divorcio por mutuo acuerdo para obtener una pensión de su esposa adinerada.²⁴

Este artículo se modifica nuevamente por reformas publicadas en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 1983.

En su primer párrafo sigue el esquema básico de antes de la reforma, o sea el de obligación de pago de alimentos al inocente como

pena impuesta al culpable en divorcio necesario, y tomando en cuenta la capacidad para trabajar y la situación económica de los cónyuges. Sorpresivamente, sin embargo, se suprime la regla que sostenía que el acreedor alimentario perdía su derecho si contraía nuevas nupcias o si vivía deshonestamente. Ahora, aunque el inocente se case nuevamente o viva en forma deshonestamente, seguirá teniendo derecho a alimentos. Ello nos lleva a concluir que dichos alimentos son, más que ello, (alimentos), una sanción impuesta al culpable, que sólo puede eliminarse o reducirse si el inocente tiene una situación económica desahogada o esté capacitado para trabajar.

El culpable tendrá la carga de la prueba para demostrar que el inocente ha mejorado su situación económica con motivo de su segundo matrimonio, para reducir o eliminar su obligación alimentaria. El solo matrimonio del inocente o el que viva deshonestamente no basta.

El segundo y tercer párrafo regulan la pensión alimenticia para el caso de divorcio por mutuo consentimiento. Ahora el legislador señala expresamente la obligación de pagar alimentos, obligación que ya en la reforma de 1974 se había señalado en forma tímida, al suprimir el último párrafo del artículo 288 del C.C. En esta ocasión, sin embargo, se matiza y limita la obligación de la siguiente forma:

a) Sólo durará la obligación y su correlativo derecho por un plazo igual al de la duración del matrimonio. De nuevo se aleja el legislador del concepto de alimentos, y de las reglas aplicables a dicha materia, para matizar a la obligación como sanción. Ello porque no hace ninguna consideración sobre la necesidad de acreedor alimentario o la posibilidad del deudor alimentario, para después de dicho plazo, sino que salomónicamente señala un plazo, aparentemente improrrogable por el juzgador, durante el cual se deberá pagar la pensión. Quiero pensar en el caso en que el acreedor alimentario sigue teniendo necesidad, aún después de la expiración de dicho plazo y sin embargo estar imposibilitado para exigir una pensión alimenticia, para el porvenir. Se sanciona, pues, por igual. A uno, al pago de alimentos por un plazo. Al otro, a vivir sin ese ingreso después de la expiración de dicho plazo.

b) A pesar de lo anterior, se vuelve al sistema original dándole ciertas ventajas a la mujer, ya que ella tendrá derecho a la pensión aunque no se encuentre imposibilitada para trabajar, mientras que el varón carece de derecho si está capacitado y posibilitado para trabajar. Ello viene a romper con el principio de igualdad entre hombre y mujer pregonado desde el año de 1974.

²³ Artículo 288 del C. C. antes de la Reforma de 1974.

²⁴ Ramón Sánchez Medel. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979, p. 68.

- b.1. En otras palabras, la mujer pierde su derecho si:
- b.1.1. Tiene ingresos suficientes. Puede por tanto tener ingresos, pero no ser suficientes y gozar así de la pensión. La dificultad estriba en saber qué son ingresos suficientes.
 - b.1.2. Que contraiga nuevas nupcias (sólo si es pensión por divorcio voluntario).
 - b.1.3. Se una en concubinato.
- b.2. El varón pierde su derecho si:
- b.2.1. Está capacitado y posibilitado para trabajar. Si a pesar de estar incapacitado o imposibilitado para trabajar tiene ingresos suficientes, igualmente carecerá de derechos para exigir la pensión. Se cae, de nuevo, en el problema de determinar cuándo los ingresos son suficientes.
 - b.2.2. Si contrae nuevas nupcias. (Sólo si es pensión por divorcio voluntario).
 - b.2.3. Si se une en concubinato.

El último párrafo del artículo ratifica la procedencia de daños y perjuicios si el inocente los sufre como consecuencia del divorcio necesario. Serán a cargo del cónyuge culpable como autor de un hecho ilícito.

ANÁLISIS DE LA LEY SOBRE JUSTICIA EN MATERIA DE FALTAS DE POLICIA Y BUEN GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL*

Fauzi HAMDAN AMAD

1. Introducción

Con fecha 13 de enero de 1984 salió publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal (en lo sucesivo la "Ley"), la cual entró en vigor, conforme al artículo 1º transitorio, 90 días después de su publicación.

La Ley deroga, por contravenir sus disposiciones, el Reglamento de Tribunales Calificadores del Distrito Federal, publicado el 11 de julio de 1970 en el Diario Oficial de la Federación. Asimismo, conforme al artículo 2º transitorio de la Ley, continúa vigente el Reglamento de Faltas de Policía en el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de julio de 1970, en todo aquello que no se oponga a la Ley.

Tradicionalmente, la reglamentación de los particulares en lo relativo a policía y buen gobierno, ha correspondido, indebidamente, al Órgano Ejecutivo, sin base en una Ley del Congreso de la Unión, pretendiendo encontrar su fundamento constitucional en el artículo 21. Por primera vez, rompiendo con dicha tradición irregular, es el propio Congreso de la Unión, legislando en materia del Distrito Federal, quien da las bases normativas para regular la actividad de los particulares en lo atinente a los actos que puedan afectar la seguridad, moralidad, tranquilidad y salubridad públicas, excluyendo, como más adelante se verá, de la aplicación de la ley a muchas otras actividades reguladoras de los particulares en materia de policía administrativa que siguen siendo reglamentadas, desafortunadamente, por los mal llamados reglamentos autónomos.¹

* Este artículo se escribió antes de la promulgación del *Reglamento de la Ley Sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal*. De 1985.

¹ Ver mi estudio en relación con el tema: "Breves Reflexiones sobre la Incons-

El propósito del presente estudio es analizar, en primer lugar, lo que se entiende por policía y poder de policía y, en segundo lugar, definidos tales conceptos, determinar si la ley comprende a todas aquellas actividades de los particulares que pueden ser materia de regulación a través de la llamada policía administrativa, o bien, si la ley se restringe a una especie del concepto de policía administrativa, quedando las otras especies de policía administrativa reguladas por otros ordenamientos legales. Por último, se hará un breve análisis de la propia ley en los aspectos más sobresalientes.

2. Concepto de policía y poder de policía

Los Iuspublicistas de Derecho Administrativo dedican sendas páginas sobre el tema, pues el término policía tiene una larga tradición en el derecho público cuyo significado semántico, a través de las diferentes etapas de desarrollo del Estado, ha venido sufriendo transformaciones profundas en su significado y alcance.

Cuando se usa el vocablo "policía" siempre nos da la idea de vinculación con una atribución estatal, específicamente ligada a la función administrativa.

La primera cuestión es determinar, al menos en el ámbito doctrinario, si las palabras "policía" y "poder de policía" son términos sinónimos o conceptos diferentes.

Miguel S. Marienhoff,² sobre el particular señala que "la generalidad de la doctrina sostiene que se trata de conceptos diferentes: "policía" es función o actividad "administrativa", que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad públicas, y de la economía pública en cuanto afecte directamente a la primera: "poder de policía" es una potestad atribuida por la Constitución al Órgano o "poder" Legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes".

De lo dicho por el autor antes citado, aparece como noción preliminar que el "poder de policía" se refiere a la atribución estatal, normalmente ejercida por el Órgano Legislativo, en aquellos Estados en que han adoptado la división de funciones entre los diversos órganos estatales (división de poderes) tendente, de acuerdo con las facultades

titucionalidad de los llamados Reglamentos Autónomos Gubernativos y de Policía". *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, Año 2, número 2, 1978.

² *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV. Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, pp. 511 y sigs.

des constitucionales, a reglamentar la actividad de los particulares para lograr el establecimiento o mantenimiento del orden público en general, en tanto que el concepto de "policía", considerado en sí mismo, hace referencia a la función estatal, que la realiza normalmente el Órgano Ejecutivo, para aplicar el ordenamiento jurídico emanado por el Órgano Legislativo, mediante actos de ejecución, material o jurídica, tendente precisamente a salvaguardar los valores esenciales y necesarios de los individuos en sus relaciones de convivencia social. En este sentido, el "poder de policía" y la "policía", vienen a significar, prácticamente lo mismo, pero considerados en planos, categorías o jerarquías distintos, pues en última instancia el hecho de que se haga consistir la distinción entre dichos conceptos sólo en función de que el "poder de policía" corresponde su ejercicio al Órgano Legislativo y la "policía" al Órgano Ejecutivo, no da lugar a una diferencia esencial entre ambos conceptos sino que por virtud de la división de poderes se desmembra una misma atribución estatal, la de policía en este caso, para ejercitarse por diversos órganos estatales.

Por lo dicho, no es necesario usar vocablos distintos, como lo hacen algunos tratadistas, que provocan confusión sin atender la esencia del problema de definir, con precisión, el contenido y alcance del vocablo "policía".

Decía en un principio que dicho término en su acepción ha sufrido cambios a través del tiempo según el tipo de organización del Estado y atribuciones que ha tenido, por lo que, de manera muy breve, haré referencia a la evolución histórica que ha tenido tal concepto relacionado, de manera íntima, con el contenido concreto de las formas políticas que se han venido sucediendo en las diferentes etapas históricas.

Así, conforme a la teoría política del Estado denominado ciudad-griega, y de la *civitas* romana el poder público y la sociedad no eran considerados elementos autónomos, sino que estaban articulados y vinculados entre sí. En ese entonces el uso de la palabra "policía" carecía de una connotación propia, pues se le confundía con la propia palabra política, que correspondía a la suma de toda la actividad estatal. Tan es así, que desde el punto de vista terminológico la palabra "policía" deriva de la voz latina "politia" procedente de la voz griega "politeia", que significaba constitución de la sociedad o del Estado, aplicable al gobierno.

En la época medieval la estructura del poder-sociedad sufre un desmembramiento tanto en los aspectos económicos, políticos y jurídicos que vienen a configurar la forma feudal de organización, característica

de esa época. En el terreno económico, o más bien, de la llamada economía feudal su nota distintiva es la relación entre el señor feudal y sus vasallos. Así, el pequeño propietario o labriego confiaba en el señor feudal la protección de sus intereses en cuanto a seguridad frente a otros grupos de poder y, a cambio de tal protección entregaba al propio señor feudal la nuda propiedad de las tierras, obligándose el vasallo a aprovecharlas en la forma que el propio señor feudal determinaba con la obligación de entregarle parte de lo que producía. Una vez que empieza a consolidarse el poder en manos del príncipe, entre las potestades que éste comienza a ejercer se encuentra la llamada *ius polizei*, que era necesaria para procurar el buen orden de la cosa pública. Precisamente a través de la consolidación de dicha potestad, que era en cierta manera la protección que los señores feudales daban a sus vasallos, dio lugar gradualmente a la extinción de los feudos y la sujeción más intensa de los señores feudales al príncipe, desapareciendo la triangulación de poder, característica de la época feudal, de príncipe-señores feudales-vasallos.

En este sentido, el concepto de policía en la época que se comenta, se refería al buen orden de la sociedad civil, a cargo del propio Estado, excluyendo el orden moral o religioso que quedaba a cargo de la autoridad eclesiástica.

En la época moderna, como consecuencia de los profundos cambios de la sociedad política, surgen nuevos conceptos y realidades que dieron origen a un cambio substancial en la relación poder-sociedad. Como veíamos, al quedar eliminadas las sociedades intermedias (feudos), y centralizado el poder en manos del príncipe se establece una relación directa entre el pueblo y el príncipe bajo su dependencia política y jurídica. En este sentido, el príncipe goza de facultades omnímodas e ilimitadas en cuanto a la actividad de los súbditos, ejerciendo el poder de policía de manera coactiva para lograr, supuestamente, la felicidad de sus súbditos. Como el príncipe detentaba las funciones legislativa, judicial y administrativa, prácticamente las funciones policiaca y estatal quedaban plenamente identificadas. Por ello en este periodo, llamado absolutista, se le conoce también bajo el nombre de estado-policía, en que prácticamente la actividad del súbdito quedaba sujeta a la decisión del príncipe.

A finales del siglo XVIII, con el nacimiento del constitucionalismo, en cuya época cobró fuerza e importancia el derecho natural, se comenzó a poner en tela de juicio los fundamentos jurídicos de la estructura estatal, específicamente las facultades omnímodas del príncipe frente a sus vasallos. Así, con motivo de la declaración francesa de

los derechos del hombre sufrió una transmutación el contenido de atribuciones del Estado al declarar que el cuidado y desarrollo de la felicidad del individuo le pertenece a él y no al Estado, debiendo sólo éste reglamentar las actividades más elementales dejando al individuo el desarrollo de todas sus facultades y potencialidades sin que el Estado tenga facultad alguna de señalar, dirigir o fijar el camino para el logro de la felicidad de sus miembros. Es la época en que se preconiza el individualismo, de modo que el Estado queda reducido a un mero gendarme en cuanto a las facultades frente a los individuos. En este orden de ideas, el concepto de policía se reduce, en esa época, a una mera facultad, autorizada por la ley, que limita los derechos de los particulares, sólo y en tanto que el uso de tales derechos perturbe o pueda perturbar el orden público.

Al resquebrajarse la estructura del estado-liberal y pasarse a un estado de bienestar social o de derecho, que es el que actualmente prevalece, el concepto de policía sufre una nueva mutación, ampliándose considerablemente en función directa del aumento de las atribuciones del Estado, dando lugar a un crecimiento inusitado del derecho administrativo, por cuanto que aumenta la reglamentación de los particulares, no sólo en cuanto a la actividad propiamente dicha de policía, sino de fomento y servicio público.

En síntesis, en la época que actualmente vivimos, se nota y aprecia una marcada intervención del Estado en todos los órdenes de actividades de los particulares, de manera que el derecho transforma las relaciones sociales en jurídicas, dentro de las cuales se enmarca la nueva técnica de la llamada policía administrativa que se desarrolla en las diferentes actividades de los particulares, de modo que al vocablo "policía" se le agregará el adjetivo que corresponda específicamente a la actividad que regula el Estado. Así, se habla de policía en materia de salubridad, en materia económica, en materia de seguridad pública, en materia de moralidad, etcétera.

Hoy en día el Estado tiene como objeto primordial la consecución del orden, seguridad, paz social, distribución equitativa de la riqueza y, en general, la satisfacción de lo que suele llamarse interés público. Para lograr tales objetivos actúa en ejercicio de su función de policía, por medio del órgano legislativo que establece el orden jurídico correspondiente. A través de dicha función legislativa se crea el marco legal o normativo en abstracto, que prevé y regula las diversas conductas sociales en las diferentes áreas de actividad humana. Para el mantenimiento de tal orden jurídico, en el ámbito operativo, es decir, de ejecución, aparecen las otras funciones estatales (jurisdiccional

y administrativa) para hacer efectivo el orden jurídico. En cuanto a la función administrativa, que es la que nos interesa, al ejecutar la Ley pretende la satisfacción del bien en general. Es cierto que en el ámbito de la jurisdicción, primordialmente en la penal, existe una actividad policiaca que es llamada policía judicial, la cual desde luego es ajena al propósito de este estudio. En cambio, en el ámbito de la función administrativa, con relación a los bienes o valores que se pretenden proteger jurídicamente, su actividad va encaminada, primordialmente, a impedir o prevenir la lesión de los bienes o valores tutelados, de suerte que la administración debe preservar el orden, la paz, la tranquilidad social, la seguridad de las personas, la propiedad, la moralidad, contra cualquier acto que pueda ejercerse sobre tales bienes, con motivo de alguna acción o conducta antijurídica del particular. Esta actividad que desarrolla la administración, en cumplimiento de la Ley, es lo que constituye propiamente el objeto de la policía administrativa, en contraposición a aquella puramente formal de la conservación del orden jurídico, propia de la función jurisdiccional.

Por su contenido la policía administrativa se encarga de mantener el orden jurídico relativo a la seguridad, salubridad y moralidad públicas. Sin embargo, hoy en día tal contenido se ha ampliado sustancialmente para incluir otras actividades en la que se ejerce policía administrativa, como es en la materia económica.

La manera o la forma como se ejerce la policía administrativa es a través de la coacción, que se expresa por medio de la multa y, en algunos casos, privación de la libertad sin exceder, en nuestro régimen constitucional, del máximo que el artículo 21 Constitucional señala. Normalmente las normas jurídicas relativas a la policía administrativa imponen a los particulares obligaciones de no hacer, pero eventualmente contienen normas de obligaciones de hacer, por ejemplo, obligación de vacunarse, obligación de exponer al público listas de precios, obligación de obtener permisos, autorizaciones y licencias para realizar diversas actividades.

El fundamento jurídico, en nuestro derecho positivo, de la función de la policía administrativa o poder de policía está prácticamente contenido en toda aquella actividad que el Estado reglamenta, en cuanto límite o restrinja las diversas libertades que consagra la Constitución a favor de los particulares, incluyendo las que son atribuidas al Estado para fomentar o estimular la actividad de los particulares. Sin embargo, nuestra Constitución, en el artículo 21, habla de manera expresa de los llamados reglamentos gubernativos o de policía, que corresponde tal actividad, por su contenido, a la policía administrativa

tradicional, restringida a las áreas de seguridad, tranquilidad y orden públicos. De modo que el contenido y alcance de las normas gubernativas y de policía a que se refiere dicha disposición legal, constituye una parte de la policía administrativa en general, pues como ha quedado señalado, en la actual etapa de desarrollo del Estado, éste no se limita, como en la época del estado-liberal, sólo a salvaguardar el orden público, sino que tienen atribuciones encaminadas a la satisfacción de necesidades colectivas en materia económica, asistencial y de bienestar colectivo. Hoy en día, por su contenido, la función de policía administrativa no se limita a la obligación de atender la seguridad, tranquilidad y moralidad de los habitantes sino también tiene el deber de proteger los intereses económicos de la comunidad, para lo cual utiliza como medio, medidas de vigilancia, control y supervisión, que constituyen la forma en que se expresa la llamada policía administrativa. El límite del ejercicio de tal función, se encuentra en la propia constitución en el capítulo relativo a los derechos subjetivos públicos (derechos individuales y sociales).

Por último, quisiera destacar que en cuanto a la actividad de reglamentación de policía administrativa, corresponde de manera exclusiva al Órgano Legislativo, sin que pueda el Órgano Ejecutivo reglamentar, sin base en una Ley emanada del Congreso de la Unión, las actividades que por su contenido tengan el carácter de policía administrativa en general. Subrayo de manera enfática lo anterior, pues hay quienes todavía sostienen que tratándose del artículo 21 Constitucional, el Ejecutivo tiene competencia, con fundamento en dicha disposición, para expedir los llamados reglamentos gubernativos y de policía, sin ley de por medio. Sobre el particular, remito al lector al estudio a que hago referencia en la nota (1), en el cual de manera amplia y detallada expongo los fundamentos constitucionales para demostrar que el Órgano Ejecutivo carece de competencia para expedir tal clase de reglamentos gubernativos y de policía. La reciente reforma constitucional al artículo 115, corrobora el criterio que sustento en dicho estudio. En efecto, el segundo párrafo de la fracción II de dicho artículo constitucional faculta a los Ayuntamientos para expedir, conforme a las bases normativas, que establezcan las legislaturas, los llamados bandos de policía y de buen gobierno, lo que quiere decir que los Ayuntamientos al expedir los reglamentos relativos a tales materias sólo lo pueden hacer con base en una ley dictada por las legislaturas locales.

En conclusión, podemos decir que la policía administrativa es la actividad que lleva a cabo el Órgano Ejecutivo, en ejercicio de su

función administrativa, por medio de la cual, con base en un ordenamiento jurídico emanado por el Órgano Legislativo, ejerce medidas de control, vigilancia y supervisión sobre diversas actividades de los particulares, para salvaguardar la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas; para fomentar la actividad de los particulares y, en general, para la prestación de diversos servicios públicos.

3. Objeto de la Ley

El artículo 2º de la Ley señala que son faltas de policía y buen gobierno, las acciones u omisiones que alteren el orden público o afecten la seguridad pública realizadas en lugares de uso común, acceso público o libre de tránsito o que tengan efectos en estos lugares. El artículo 3º señala que será el reglamento de dicha Ley el que determine qué conductas o actos pueden alterar los valores antes indicados y las sanciones correspondientes, dentro de los límites a que se refiere el artículo 4º de la Ley (multa o arresto por un periodo de 12 hasta 36 horas). Como se aprecia, el contenido que atribuye la Ley al concepto de policía, coincide con el concepto que prevalecía en el Estado-liberal, es decir, restringido o limitado a salvaguardar la seguridad, tranquilidad y moralidad de los habitantes, excluyendo de la aplicación de la Ley las diversas funciones de policía administrativa que de manera directa o indirecta tengan efectos de carácter económico. Las materias que quedan excluidas de la Ley, se regularán en cuanto al régimen de sanciones y órganos competentes para imponerlas, a sus ordenamientos respectivos. Lo anterior queda corroborado por el hecho de que el Reglamento de Faltas de Policía en el Distrito Federal del 30 de junio de 1970, que continúa en vigor por disposición del artículo 2º transitorio de la Ley, enumera las conductas que dan lugar a la aplicación de la Ley, las cuales en general corresponden a aquellos actos u omisiones que atenten contra la seguridad general, contra el civismo, contra la propiedad pública, contra la salubridad y ornatos públicos, contra el bienestar colectivo y contra la integridad de las personas en su seguridad, tranquilidad y propiedades particulares (artículos del 5º al 11 del Reglamento de Faltas de Policía en el Distrito Federal).

En consecuencia, quedan excluidos de la aplicación de la ley, el Reglamento de Tránsito del Distrito Federal, salvo los casos de excepción que en el propio reglamento se señalan, el Reglamento General para Establecimientos Mercantiles y Espectáculos Públicos en el Distrito Federal y, en general, todas aquellas acciones u omisiones

que constituyen faltas previstas en otras disposiciones legales y reglamentarias, aplicables en el Distrito Federal (artículo 8º de la Ley).

4. Órgano competente

La Ley contempla, en su capítulo II, los órganos competentes para la aplicación de la misma. Se atribuye competencia a los mal llamados jueces calificadores el conocimiento de las faltas de policía y buen gobierno y la aplicación de las sanciones que señale el Reglamento de la Ley, que como hemos mencionado en el capítulo 3 anterior, se sigue aplicando el Reglamento de Faltas de Policía en el Distrito Federal. Dichos jueces calificadores dependen jerárquicamente de la Dirección General de Servicios Legales del Departamento del Distrito Federal (artículo 54, fracción IV del Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal). Los jueces calificadores están adscritos en las 16 Delegaciones en que se divide el Distrito Federal.

Con motivo de que la ley establece el órgano competente para la aplicación de la misma y su Reglamento, al igual que el procedimiento administrativo que se sigue ante dichos jueces calificadores, queda automáticamente abrogado el Reglamento de Tribunales Calificadores del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial el 11 de julio de 1970. Es un avance el hecho de que sea una Ley, en sentido formal y material, la que venga a estructurar la organización y funcionamiento de los órganos competentes para aplicación de la ley, pero sigue siendo un desatino jurídico utilizar, para designar a tal órgano, una denominación propia de la función jurisdiccional. En efecto, el hecho de designar a tal órgano competente con el nombre de jueces automáticamente da la idea de una actividad jurisdiccional, por razón de su naturaleza, cuando en realidad está muy lejos, la función que realizan dichos jueces, de llevar a cabo una función jurisdiccional. Los jueces calificadores llevan a cabo eminentemente una función administrativa que es la de imposición de multas y sanciones por transgresión a las faltas de policía y buen gobierno, sin que tal función pueda equipararse a la propiamente llamada jurisdiccional, pues ésta para que tenga tal carácter, tiene que reunir los siguientes elementos: a) Órgano independiente de las partes en conflicto; b) Supone la controversia o conflicto entre partes, como presupuesto para la intervención del órgano judicial; y c) El fin único y último de dicha función consistente en dictar una resolución, sentencia o laudo para poner término al conflicto a fin de mantener o restablecer el orden jurídico.

En el caso particular, el Órgano Ejecutivo en su función administrativa, como es el caso de los llamados jueces calificadores, realiza una función de ejecución de la Ley, no con el fin último de dictar una resolución, sino como medio para lograr la aplicación de la Ley tendiente a obtener el bienestar de la colectividad, y además, la parte que en todo caso juzga, no es distinta de las que están en el conflicto. Tan es así que la propia Ley, contra las resoluciones dictadas por los jueces calificadores, prevé la posibilidad de ser impugnadas en la vía contencioso-administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal (artículo 24), y contra la sentencia que dicta dicho tribunal, el particular afectado puede interponer el Juicio de Amparo directo ante la Justicia Federal.

Por lo anterior, y con el ánimo de evitar confusiones, hubiera sido conveniente eliminar el término "jueces" a los titulares de los órganos competentes encargados de la aplicación de la Ley, pues técnicamente hablando dicha denominación no corresponde a la función que realizan.

5. Procedimiento Administrativo

En términos generales el procedimiento administrativo instituido por la Ley, para la imposición de las sanciones que el reglamento correspondiente establece, satisface los principios fundamentales que la Doctrina ha señalado para un procedimiento administrativo. En efecto, se satisfacen, entre otros, los principios de economía procesal, el de competencia, el de informalidad, el de fijación de términos y notificaciones y el de ejecución del acto administrativo.

En el capítulo III de la Ley se establece dicho procedimiento, distinguiendo, en primera instancia, cuando la falta fuere flagrante y cuando no tuviere tal carácter. En el primer caso, los agentes de la policía preventiva, únicos con competencia para iniciar el procedimiento administrativo de imposición de sanciones, pueden detener y presentar ante el mal llamado juez calificador al presunto infractor; en el segundo caso, es decir, que no fuere flagrante la falta, el agente de la policía preventiva se limitará a extender por escrito un citatorio al presunto infractor para efectos de que comparezca ante el juez calificador.

Una vez que el infractor estuviere presente ante el juez calificador, éste determinará, en primer lugar, si los hechos atribuidos al infractor son o no constitutivos de un delito; si lo fueren suspenderá el procedimiento y remitirá el expediente respectivo al Agente del Ministerio

Público; si no lo fueren se iniciará el procedimiento ante el juez calificador, que será oral y público, salvo que por motivos de moral u otras causas graves resuelva el juez que se desarrolle en privado. Radicado el asunto, el juez le hará saber en primer lugar al presunto infractor que tiene derecho a comunicarse con persona que los asista y defienda. Concluido el plazo que otorgue el juez para tal fin, con asistencia o no de la persona o personas que lo asistan o defiendan, el presunto infractor, continuará el procedimiento, que se substanciará en una sola audiencia necesariamente presidida por el juez o por quien legalmente lo sustituya (secretario); mandará a citar a las personas que deben concurrir a la audiencia y, si en ésta no se logran desahogar las pruebas ofrecidas podrá disponer la celebración de otra audiencia a la mayor brevedad posible y por una sola vez para la recepción de los elementos probatorios, ofrecidos tanto por el presunto infractor como por la parte denunciante.

En síntesis, la audiencia se desarrolla con la declaración del agente de la policía que hubiere practicado la detención y presentación o, en su caso, con la toma de nota de las constancias aportadas por aquél o con la declaración del denunciante, si lo hubiere; a continuación se recibirán las pruebas y finalmente se escuchará al infractor por sí o por medio de su defensor. En seguida el juez calificador resolverá, fundando y motivando su resolución conforme a las disposiciones de la Ley.

Contra la resolución que dicte el juez calificador, procede el Juicio de Nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal y, si éste a su vez confirmara la resolución del juez calificador en perjuicio de los intereses del infractor, éste puede todavía interponer el Juicio de Amparo directo.

6. Sanciones

En cuanto a las sanciones por las faltas de policía, la Ley cumple y satisface los requisitos que sobre el particular señala el artículo 21 Constitucional. La sanción consistirá en una multa que podrá fluctuar entre un día a treinta al salario mínimo general en el Distrito Federal. Si el infractor fuere jornalero, obrero, trabajador o desempleado sin ingresos no podrá ser sancionado con una multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. Si la multa no pudiera ser pagada por el infractor o sólo la cubriera en parte, el juez calificador la permutará por arresto que no excederá de 36 horas, tomando en cuenta las circunstancias personales del infractor y las condiciones en que se hubiere cometido la falta.

Por último, se establece acertadamente un plazo de prescripción que es de seis meses contado a partir de la presentación de la denuncia, o de tres meses contados a partir de la fecha de la resolución que dicte el juez calificador. Ambos plazos se interrumpirán por las diligencias que ordena o practique el juez calificador, en la inteligencia en ambos supuestos que la prescripción sólo se interrumpirá una sola vez estableciendo la Ley que el plazo para que opere la prescripción nunca excederá de un año.

LA CODIFICACIÓN CIVIL EN MÉXICO 1821-1884*

Francisco DE ICAZA DUFOUR

De la historia de la codificación en México, es la del Derecho Civil la que más ha ocupado la atención y el estudio tanto de historiadores como de civilistas, aunque por el momento su historia no puede ser considerada como totalmente terminada, ya que quedan aún muchos problemas que resolver y puntos por investigar, lo que convierte a este tema en una rica y novedosa fuente para la investigación de la Historia y del Derecho.

La palabra código, derivada del latín "*codex*" o "*codicus*", no ha tenido siempre el mismo significado, en las épocas más remotas era empleada simplemente para designar un conjunto de pliegos, cocidos entre sí y que se abrían para leerse a diferencia del "*liber*" que era un papiro o pergamino que se enrollaba. En forma paulatina la significación de la palabra "*codex*" fue cambiando y se amplió para designar conjuntos o recopilaciones de "*leges*", emanadas del poder imperial romano, como son entre otros, los Códigos Hermogeniano, Gregoriano, Teodosiano, etcétera, y más tarde el de Justiniano. Estos Códigos o recopilaciones que podían ser elaboradas de manera privada o por encargo oficial y que encontramos desde el siglo III y hasta el siglo XIX y tenían por principal función el facilitar el conocimiento y la aplicación del Derecho, toda vez que reunían y ordenaban las diversas leyes, por lo general conservando sólo las vigentes y desechando las derogadas, de esta manera la palabra Código hasta antes del siglo XVIII fue empleada según Tomás y Valiente, para "designar obras jurídicas dotadas de una cierta unidad de elaboración y de una considerable estimación formal".

Ese concepto de Código-recopilación, pasa a todos los pueblos de tradición romanista y por lo tanto España no fue la excepción, en ella encontramos Códigos desde las remotas épocas de la monarquía gótica, como los Códigos de Eurico, Alarico, etcétera, y los encontramos también a lo largo de la Edad Media y en la moderna con el gobierno de los Reyes Católicos, cuando la intensa labor legislativa real provoca

* Conferencia dada en la Escuela Libre de Derecho el mes de mayo de 1984.

una gran acumulación de leyes que crea un grave problema en Castilla, en especial por la dificultad que planteaba para el conocimiento de las leyes en vigor, tanto por su gran número, como porque el legislador no derogaba las normas anteriores de manera expresa, sino que las dejaba vigentes en todo aquello que no era derogado por las nuevas normas. Este problema de conocimiento se iba a resolver o al menos a aliviar mediante la labor de recopilación que cumplía con la doble función de facilitar el conocimiento del derecho real en vigor y quitar todas aquellas normas que se consideraban derogadas en forma tácita.

En cuanto a la técnica recopilatoria se desarrolló de dos formas: reuniendo las leyes de manera cronológica, o sea que sólo se atendía a la fecha de su expedición, y la segunda que suponía un mayor conocimiento de la técnica jurídica y que se desarrollaba separando las leyes por materia: civil, penal, procesal, etcétera, suprimiendo las que se consideraban derogadas y ordenándolas además en forma cronológica.

En el siglo XVIII, el mundo occidental había de sufrir profundos cambios en todas las manifestaciones de su cultura a la luz de los principios de la ilustración y del racionalismo, y el Derecho no pudo haber sido la excepción en aquella sociedad que pretendía transformarse racionalmente, es más en ello jugaba un papel preponderante.

En esta época los juristas harán oír su voz en contra de las ancestrales recopilaciones y propiciarán una nueva técnica legislativa que era la codificación, entendiéndola por ésta no una mera recopilación de leyes, sino "una forma particular de recoger la legislación, sistematizándola y elaborándola científicamente". Esta nueva técnica proponía algo "radicalmente innovador: la derogación de todo ese derecho y la elaboración de unas pocas y nuevas leyes breves, claras, sencillas, metódicas, racionales", a las que llamarán códigos, y los que de acuerdo con las concepciones modernas puedan definirse como "la ley única que, con plan, sistema y método, regula alguna rama del Derecho positivo.

El movimiento codificador, en su primera fase apareció en una Europa que aún vivía bajo el absolutismo monárquico, por ello afirma Giovanni Tarallo: "la codificación se proponía entonces simplemente como medio para superar la falta de unidad y de coherencia entre las leyes vigentes". Bajo este orden de ideas surge el primer Código Civil, que será el prusiano de 1794, debido a las ideas ilustradas del Emperador Federico II, que deseaba en principio, según Savigny, que fuese "sobre todo simple, popular y materialmente completo de modo que el oficio de juez consistiría en una mecánica aplicada del mismo". Dentro de este mismo orden de ideas la Emperatriz austríaca María Teresa, encargó

la elaboración de un proyecto de código civil, el cual nunca llegó a promulgarse y que es conocido como "Codex Theresianus", que en el estricto sentido de la palabra no es un verdadero código, sino un intento de suplir el particularismo jurídico territorial que existía en Austria, sin embargo esta obra dice Savigny muestra más originalidad que el prusiano por no estar sus autores ligados al Derecho romano "y debían sólo hacer valer la equidad natural".

El siglo XVIII español, fue una época especialmente crítica, con un cambio de dinastía que acarrea una crisis política, una masa campesina empobrecida, o sea una crisis económica y una crisis cultural que hará sentir al español, dice algún autor, como si todo lo que había hecho en épocas anteriores estaba mal. Era en síntesis una España de masas con una minoría ilustrada, que iba a hacer del siglo XVIII el "menos español" de su historia, según dice Ortega y Gasset, en que "parece España salir de tal modo de su tradición que, bajo la influencia del extranjero, oponer a las fuerzas de la esclerosis y de muerte una minoría tan radiante y combativa", son los ilustrados como Floridablanca, Campomanes, Aranda, Cabarrus, Carlos III, etcétera, quienes inician a partir del reinado de Felipe V, la lucha por devolver a su patria la grandeza del Siglo de Oro, pero una diferencia de éste, ahora lo haría a la luz de las ideas extranjeras, en especial las francesas, por lo que diremos con Maeztu era un proceso de "deshispanización", cuyas consecuencias sólo se podrán apreciar hasta el siguiente siglo.

En esas condiciones el estudio de Derecho también habría de tomar nuevos rumbos en aquel Siglo de las Luces, abandonarían en primer lugar la línea tradicional del estudio del Derecho Romano y las concepciones filosóficas de los teólogos y juristas españoles del siglo XVI, para ser sustituidos en aras del absolutismo por el Estudio de Derecho Real. Para entonces en España, al igual que en otros países europeos, pensadores como Cabarrús propugnaban una codificación ilustrada. En 1752, el Ministro de Fernando VI, Marqués de la Ensenada, realizó diversas gestiones ante el Rey para formar un nuevo código a la manera del prusiano, con el argumento de que al no haber en las universidades cátedras para el estudio de las leyes del reino, los abogados y los jueces ejercían a ciegas su profesión. Este proyecto de código llamado "Fernandino", nunca llegó a elaborarse y en torno a él existen diversas opiniones. A fines del siglo XVIII y principios del XIX, la crisis española no había sido resuelta, todavía en 1802, la falta de visión de Carlos IV le lleva a encargar a don Juan de la Reguera y Valdeomar, la tardía y justamente criticada Novísima Recopilación, promulgada en 1805, en momentos en que los ecos de la Revolución Francesa habían llegado a

España y los ilustrados más progresistas se habían transformado en liberales, que pugnaban por cambios revolucionarios que el despotismo ilustrado había sido incapaz de realizar.

En Francia, una vez apaciguado el fragor de la Revolución, bajo el poder de Napoleón, se planteó como necesaria la redacción de códigos modernos que fueron el complemento de la Constitución con que ya contaba la nación y para 1804 era promulgado el primer Código Civil, fruto de los trabajos de prestigiados juristas como Portalis, Tronchet, Maleville y Bigot Preameneu, inspirados en los principios del Derecho Romano, pero amazados con conceptos de la Revolución Francesa y del liberalismo, en su obra, subraya Savigny, que "el influjo del elemento político legislativo ha predominado sobre el elemento técnico, y por tal motivo, ha introducido en el derecho existente mayores innovaciones que las hechas por los códigos alemanes, pero, pese a esta observación del Padre de la Escuela Histórica, el Código Napoleón estaba llamado a influir en la codificación de casi todo el orbe pues "el movimiento hacia la codificación iniciada por la Revolución Francesa y llevado a la práctica por Napoleón, había transformado sustancialmente la concepción universal acerca de la forma y el contenido de las leyes". Por lo que a España se refiere, en los inicios del siglo XIX, encontramos que la situación se torna cada vez más crítica a consecuencia de un mayor divorcio entre la república y el gobierno, el descrédito de la Monarquía y la difusión de las ideas revolucionarias, cuyo desarrollo se verá acelerado por la invasión francesa el año de 1808, en la que habrá de triunfar con el tiempo. Este periodo, explica García Gallo, iniciado en mayo de 1808, marca una nueva época en la vida del Derecho Español, caracterizado por el proceso de su desnacionalización al sustituirse el antiguo orden jurídico por otro calcado e inspirado en el derecho extranjero. Será en las Cortes de Cádiz, reunidas en principio para hacer frente al invasor extranjero y gobernar a España en ausencia de su legítimo rey, donde emerjan las ideas revolucionarias de Francia, por más que alguno de sus diputados se esmere en demostrar el apego de esas ideas a la tradición multiseccular hispana. De estas Cortes surgirá la primera Constitución española, que para efectos del estudio de la codificación civil tiene un especial interés, en virtud de que en su artículo 258 prescribía la elaboración de un código civil para toda la Monarquía, en cumplimiento de esa disposición las propias Cortes expidieron una Orden, fechada el 5 de abril de 1814, en la que designan siete individuos para integrar la comisión redactora de dicho código, entre los que destacan Francisco Martínez Marina y Manuel de Larizábal.

El mencionado artículo 258 de la Constitución de Cádiz reviste especial importancia para la historia del Derecho Español, como para el Derecho Americano, a pesar de que los códigos cuya elaboración prescribía, nunca llegaron a elaborarse, en primer lugar por ser la primera disposición oficial en nuestras historias que prescribió la de elaboración de códigos modernos y en segundo lugar, por marcar el inicio del proceso de recepción del Derecho Francés, proceso que en España y en cada uno de los nacientes países iberoamericanos, en cada uno de ellos con sus características articulares aunque se desarrolla con cierta similitud en todos ellos.

La recepción del Derecho Francés en el siglo XIX es un fenómeno similar y tan importante como la recepción del *Ius Commune*, que se plantea en Castilla en los siglos XII y XIII, tras el resurgimiento de los estudios del Derecho Justiniano, iniciados por los glosadores y que Alfonso X recoge en su famosa obra de las *Partidas* y que obedece no sólo a razones de carácter técnico y de superioridad de la obra de Justiniano sobre el Derecho Romano vulgar, conocido hasta entonces en España, sino que obedece también a importantes motivos de carácter político, ya que favorecía un poder personal y fuerte de los reyes, que encontraron en la codificación de Justiniano el instrumento adecuado para imponer su poder político absoluto y soberano sobre su pueblo y ante las potestades medievales del Papa y del Emperador, quienes también supieron aprovechar de los beneficios que les proporcionaba aquel *Ius Commune*.

Del mismo modo, las ventajas técnicas y científicas de la codificación civil de Francia, no fueron las únicas en los más importantes motivos que llevaron a las diversas naciones a su recepción, hubo también poderosas razones de orden político, económico y social, que fueron el principal motor para que aquellos juristas y aquella sociedad la adoptara, sólo que esta vez no era el poder real el beneficiado, sino la pujante burguesía que encontró en los principios liberales del Código Napoleón el marco necesario para el logro de sus fines, como era de la abolición de las instituciones medievales sostenidas por el antiguo régimen, el fin de la sociedad estamentaria y por consecuencia la igualdad absoluta ante la ley, en síntesis eran un conjunto de libertades individuales protegidas por el Estado, garantizadas por una Constitución, y complementadas en los códigos, especialmente en el civil y el de comercio.

El Código Napoleón fue para la burguesía del siglo XIX el ideal a alcanzar y lo mismo en Europa que en América, ese grupo social hubo de presionar a los juristas y legisladores de sus respectivos países

para imponerlo, "pues la codificación es más que un encargo experimental, es una revolución en los principios generales de la ciencia jurídica que se incorporan a la nación organizada en un sistema de Derecho". La América, que siguió los pasos de Europa, a principios del siglo pasado la codificación también era una necesidad y un anhelo, y así, en Argentina Rivadavia en 1821 explica la necesidad de elaborar códigos; en 1825 Bolívar en el Perú designó una comisión codificadora. Bolivia en 1832 fue el primer país sudamericano que promulgó su Código Civil bajo el gobierno del general Santa Cruz; en Chile, don Andrés Bello redactó en 1841 el que fue el primer Código Civil de ese país, en el que con anterioridad hubo quien propusiera adoptar los 5 códigos de Napoleón y así sucesivamente en todos los países americanos se va presentando la misma tendencia.

Por lo que se refiere a México, en el siglo XVIII, llamado por alguno "el siglo Novo-Hispano", y que bien podría calificarse como el Siglo de Oro de nuestra cultura, aparecen las mismas corrientes ideológicas que se difundieron en España y a las que ya me he referido, la ilustración y el racionalismo, que sólo habían, como afirma Américo Castro, afectado a la "epidermis de la vida española", aquí se podría afirmar que tan sólo había afectado la epidermis de la epidermis. Unos cuantos ilustrados por el Siglo de las Luces, llegaron a concebir, en la segunda mitad del siglo XVIII cambios para este Virreinato, postura que desde luego se va radicalizando con el transcurso del tiempo y el devenir de acontecimientos históricos tan importantes como la Independencia Norteamericana, la Revolución Francesa y la invasión de España, que fueron factores que aceleraron este proceso, que se guiaba bajo el influjo de la ideología francesa, transportada a estas tierras por los navíos de la Ilustración que zarpaban de puertos iberos, por ello alguien proclamó a los americanos "vous n'etes pas les fils de l'Esagne; vous etes les fils de la Revolution Française".

Por cuanto a la idea codificadora se refiere aparece en México desde épocas tempranas, pues ya en el proceso seguido en contra de Hidalgo por el tribunal del Santo Oficio de la Inquisición se mencionaba que el prócer poseía y difundía el Código Napoleón. Pero sin duda aquella idea alcanzó una mayor difusión a través del artículo mencionado de la Constitución Gaditana y así la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio decretó en 1822 la formación de una comisión para redactar un código civil aunque ya antes, en la Constitución de Apatzingán de 1814, se mencionaba la formación de un cuerpo de leyes para la Nación Mexicana.

Es importante subrayar que en el siglo XIX mexicano, caracterizado

por las luchas fratricidas entre liberales y conservadores que peleaban por principios irreconciliables, coincidían, al menos en cuanto a la forma, en la elaboración de códigos modernos, inspirados en los de los franceses, sus divergencias fundamentales no eran de carácter técnico, sino sobre aspectos de ídole moral o más bien religiosos, que afectaban principalmente a las instituciones del derecho de familia. No encuentro en los grandes pensadores del conservatismo mexicano, como don Lucas Alamán o don Clemente de Jesús Munguía, ni en juristas como don Juan N. Rodríguez de San Miguel y don Teodosio Lares, que haya influido en ellos la oposición conservadora a la codificación que encontramos en el político español don Francisco Donoso Cortés, ni siquiera encuentro influencia de la famosa controversia entre Thibaut y Federico Carlos de Savigny, que en España llegó a frenar la codificación y "se usará como arma política por los partidos y los prohombres regionalistas, para defender lo que en realidad no era otra cosa que una regresión al sistema jurídico privado del antiguo régimen", por lo que repito, el punto medular de la lucha en México fue el trato que se daría en la legislación a la Iglesia y a la doctrina católica y que con toda seguridad si los liberales hubieran sido menos radicales y los conservadores menos intransigentes, nuestro país se hubiera ahorrado 50 años de luchas.

Volviendo al proceso codificador en México, podemos dividirlo en tres etapas dentro del periodo que nos ocupa; la primera de la que ya he hablado y que abarca del año de 1804, en que se elabora el Código Francés y se difunde en Nueva España, pasando por el punto principal de esta etapa que es la Constitución de Cádiz, para terminar con la caída del Primer Imperio en el que aparece el primer intento codificador; la segunda etapa que abarca del establecimiento del régimen republicano al triunfo de la Revolución de Ayutla. Etapa en la que México fluctúa de la República Federal a la centralista. En este periodo el punto principal a resolver es el tipo de Constitución que se va a adotar (Federal o Centralista) y que tiene una íntima correlación con la codificación civil, pues una constitución sin un código civil que la complemente y que esté acorde con los principios por ella sustentados quedaría coja. Por eso en toda la problemática del siglo XIX primero hubo de ser resuelto el problema constitucional y después la codificación civil.

En esta etapa encontramos al amparo del federalismo cuatro códigos locales, el de Oaxaca, primero de América Latina promulgado por libros de 1827 a 1829; el proyecto de Código Civil de Zacatecas, publicado para su discusión por decreto el 14 de febrero de 1829; el pro-

yecto de la primera parte de Código Civil del Estado Libre de Jalisco de 1833; y un segundo Código Civil del Estado de Oaxaca en 1852, cuyo texto es hasta hoy desconocido, aunque hay plena certeza sobre su existencia; y por último la convocatoria para un concurso para premiar el mejor código civil para el Estado de Guanajuato, el 21 de mayo de 1833. De los mencionados códigos y proyectos sólo tuvieron vigencia los de Oaxaca y aunque no se haya hecho un estudio exegético de ellos, puede decirse que existen diferencias entre ellos, aunque todos se encuentren basados en el Código Civil Francés.

En el agitado periodo centralista que abarca de 1833 a 1846, encontramos el artículo 187 de las Bases Orgánicas de 1843, que preceptúa que: "los códigos civiles, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la Nación, sin perjuicio de las variaciones que en algunos lugares podrá hacer el Congreso por circunstancias particulares": Asimismo en este periodo encontramos que fueron designadas diversas comisiones para la elaboración de códigos, cuyos trabajos fueron frustrados por las vicisitudes económicas y políticas de la época. Fueron también elaborados dos códigos de carácter privado que nunca alcanzaron la sanción oficial, éstos fueron las "Pandectas Hispano Mexicanas" de don Juan N. Rodríguez de San Miguel, que siguen el orden de la Novísima Recopilación, atendiendo, según su autor, las enseñanzas de Bacon de Verulamio para acabar con el desorden legislativo y los males que afectan a la sociedad, redactando "en un solo volumen la parte útil de la legislación"; la otra obra es la "Redacción del Código Civil de México" de Vicente González Castro, que fue un proyecto inspirado en el proyecto español de Pablo de Gorozabel en el que ya se sentía la influencia del Código Francés.

La tercera etapa es la del triunfo del liberalismo y abarca del triunfo de la Revolución de Ayutla a la caída del gobierno del general Porfirio Díaz. No obstante que en este periodo encontramos el Segundo Imperio, aunque sostenido por los conservadores y por liberales moderados, resultó ser tanto o más radical en su liberalismo que el propio Juárez.

Benito Juárez, quien ya había intervenido en la materia de codificación con el segundo Código Civil de su estado natal, Oaxaca, encargó siendo Presidente de la República a don Justo Sierra la elaboración de un proyecto completo de Código Civil, para lo que el doctor Sierra se retiró al convento de la Mejorada, en Mérida, Yucatán, y auxiliado tan sólo por su secretario, caso parecido al del Código Chileno, redactado por don Andrés Bello, elaboró allí el proyecto, que una vez completado fue remitido para su revisión al Ministerio de Justicia, el 18 de diciem-

bre de 1859. Las fuentes principales de esta obra fueron el Código Francés y el proyecto del Código Español de don Francisco García Gollena, aunque también fueron utilizados otros códigos europeos.

La obra de Sierra fue promulgada como Código Civil del Estado de Veracruz el año de 1861 y el año de 1862, el Ministro de Justicia don Jesús Terán designó con carácter privado una comisión para que efectuara la revisión del proyecto Sierra, estaba integrada por don Jesús María Lacunza, don Pedro Escudero y Echánove, don Fernando Ramírez y don Luis Méndez, este último primer Rector Honorario de esta Escuela.

Con el establecimiento del Segundo Imperio la comisión revisora del proyecto realizado por Sierra continuó en forma privada sus trabajos y con posterioridad el Emperador Maximiliano mandó que continuara con su labor, en la que el propio Emperador estaba tan interesado que llegó a participar en persona en algunos de sus trabajos. Esta comisión logró terminar los dos primeros libros de lo que fuera el Código Civil del Imperio Mexicano, promulgado el 6 y el 20 de julio de 1866. Los libros tercero y cuarto estaban totalmente terminados, pero no pudieron promulgarse por la caída del régimen imperial. De la lectura de las discusiones de la comisión revisora puede concluirse que fueron pocas las modificaciones introducidas al proyecto Sierra, así como la intervención preponderante de don José María Lacunza, quien fuera Consejero de Estado y Ministro de Hacienda de México. A la restauración de la República en 1867, el señor Méndez entregó los trabajos de la Comisión al entonces Ministro de Justicia don Antonio Martínez de Castro, quien designó una nueva comisión revisora integrada por don José María Lafragua, don Mariano Yáñez, don Isidro Montiel y Duarte, don Rafael Dondé y como Secretario don Joaquín Eguía Lis, quienes terminaron sus trabajos en mayo de 1870 y el 8 de diciembre del mismo año se promulgó el primer Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que tuvo por su principal fuente el proyecto Sierra y todos los trabajos de revisión sobre él realizados.

Antes de la promulgación del Código Civil de 1870, en Veracruz el 7 de diciembre de 1868, se promulgó un Código Civil elaborado por don Fernando de Jesús Corona por lo que es conocido como "Código Corona"; en Zacatecas se elaboró un proyecto de Código Civil de 1869, redactado por don Eduardo G. Pankhursts y don Manuel Ríos Ibarra; y en el Estado de México en los meses de febrero y junio se promulgó como Código del Estado el mismo Código que en diciembre se promulgó para el Distrito Federal.

El Código Civil de 1870 fue adoptado por todos los estados de la República, aunque en algunos de ellos con ligeras variantes, por lo que dice don Pablo Macedo, "representa prácticamente la codificación civil de la República". Esta obra legislativa producto de una larga y azarosa elaboración, que abarca 11 años y dos importantes etapas de nuestra historia fue objeto de alabanzas entre propios y extraños, entre quienes destaca el jurista francés León de Montiuc, quien califica a ese Código como una obra irreprochable "... la expresión es clara y lúcida, el estilo preciso y científico... en el fondo el Código de México es una obra sabia y sobre todo lógica, racional y juiciosamente liberal".

Si los trabajos que fructificaron con el Código de 70 duraron largo tiempo, en comparación, no sucedió lo mismo con su vigencia que escasamente duró 14 años, pues en 1884 se promulgó otro Código Civil, cuyo centenario ha motivado este ciclo de conferencias. En virtud de que un análisis exhaustivo de este Código, así como de los comentaristas que de él se ocuparon lo escucharemos de distinguidos civilistas en las siguientes conferencias, mi aportación a este ciclo se reduce a resolver dos dudas que me surgieron en la investigación de este tema, la primera es que si el Código de 70 cumplía con los ideales del liberalismo y nos encontrábamos frente a una "obra irreprochable", según las palabras de Montiuc, entre otros ¿qué motivó su derogación? y la segunda es si fue el Código de 1884 uno verdadero y nuevo Código o es tan sólo una reforma del Código de 70.

El general Manuel González era un veterano militar que había sido santanista, conservador y más tarde liberal, sin más méritos personales que el ser amigo del general Porfirio Díaz, quien lo puso en la silla presidencial el 10. de diciembre de 1880; son muchas las opiniones emitidas sobre la administración del general González, pero coinciden todas en que con grandes dificultades llegó al término legal de su mandato. Afirma la Baronesa de Wilson que el gobierno de este Presidente se distinguió además por la gran corrupción en la hacienda nacional y que al entregar el mando a su sucesor, el general Díaz "... éste encontró vacías las cajas del tesoro público y sin cubrir las más perentorias necesidades de la República, como haberes de las clases pasivas, empleados, y otros pagos urgentes."

El 31 de marzo de 1882, renunció al Ministerio de Justicia el ameritado y probo don Ezequiel Montes, quien fue substituido por el licenciado Joaquín Baranda, "antiguo lerdista culto e inteligente, pero, necesitado de congraciarse con el régimen, se disciplinó y toleró que la justicia se plegara a los caprichos políticos". En junio del mismo año,

el Presidente González designó al Procurador General de la República don Eduardo Ruiz, a don Pedro Collantes y Buenrostro y a don Miguel S. Macedo, quien más tarde fuera uno de los fundadores y Rector de esta Escuela Libre de Derecho, para que procedieran a revisar el Código Civil vigente entonces e hicieran las correcciones oportunas. La Comisión presentó su proyecto de reformas en abril de 1833 al Ministro de Justicia don Joaquín Baranda. Este proyecto fue sometido a un nuevo estudio, encabezado por el propio señor Baranda y en esa segunda revisión fue cuando se adoptó el principio de la libre testamentifacción, que no aparecía en el primer proyecto y la cual se introdujo "por iniciativa del propio Ministro y previo acuerdo con el Presidente Manuel González". Para introducir la mencionada reforma, en un volumen manuscrito que existe en la biblioteca de esta Escuela y que contiene las actas de la Comisión revisora del Código, en él se incluye un folleto intitulado "Proyecto de Reformas al Código Civil de Michoacán" impreso en 1881 y redactado por el abogado Jacobo Ramírez, en ese folleto de puño y letra del señor licenciado Macedo se puede leer: "en esta revisión se tuvo a la vista el Proyecto de Reformas en Michoacán".

Una vez terminada esa segunda revisión, el proyecto fue remitido a la Cámara de Diputados, como "iniciativa del Ejecutivo", el día 2 de mayo de 1883, acompañado de una nota del propio licenciado Baranda, en la que expresa que aunque la iniciativa contempla varias modificaciones de más o menos importancia en los cuatro libros que integran el Código "... no puede ocultarse que la única que verdaderamente tiene un carácter grave y trascendente es la que se refiere a la abolición de la herencia forzosa y proclama de una manera franca y terminante la libertad de testar", continúa manifestando el ministro, que no es la primera vez en que se intentaba cambiar el sistema sucesorio, porque ya en la Cuarta Legislatura Constitucional de la Unión, en sesión del 15 de febrero de 1868, se había presentado un proyecto en ese sentido, pero, "había sido recibido con hilaridad y sarcasmo", agrega que, "la libertad de testar no es más que el ensanche natural de la libertad individual y complemento del derecho de propiedad" y que "la herencia forzosa puede enervar la actividad del padre y autoriza y constituye generalmente la ociosidad del hijo".

Para el estudio de la iniciativa presidencial, en la Cámara de Diputados fue designada una nueva comisión integrada por los diputados don Justino Fernández, licenciado José Linares y doctor Ignacio Pombo, este último había participado con anterioridad en la segunda revisión del proyecto.

El dictamen de la Comisión de la Cámara de Diputados advirtió que no era su deseo modificar totalmente el Código de 70, sino que las reformas "debían concretarse a lo que fuera absolutamente indispensable para satisfacer las necesidades sociales, y para dar claridad a algunos preceptos que no aparecían suficientemente esclarecidos y para suprimir todo aquello que por carecer de aplicación práctica o por referirse a algún otro ramo de la legislación, sólo servía en el Código Civil para ocasionar ciertas confusiones en sus disposiciones". Desde luego la Comisión aprobó el principio de la libertad de testamentifacción, aunque es de mencionarse el voto particular del diputado Justino Fernández, quien se opuso a ello y defendió en el seno de la Comisión la institución de la legítima.

El 14 de diciembre de 1883, el Congreso autorizó al Ejecutivo para efectuar reformas a los Códigos y el 31 de marzo del siguiente año fue promulgado el conocido Código de 84, que entró en vigor en el mes de junio del mismo año.

El periódico *El Nacional*, en su edición correspondiente al 8 de abril de 1884, reproduce íntegramente el discurso pronunciado por el presidente Manuel González al abrirse el Cuarto Periodo de Sesiones del Congreso de la Unión, el 10 de abril de 1884, en el que afirmó, entre otras cosas, "... por lo que hace al ramo de justicia debo informaros que en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo el 14 de diciembre de 1883 para reformar los Códigos, se ha publicado reformado ya el Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California..."

En el lapso que abarca los meses de abril a junio de 1884, el periódico *La Voz de México*, famoso por su oposición al Gobierno, en diversos editoriales lanza ataques al Congreso y acusa a sus miembros de meros lacayos del Ejecutivo, que indebidamente ha tomado la función legislativa "... cada departamento del Ejecutivo acaricia una idea, la que le place y una vez que la adopta y la desenvuelve en forma de iniciativa o desempeñando una delegación del Legislativo le da cuenta con ella y le pide que la sancione... Las Cámaras no hacen después de recibir el proyecto a la obra encargada en comisión, más que otorgar voto aprobatorio... el papel que hacen es a la verdad tristísimo".

A todo este proceso expuesto, hemos de agregar la noticia que da el historiador Ernesto de la Torre Villar, que dice: "González, hombre impetuoso, viril, amigo del placer y del dinero, contrastó con sus antecesores, que habían sido austeros, sencillos, de vida particular recatada y digna. Casado con doña Laura Mantecón, pronto la abandonó

y su intemperancia y amoríos con Juana Horn y Julia Espinosa fueron comentados por la sociedad pacata de la época, lo mismo que la pasión que le encendió la francesa o circasiana que tenía en su hacienda de Chapingo, las embozadas que entraban a palacio por las noches, así como sus continuas embriagueces con sus amigos Lalanne, Fernández, Carmona y otros. Sus haciendas de Laureles en Michoacán, Chapingo, Santa María Tecajete en Hidalgo, y las de Tamaulipas; sus amplias propiedades a un lado de Peralvillo y otras colonias de México que crecía; sus especulaciones en torno de la creación de los bancos y la emisión del níquel, todo eso habido en muy poco tiempo con el ansia de poder y dinero inextinguible que tienen muchos políticos, le valieron la antipatía de la población, quien le criticaba solapada y aun abiertamente".

A la anterior noticia, habrá que agregar la opinión del eminente jurista don Jacinto Pallares respecto del Código que nos ocupa: "... en cuanto a ese Código Civil hoy vigente de 31 de marzo de 1884, no tiene más novedad importante que haber establecido el principio o sistema de la libre testamentifacción, obedeciendo (según algunos dicen) más bien al deseo de favorecer a un altísimo funcionario cuyas desavenencias de familia exigían esa reforma, que a un sentimiento de interés general. La otras enmiendas son tan empíricas y superficiales que apenas merece llamarse obra de sabiduría jurídica..."

Por último encontramos que don Manuel González muere en su hacienda de Chapingo en el año de 1893 y a su muerte se inicia un largo litigio que llega a formar varios legajos, respecto de la hacienda de Chapingo, entre las familias González Mantecón y González Horn, ambas herederas del expresidente.

Por todo lo antes expuesto podemos concluir que las reformas al Código de 70 y más concretamente la libertad de testar, sin duda la más importante aportada por el Código de 84, fueron promovidas directamente por el Presidente González en el mencionado acuerdo con don Joaquín Baranda, y a través de él presionó a las diversas Comisiones para que mantuvieran dicha reforma, única y exclusivamente en razón de sus intereses particulares, ya que por razones obvias le interesaba acabar con el sistema de herencia forzosa para poder de esa manera disponer libremente, a su muerte, de la totalidad de sus bienes y para llevar a cabo sus deseos organizó todo un embrollo legislativo del que resultó el llamado Código de 84, no obstante que había sido autorizado por el Congreso sólo para "reformular" el Código entonces en

vigor. Aunque por su discurso ante el Congreso de la Unión, tal parece que el propio presidente no se había percatado de que se había promulgado el día anterior un nuevo Código y no se trataba tan sólo de reformas, como anunciaba, al de 1870. Por todo esto concluyo que en estricto sentido el Código cuyo centenario se cumple este año, es tan sólo una revisión o reforma al Código Civil de 1870.

EL CONVENIO DE PARÍS, UNA UTOPIA PARA LOS PAISES EN DESARROLLO (EL CASO DE LATINOAMÉRICA)

JUSTO NAVA NEGRETE

Introducción

El objetivo de este estudio consiste en demostrar mediante una visión panorámica del sistema internacional sobre propiedad industrial a nivel mundial, en el transcurso del tiempo, la incipiente, estéril y pasiva participación de los países latinoamericanos en dicho sistema; pero, primordialmente, hacer constar la inconveniencia de estos países de ser miembros del Convenio de París; así también, señalar la circunstancia de que los pocos países latinoamericanos unionistas replanteen y reconsideren su posición y actitud común en torno a su permanencia en el mencionado Convenio.

Por otra parte, nos introduciremos al sistema interamericano y a las Convenciones Subregionales sobre propiedad industrial, celebradas estas últimas únicamente por los países latinoamericanos; asimismo haremos mención del estado actual de las legislaciones internas de estos países en materia de propiedad industrial.

Todo lo anterior, con el objeto de reafirmar nuestra posición acerca de la celebración de una Convención Latinoamericana sobre la materia, obviamente abandonando el sistema interamericano anterior, aprovechando claro está, las experiencias de éste; así como los actuales resultados de su revisión; todo ello con el objeto de que no participen los Estados Unidos de Norteamérica que por su amplia y nociva condición económica no se encontrarían en la misma situación con los demás países que conforman la América. Entre tanto, como se verá en este estudio, consideramos aconsejable la subsistencia de las Convenciones Subregionales sobre propiedad industrial.

Orígenes

Antes de la creación de la Unión para la protección de la propiedad industrial (1883), la protección de los derechos pertenecientes a los extranjeros en materia de propiedad industrial, estaba asegurada por

numerosos tratados o convenciones bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación, en donde se incluían una o dos cláusulas relativas a la protección recíproca de los países contratantes, especialmente sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales y marcas de fábrica y de comercio;¹ así también hay que hacer alusión de algunos tratados o convenciones bilaterales específicos sobre la materia. En 1883, los instrumentos de este género sumaban más de 69, de los cuales, el 75% sólo fueron celebrados entre países europeos y ninguno entre países latinoamericanos; pero sí, en cambio entre éstos y aquéllos, siendo los siguientes:

- a) Gran Bretaña y Colombia. Tratado de Comercio, 16 de febrero de 1886;
- b) Bélgica y Brasil. Declaración, 2 de septiembre de 1876;
- c) Francia y Brasil. Declaración, 14 de abril de 1876;
- d) Alemania y Brasil. Arreglo, 13 de septiembre de 1877;
- e) Italia y Brasil. Declaración, 21 de julio de 1877;
- f) Estados Unidos y Brasil. 24 de septiembre de 1878;
- g) Países Bajos y Brasil. Arreglo, 26 de julio de 1878;
- h) Dinamarca y Venezuela. Declaración, 21 de julio de 1879;
- i) Francia y Venezuela. Declaración, 3 de mayo de 1879;
- j) Portugal y Brasil. Declaración, 29 de octubre de 1879;
- k) Gran Bretaña y Ecuador. Tratado de Comercio, 18 de octubre de 1880;
- l) Dinamarca y Brasil. Declaración, 25 de abril de 1881.
- ll) España y Venezuela. Tratado de Comercio, 20 de mayo de 1882;
- m) Bélgica y Venezuela. Arreglo, 25 de mayo de 1882;
- n) Dinamarca y Argentina. Declaración, 9 de enero de 1883.²

Ahora bien, se reconoció la insuficiencia, ineficacia y esterilidad del sistema de tratados o convenciones bilaterales, pues muchos de ellos se celebraron a corto plazo, haciendo precaria la protección jurídica acordada, y aún más las fluctuaciones económicas que ocasionaban la denuncia de dichos instrumentos internacionales, por lo común, afectaban los derechos adquiridos sin compensación alguna, lo cierto es, que fue imposible que se estableciera algún principio común sobre esta materia.

¹ Por lo que hace a los nombres comerciales su protección Jurídica Internacional, era similar a la de marcas.

² Ladas Stephane P., *La Protección Internationale de la Propriété Industrielle*, E. de Boccard, Editeur, Paris, 1933, pp. 63 a 66.

Ante esta situación, se engendró la idea de celebrar congresos, reuniones, conferencias, etc., entre los diversos países del mundo con el objeto ineludible de otorgar, desde un principio, como medida prioritaria, una protección jurídica eficaz y conveniente a los inventores; con ese objeto, en 1873 el gobierno de Austria-Hungría invitó a numerosos países a concurrir a la Exposición Internacional de Viena, y fue en esa ciudad, que tuvo lugar del 4 al 9 de agosto de ese mismo año, el primer congreso para la protección de la propiedad industrial. Cuatro fueron los tópicos tratados; 1) El derecho natural del inventor el cual, se dijo, debía ser protegido en todas las naciones civilizadas; 2) Los principios adecuados y útiles que debían informar las leyes de patentes de invención; 3) La urgente necesidad de una reforma relativa a la protección internacional de las patentes, y 4) La transformación de la comisión preparatoria del congreso en comisión ejecutiva permanente. A ésta se confió la tarea no sólo de ejercer toda su influencia para que los principios precitados fueran reconocidos y aplicados por el mayor número de Estados, sino de convocar reuniones, conferencias, congresos, etcétera.

En ocasión, de la Exposición Internacional de París de 1878, el Ministro de Comercio Francés, organizó un congreso internacional para la protección de la propiedad industrial, que se celebró en París del 5 al 7 de septiembre de 1878, con el concurso de las delegaciones oficiales de: Alemania, España, Estados Unidos de Norteamérica, Hungría, Italia, Luxemburgo, Rusia, Suecia, Noruega y Suiza.

En este congreso se trataron temas muy diversos: (patentes de invención, marcas de fábrica y de comercio, modelos y dibujos industriales, obras fotográficas, nombres comerciales y recompensas industriales); no obstante, esta diversidad, aunada a la económica de los diversos países, hicieron que los debates diluyeran en cuestiones doctrinales sin concretar nada. A pesar de ello, se fue perfilando cada vez con mayor fuerza la idea de la institución de un régimen internacional universal sobre la materia, de ahí que se creara una comisión internacional permanente, con el fin de celebrar una conferencia internacional oficial para establecer las bases de una legislación uniforme. Esta comisión presentó ante el ministerio francés de comercio un anteproyecto, el cual fue rechazado por diversos motivos, por lo que se sugirió la elaboración de un nuevo proyecto.

Es precisamente la sección francesa la que se encargó de redactar un "Proyecto de una Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial", el cual sirvió de base para los debates de la Conferencia de 1880.

Esta Conferencia se verificó en París del 4 al 20 de noviembre de 1880. Concurrieron: *La Argentina*, Austria, Hungría, Bélgica, *Brasil*, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Irlanda, *Guatemala*, Italia, Países Bajos, Portugal, Rusia, *Salvador*, Suecia, Noruega, Suiza, *Turquía*, *Uruguay*, y *Venezuela*; la finalidad esencial que se perseguía en ese evento consistía en la adopción de disposiciones sobre la materia susceptibles de ser incorporadas en una convención internacional, es decir, se buscaba la constitución de una unión de estados a semejanza de otras uniones creadas con anterioridad, como lo fue la Unión Postal Universal (1878), la cual debía estar dominada por principios generales con el objeto de asegurar la protección de los derechos de la propiedad industrial en los países de origen y en el extranjero.

De los trabajos efectuados en dicha conferencia resultó un proyecto, que finalmente fue aprobado el 20 de marzo de 1883 por la Convención de París, suscrita originalmente por once países, a saber: Bélgica, *Brasil*, España, Francia, *Guatemala*, Italia, Países Bajos, Portugal, *El Salvador*, Serbia y Suiza.

Esta Convención de París conforme a su artículo 18 entró en vigor un mes después del cambio de ratificaciones, o sea el 7 de julio de 1883.

Por su parte, el artículo 16 de la convención, dejó abierto desde su origen a la adhesión de los demás países, por medio de una notificación dirigida al gobierno suizo y notificada por éste a todos los demás países unionistas. Al efecto, cabe destacar que desde sus inicios dicho instrumento internacional fue denunciado por los siguientes países latinoamericanos: *Ecuador* (26 de diciembre de 1885); *El Salvador* (17 de agosto de 1886); *Guatemala* (8 de noviembre de 1894); y finalmente la República Dominicana, originariamente entró a la Unión el 2 de octubre de 1884 y salió el 15 de marzo de 1888, sin embargo, volvió a ser unionista el 15 de julio de 1890.

Conferencias de revisión

Antes de entrar al examen de esta cuestión es pertinente hacer notar que aún después de que entrara en vigor el Convenio de París siguieron efectuándose con frecuencia tratados o convenios bilaterales como los ya mencionados.³

El mismo Convenio de París en su artículo 14 previó la reunión de

³ Véase estos Tratados o Convenios Bilaterales hasta el año de 1900 en la *Propriété Industrielle*, *Seizième année* No. 6-30 juin-1900, Bureau International Berne 1900 pp. 108 a 112.

conferencias periódicas de revisión destinadas a mejorar el sistema internacional sobre la materia.

La primera ocasión que se intentó revisar el Convenio de París fue en la Conferencia de Roma de 1886 del 29 de abril al 11 de mayo de 1886; sus decisiones no fueron ratificadas; no obstante, ellas tienen una importancia teórica indiscutible y la interpretación dada a ciertos artículos amerita ser reconocida.

La segunda conferencia de revisión se reunió en Madrid del 10. al 14 de abril de 1890; no obstante también que no se modificó en esencia el Convenio de París, su importancia radica en que se constituyeron junto a dicho instrumento internacional, "Uniones Restringidas"; una que se denominaba "Arreglo relativo a la Represión de las Falsas Indicaciones de Procedencia", el cual fue ratificado por sólo cinco países el 14 de abril de 1891, a saber: España, Francia y Colonias, Gran Bretaña, Suiza y Túnez; la otra se denominó "Arreglo relativo al Registro Internacional de Marcas", también tan sólo cinco países lo ratificaron el 14 de abril de 1892 a saber: Bélgica, España, Francia, Suiza y Túnez.

En realidad podría afirmarse que las efectivas conferencias de revisión al Convenio de París fueron las siguientes: En Bruselas el 14 de diciembre de 1900; en Washington el 2 de junio de 1911; en La Haya el 6 de noviembre de 1925; en Londres el 2 de junio de 1934; en Lisboa el 31 de octubre de 1958, y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.⁴ Hasta nuestros días los textos revisados en Bruselas y Washington ya no se encuentran en vigor.

Participación latinoamericana en el régimen internacional sobre propiedad industrial a nivel mundial

Veamos a continuación una visión panorámica del régimen internacional sobre propiedad industrial a nivel mundial, así como la participación de los países latinoamericanos como miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y en las convenciones administradas por dicha organización.

Después de un siglo, los países latinoamericanos que se han adhe-

⁴ Sobre el aspecto histórico del Convenio de París pueden consultarse entre otras obras las siguientes: A. Pillet et M. Georges Chabaud, *Le Régime International de la Propriété Industrielle*, Allier Frères-Imprimeurs-Editeurs, Grenoble, 1911; Marcel Plaisant, *Traité de Droit Conventionnel International concernant la Propriété Industrielle*, Sirey, Paris, 1949; Ladas Stephane P., obra ya citada; Les Nouvelles Corpus Juris Belgici, Les Editions Edmond Picard, Bruxelles, 1936. Paul Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Librairie Du Recueil Sirey, Paris, t. II, 1952.

rido al Convenio de París hasta el 1o. de enero de 1983, son los siguientes:

Estados Miembros	Clase escogida	Fecha de entrada en vigor de la adhesión a la Unión	Última Acta que obliga al Estado y fecha en la que la ratificación o la adhesión a esa Acta ha entrado en vigor
Argentina	III	10/II/1967	La Haya: 26/X/1929 Estocolmo: 8/X/80 (Admón.)
Bahamas	VII	10/VII/1973	Lisboa: 10/VII/1973 Estocolmo: 10/III/77 (Admón.)
Brasil	III	7/VII/1884	Lisboa: 10/II/1967 Estocolmo: 24/III/75 (Admón.)
Cuba	VI	17/XI/1904	Estocolmo: 8/IV/75
Haiti	VI	1/VII/1958	Lisboa: 4/I/62
México	IV	1/IX/1903	Estocolmo: 26/VII/76
República Dominicana	VI	11/VII/1890	La Haya: 6/IV/51
Trinidad y Tobago	VI	1/VIII/64	Lisboa: 1/VIII/64
Uruguay	VII	18/III/1967	Estocolmo: 28/XIII/79 ⁵

Como se podrá observar seis países latinoamericanos se han adherido al Acta de Estocolmo y la mitad de ellos sólo a las normas relativas a la administración (artículos 18 a 30); así también de los 100 estados miembros del Convenio de París, sólo dos siguen aún adheridos al Acta de La Haya y éstos pertenecen a Latinoamérica, o sea, la República Dominicana y Brasil en cuanto a las normas de fondo (artículos 1 al 12).

En relación a los Estados miembros latinoamericanos de las dos Uniones Restringidas antes mencionadas, el panorama se presenta de la siguiente manera:

El arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos, de 14 de abril de 1891, entró en vigor el 15 de julio de 1892, y fue revisado en Washington el 12 de junio de 1911; en La Haya el 6 de noviembre de 1925; en Londres el 2 de junio de 1934 (entró en vigor el 1o. de agosto de 1938), y en Lisboa el 31 de octubre de 1958 (entró en vigor el 1o. de junio de 1963), habiéndose firmado una acta adicional

⁵ Ver la *Industrial Property*, 22nd Year, No. 1, January, 1983, pp. 6 a 8.

en Estocolmo el 14 de julio de 1967, cuya acta entró en vigor el 26 de abril de 1970. Hasta el 1o. de enero de 1983 contaba con 32 estados miembros de los cuales, son latinoamericanos:⁶

Estados Miembros	Fecha en la que el país queda obligado por el Arreglo	Última Acta que obliga al Estado y fecha en la que la ratificación o adhesión a esta Acta ha entrado en vigor. (Sin embargo, para ciertos países véase el Acta adicional de Estocolmo)	Acta Adicional de Estocolmo y fecha en la que el país ha quedado obligado por dicha Acta
Brasil	3/X/1896	La Haya: 26/X/1929	-----
Cuba	1/I/1905	Lisboa: 11/X/1964	7/X/1980
República Dominicana	6/IV/1951	La Haya 6/IV/1951	----- ⁷

En cuanto al arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, de 14 de abril de 1891, entró en vigor el 15 de julio de 1892, ha sido revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900; en Washington el 2 de junio de 1911; en La Haya el 6 de noviembre de 1925; en Londres el 2 de junio de 1934; en Niza el 15 de junio de 1957 (entró en vigor el 15 de diciembre de 1966), y finalmente en Estocolmo el 14 de julio de 1967 (cuya revisión entró en vigor el 19 de septiembre de 1970 o el 22 de diciembre de 1970, según sea o no reconocida como válida la adhesión de la República Democrática Alemana.⁸ Hasta el 1º de enero de 1983, tan sólo 25 estados eran miembros de dicho arreglo; de los cuales, ninguno es latinoamericano, ya que originalmente se habían adherido al mismo: Cuba, Brasil y México, habiéndolo denunciado; respectivamente: 22 de abril de 1932, 8 de diciembre de 1934 y 10 de marzo de 1942. Este arreglo cuenta con un Reglamento de Ejecución que entró en vigor el 1º de enero de 1975.

A nuestro juicio, consideramos que estas dos uniones no han tenido el éxito que se pretendía iban a tener en el transcurso del tiempo, muy especialmente, la segunda, la cual tiende a desaparecer y a ser susti-

⁶ Romani José Luis, *Propiedad Industrial y Derechos de Autor (Su regulación Internacional)*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976, p. 39, así también su texto puede consultarse en esta obra, en las pp. 155 a 158.

⁷ *Industrial Property*, *ob. cit.*, p. 9.

⁸ Romani José Luis, *ob. cit.*, p. 33. En esta misma obra puede consultarse el texto de dicho Arreglo y su Reglamento de Ejecución en las páginas 147 a 154.

tuida por el Tratado de Viena relativo al registro de marcas, de 12 de julio de 1973 (Trademark Registration Treaty "TRT"),⁹ en la misma fecha se aprobó su Reglamento de Ejecución, en virtud de que según el Arreglo de Madrid sólo puede ser objeto de registro internacional, una marca que esté ya registrada en la oficina nacional de un estado contratante, mientras que en el TRT no se exige este registro nacional previo; además, en virtud del Arreglo de Madrid, la anulación del registro nacional que sirve de base durante los primeros cinco años del registro internacional, entraña la anulación del registro internacional; con el régimen del TRT no existe esa dependencia.

Es importante indicar, que no obstante las ventajas que ofrece el TRT, y haber transcurrido más de una década desde su creación, tan sólo ha sido ratificado por los siguientes estados: Alto Volta, Congo, Gabon, Togo y Unión Soviética (7 de agosto de 1980); es decir, existe una indiferencia o falta de aceptabilidad de los diversos países a dicho régimen internacional de registro marcario.

Ahora bien, con el mismo carácter de convenciones mundiales más recientes sobre propiedad industrial, la participación latinoamericana es la siguiente:

Los estados miembros latinoamericanos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), hasta el 1º de enero de 1983, son los siguientes:

<i>Estados</i>	<i>Fecha a partir de la cual entra en vigor la pertenencia a la OMPI</i>	<i>Estados</i>	<i>Fecha a partir de la cual entra en vigor la pertenencia a la OMPI</i>
Argentina	8/X/1980	Bahamas	4/I/1977
Brasil	20/III/1975	Barbados	5/X/1979
Colombia	4/V/1980	Chile	25/VI/1975
Cuba	27/III/1975	Costa Rica	10/VI/1981
Jamaica	25/XII/1978	El Salvador	18/IX/1979
Perú	4/IX/1980	México	14/VI/1975
		Uruguay	21/XII/1979 ¹⁰

En el arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, de 31 de octubre de 1958,

⁹ Romani José Luis, *ob. cit.*, p. 73. En esta misma obra puede consultarse el texto del TRT en las páginas 267 a 290.

¹⁰ *Industrial Property, ob. cit.*, pp. 2 a 5.

revisada en Estocolmo en 1967, los países latinoamericanos miembros hasta el 1º de enero de 1983 eran los siguientes:

<i>Estados</i>	<i>Fecha de entrada en vigor de la adhesión a la Unión</i>	<i>Estados</i>	<i>Última acta que obliga al Estado y fecha en la que la ratificación o la adhesión a esa acta ha entrado en vigor</i>
Cuba	25/IX/1966	Estocolmo	8/IV/1975
Haití	25/IX/1966	Lisboa	25/IX/1966
México	25/IX/1966	Lisboa	25/IX/1966 ¹¹

En la Unión de Cooperación en Materia de Patentes (Unión PCT) fundada por el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (Washington 1970); sólo *Brasil* es país miembro latinoamericano de dicha unión desde el 9 de abril de 1978.¹²

En la Unión para la Clasificación Internacional de las Patentes (Unión IPC), fundada por el Arreglo de Estrasburgo para la Clasificación Internacional de Patentes (1971); igual que en el caso anterior sólo *Brasil* es el único país latinoamericano miembro de dicha unión a partir del 7 de octubre de 1975.¹³

Ahora bien, los países latinoamericanos no forman parte de las siguientes convenciones administradas por la OMPI:

a) Unión para el Depósito Internacional de los Dibujos y Modelos Industriales (Unión de La Haya), fundada por el Arreglo de La Haya relativo al Depósito Internacional de Dibujos y Modelos Industriales (1925), revisada en Londres (1934) y La Haya (1960) y completada por el Acta adicional de Mónaco, (1961), el Acta complementaria de Estocolmo (1967) y el Protocolo de Génova (1975), (hasta el 1º de enero de 1983 cuenta con 17 estados miembros);

b) Unión para la Clasificación Internacional de los Productos y Servicios para los fines del Registro de Marcas (Unión de Niza), fundada por el Arreglo de Niza para la Clasificación Internacional de los Productos y los Servicios para los fines del Registro de Marcas (1957), revisada en Estocolmo (1967) y en Génova (1977), (hasta el 1º de enero de 1983 cuenta con 32 estados miembros);

c) Unión para la Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales (Unión de Locarno), fundada por el Arreglo

¹¹ *Industrial Property, ob. cit.*, p. 13.

¹² *Idem*, p. 14.

¹³ *Idem*, p. 15.

de Locarno instituyendo una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales (1968), (hasta el 1º de enero de 1983, cuenta con 15 estados miembros);

d) Unión para el Registro Internacional de Marcas (Unión TRT), fundada por el Tratado relativo al Registro de Marcas (Viena 1973), (hasta el 1º de enero de 1983, cuenta con cinco estados miembros);

e) Unión para el Reconocimiento Internacional del Depósito de los Micro-Organismos para los fines del Procedimiento en Materia de Patentes (Unión de Budapest), fundada por el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de los Microorganismos para los fines del Procedimiento en Materia de Patentes (1977), (hasta el 1º de enero de 1983, cuenta con 12 estados miembros), y

f) Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), fundada por la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales del 2 de diciembre de 1961; modificada en Génova el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, (hasta el 1º de enero de 1983, cuenta con 16 estados miembros).¹⁴

Los siguientes instrumentos internacionales aún no han entrado en vigor:

a) Arreglo de Viena relativo a la Protección de los Caracteres Tipográficos y su Depósito Internacional, y Protocolo (1973), (hasta el 1º de enero de 1983, cuenta con 11 estados miembros);

b) Arreglo de Viena estableciendo una Clasificación Internacional de los Elementos Figurativos de las Marcas (1973), hasta el 1º de enero de 1983, cuenta con 19 estados miembros);

c) Tratado de Génova relativo al Registro Internacional de los Descubrimientos Científicos (1978), (hasta el 1º de enero de 1983 cuenta con 5 estados miembros), y

d) Tratados de Nairobi relativo a la Protección del Símbolo Olímpico (1981), (hasta el 1º de enero de 1983, cuenta con 4 estados miembros).¹⁵

En ninguno de estos Arreglos y Tratados participa algún país latinoamericano, salvo Brasil en el segundo de los mencionados, pero hasta el 1º de enero de 1983 aún no lo había ratificado.

¹⁴ *Industrial Property, ob. cit.*, pp. 17 y 18.

¹⁵ *Industrial Property, ob. cit.*, pp. 11, 12, 13, 15, 16 y 25.

Situación y evaluación actual de los países latinoamericanos frente al Convenio de París

Desde la última revisión del Convenio de París en Estocolmo el 14 de julio de 1967, ha sido en varias ocasiones motivo de reuniones del Grupo de Expertos Gubernamentales para la revisión de dicho instrumento internacional, teniendo como objetivo lo siguiente: "Introducir en el Convenio de París nuevas disposiciones actuales que tienden a responder mejor a las necesidades de los países en desarrollo. Por otra parte, esta revisión debería hacer entrar en el texto, disposiciones nuevas reconociendo plenamente el "certificado de inventor" forma de protección de las invenciones en muchos países socialistas".¹⁶

Ahora bien, las peticiones de los países en desarrollo sobre la modificación del Convenio de París entraña, según César Sepúlveda, tres propósitos principales:

a) La modificación de la regla de igualdad del trato con los nacionales, en el sentido de que éstos tuvieran un trato preferencial respecto a los extranjeros;

b) Que los nacionales de los países en desarrollo tuvieran un trato más favorable que los ciudadanos de los países industriales en el territorio de éstos, y

c) Que las limitaciones que impone la Convención de la Unión de París pudiera dejarse de aplicar en beneficio de los nacionales.¹⁷

Sin duda, como lo afirma el autor mexicano citado, de aceptarse tales propuestas alterarían los puntos fundamentales en que se basa el Convenio de París.¹⁸ En cuanto a los aspectos meramente económicos agrega dicho autor, "se trata de diferencia entre la riqueza de un país en desarrollo y la de un país industrializado, es probable que puedan encontrarse soluciones, para que los gobiernos locales reduzcan las tasas a los propios nacionales, siempre que, naturalmente, quien paga más, esto es, los jurisdiccionales de los países altamente desarrollados, obtuvieran en cambio condiciones de explotación de las patentes, algo más ventajosas".¹⁹

Disentimos de la última opinión del distinguido autor mexicano, en virtud de que, si se otorgaran las mencionadas ventajas constituiría cada vez más un instrumento de opresión económica, pues sin duda,

¹⁶ *La Propriété Industrielle, ob. cit.*, p. 87.

¹⁷ Sepúlveda César, "El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial", Editorial Porrúa, S. A., segunda edición, México, 1981, p. 34.

¹⁸ *Idem*, p. 35.

¹⁹ *Idem*, p. 35.

que los países altamente desarrollados al pagar una tasa superior, no significaría una sangría considerable en su economía y por ende seguirían introduciéndose e invadiendo los mercados internos de los países en desarrollo a través de sus creaciones nuevas y signos distintivos, pero ahora con más ventajas.

Veamos la conclusión que se tomó en torno al sistema internacional de la propiedad industrial, esbozada por expertos del tercer mundo, "en los países en desarrollo, los privilegios creados por el sistema de propiedad industrial, tal como son, no han contribuido ni a estimular las invenciones entre sus propios nacionales, ni a promover la rápida transferencia, la adaptación adecuada, la asimilación total y la amplia difusión de las tecnologías importadas".²⁰

Según datos estadísticos recolectados por la UNCTAD/OMPI este sistema ha favorecido enormemente a los países altamente industrializados pues de las 3 500 000 patentes expedidas hasta 1972, el 94% se otorgó a los países desarrollados; del 6% restante sólo el 1% se ha concedido a ciudadanos de países en vía de desarrollo y además, del total de patentes otorgadas por los países del tercer mundo entre el 90 y el 95%, no se explotan en el territorio de esos países.²¹

Veamos a continuación cuáles han sido las posiciones y actitudes comunes de los países latinoamericanos frente al sistema internacional de propiedad industrial:

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) cuyo nacimiento se verificó el 18 de febrero de 1960, mediante la suscripción del Tratado de Montevideo; este organismo mediante una reunión en 1969 de Directores Nacionales de Patentes y Marcas, se consideró y descartó la posibilidad de recomendar a los países miembros, su adhesión a la Convención de París.

Asimismo, la delegación de Brasil fundamentó su voto negativo sosteniendo que dicho instrumento internacional nunca incorporó ninguna modificación en su concepción básica, en el sentido de atender a las necesidades peculiares de los países en desarrollo, en su calidad de importadores de tecnología.

Un ejemplo de la tendencia a reconsiderar las ventajas de la adhesión a la mencionada Convención es la actitud del gobierno colom-

biano, que luego de la aprobación de la ley del texto de Lisboa en 1969, omitió depositar oportunamente los instrumentos de adhesión.

Es de una gran atingencia y realista la opinión sustentada al respecto por Eduardo White en los términos siguientes:

"La acción a realizar por los países latinoamericanos frente al sistema internacional de patentes debería tener en cuenta varios aspectos. Con relación al Convenio de París, los países miembros latinoamericanos deberían considerar seriamente la racionalidad de su permanencia en el mismo, al menos mientras su grado de desarrollo no les asegure una verdadera simetría internacional en el balance de las ventajas y desventajas relativas que surgen de los actuales compromisos, y salvo que sus disposiciones sean modificadas de manera tal que aseguren a los países en desarrollo un tratamiento efectivamente preferencial en materia de patentes".²²

En este orden de ideas, la posición o actitudes comunes de los países latinoamericanos frente al Convenio de París se justifica plenamente si se tiene en cuenta la excesiva invasión de patentes extranjeras en los mercados internos de aquellos países, como podrá observarse en el siguiente cuadro estadístico:

²⁰ "La Función del Sistema de Patentes en la transferencia de tecnología a los países en vía de desarrollo". Conclusiones de los expertos de los países en desarrollo. Comisión de Transferencia de Tecnología Primer Periodo de secciones. Documento TB/B/C.6/12 de fecha 21 de noviembre de 1975, p. 3.

²¹ Secretaría de la UNCTAD. La Función del sistema de patentes en la Transmisión de Tecnología a los países en vía de desarrollo. Documento TD/B/AC/11/10 Rev. 1 de fecha 23 abr., 1974. Naciones Unidas, N. Y., pp. 38-39.

²² White Eduardo, *La Cuestión de la Propiedad Industrial en América Latina y su papel en el Proceso de Desarrollo e Integración Económica*, publicado en la Revista *Derecho de la Integración*, vol. VIII, No. 20. Noviembre de 1975, p. 36. Este autor considera que, pese a su aparente neutralidad, el principio de tratamiento nacional parece juega, de hecho, como un sistema de preferencia o privilegios para las patentes provenientes del extranjero". p. 18.

P A I S D E O R I G E N

Pais de Recepción	A.L.	U.S.A.	C.E.E.*	Otros	Total	A.L.%	U.S.A.%	C.E.E.%	Otros%
Argentina	120	1.641	1.582	731	4.074	2.9	40.3	38.8	17.9
Barbados	4	7	7	4	22	18.2	31.8	31.8	18.2
Bolivia	12	45	34	17	108	11.1	41.7	31.5	15.7
Brasil	100	2.648	2.628	1.256	6.632	1.5	39.9	39.6	18.9
Chile	16	204	161	184	565	2.8	36.1	28.5	32.6
Colombia	38	368	181	122	709	5.3	51.9	25.5	17.2
Costa Rica	8	89	34	17	148	5.4	60.1	23	11.5
Cuba	5	4	24	26	59	8.5	6.8	40.7	44.1
Ecuador	31	109	65	27	232	13.4	47	28	11.6
Guatemala	3	73	82	34	192	1.6	38	42.7	17.7
Honduras	—	38	13	6	57	—	66.7	22.8	10.5
Jamaica	1	92	39	21	153	0.6	60.1	25.5	13.7
Perú	26	203	120	103	452	5.7	44.9	26.5	22.9
Uruguay	26	57	66	45	194	13.4	29.4	34	23.2
Trinidad Tobago	4	51	33	7	95	4.2	53.7	34.7	7.4
Venezuela	28	1.638	371	200	2.235	1.2	73.2	16.6	8.9 ²³
Totales	422	7.265	5.440	2.800	15.927	2.6	45.6	34.1	17.6

²³ Fuente: Este cuadro estadístico fue elaborado sobre la base de las estadísticas para 1973, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (I.P./SPAT/1973/1 y 2 Ginebra, 1975).

En cuanto a las marcas, los datos correspondientes a todos los países en desarrollo demuestran que la participación de extranjeros en el registro de marcas ha aumentado significativamente pasando del 27% en 1964 al 50% en 1974. Al Continente Africano le corresponde el porcentaje máximo de propiedad extranjera de las marcas concedidas (88%); a América Latina el mínimo (34%) y Asia ocupa una posición intermedia (65%); sin embargo, las tres regiones acusaron una tendencia similar, una participación extranjera más alta en la propiedad de las marcas.

El 95% de las marcas extranjeras en los países en desarrollo son de propiedad nacional de los países desarrollados de economía de mercado, en su mayor parte empresas transnacionales. Esas marcas se utilizan en algunos casos para artículos importados y, de manera general, para productos fabricados en los países receptores por filiales y concesionarios de sociedades extranjeras. Para las empresas que fabrican bienes de consumo cuya comercialización es fundamental, las marcas constituyen el elemento más valioso de su activo, y ese derecho de propiedad industrial es un factor esencial de su posición dominante en el mercado.²⁴

Lo anterior, ha incrementado naturalmente el empleo de patentes y marcas extranjeras por nacionales de los países latinoamericanos pagando por ese concepto, cantidades exorbitantes por regalías y además, la aceptabilidad de condiciones que resultan desventajosas y onerosas.

De los principios que contiene el Convenio de París, se han elaborado una serie de críticas todas ellas con un objetivo, otorgar un sistema preferencial a los países en desarrollo, ya sea mediante la disminución de tasas o modificaciones substanciales a dichos principios que permitan serias ventajas a estos países.²⁵

Hemos querido dar una visión panorámica de la situación y posición de los países en desarrollo, en particular de los países latinoamericanos frente al Convenio de París; en las siguientes líneas expondré las razones o motivos por los cuales hemos considerado a dicho instrumento internacional una utopía.

²⁴ La función de las Marcas en los Países en Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Informe de la Secretaría de la UNCTAD. Naciones Unidas, Nueva York, 1979, p. 49.

²⁵ Véase en este aspecto a Álvarez Soberanis, Jaime, "La Regulación de las Innovaciones y Marcas y de la Transferencia Tecnológica". Editorial Porrúa, S. A., México, 1979, pp. 150-170; y su artículo intitulado "Justificación de una Política que restrinja el uso de Marcas extranjeras en México". Publicado en la Revista de Comercio Exterior, vol. 26, núm. 8, México, 1976.

En principio hay que destacar que la casi totalidad de los países latinoamericanos se han mantenido al margen de la Convención de París. Dicha actitud, sin duda obedece al florecimiento de la unidad internacional en la región latina, durante el último tercio de la década pasada.

Elocuentes y quizá convincentes han sido desde un principio las opiniones de quienes se han ocupado del régimen internacional de la propiedad industrial, de la necesidad indubitable de que los países latinoamericanos se adhieran al Convenio de París,²⁶ en virtud de que éste se ha ido remozando y modernizando a través de revisiones periódicas, lo que ha permitido que se acomode a los cambios que surgen en la vida internacional en esta materia. No dudamos, que dicho instrumento internacional tenga los méritos a que ha sido objeto por expertos que se han ocupado sobre la materia; sin embargo, ha dejado de tener flexibilidad y agilidad ya que desde la última revisión verificada en Estocolmo en 1967 han transcurrido 17 años y aún no se han puesto de acuerdo los expertos gubernamentales, a pesar de que se han reunido en varias ocasiones, sobre la revisión del multicitado Convenio.

Un trato preferencial a los países en desarrollo, en mi modesta opinión desvirtuaría el objetivo originario y primordial en que se fincó la creación del Convenio de París, o sea la adopción de principios comunes, iguales, sin distinción o trato especial alguno sobre propiedad industrial, esto ocurrirá si en la próxima reunión de la revisión de dicho instrumento internacional se adoptara no sólo la disminución de las tasas, sino además que se modifiquen o se introduzcan disposiciones que establezcan condiciones ventajosas para los mencionados países. Esta cuestión ha implicado una serie de discusiones sin concretar nada.

Obstáculos éstos, que han oscurecido irremediablemente la imagen del régimen internacional de la propiedad industrial. Una solución viable a nuestro juicio por lo que hace a la estancia de los pocos países latinoamericanos en el multicitado convenio, es la urgente nece-

²⁶ Ladas Stephane, *ob. cit.*, p. 203; así también en su artículo intitulado "Los Países Latinoamericanos y el Convenio de París", publicado en RMPIA, dirigido por David Rangel Medina, Año III, julio-diciembre de 1965, N° 6, México, pp. 251-258; por otra parte, el artículo intitulado "La Unión de París para los Protección de la Propiedad Industrial", por G. H. C. Bodenhausen, publicado en la misma revista y número antes citado, pp. 259-268; Rangel Medina, David, "Armonía Legislativa de la Propiedad Industrial en Latinoamérica", en la misma revista antes citada, pp. 237-249.

sidad de que replanteen su posición respecto a él, con un objetivo central, el de establecer categóricamente cuáles han sido los beneficios o ventajas que les ha procurado desde su adhesión al mismo; y si la respuesta es negativa, como lo contemplamos, es preferible retirarse y quizás algún día, cuando no se tenga que concurrir a dichos eventos internacionales de vocación universal dominados por principios comunes y generales, bajo la condición de un trato preferencial, surjan las ventajas y conveniencias de la adhesión.

En relación a los demás países latinoamericanos no unionistas, su situación económica principalmente hace irreversiblemente su ausencia en el Convenio de París; la solución que han adoptado estos países, sin duda es la más propicia y conveniente a sus intereses, la cual consiste en celebrar convenciones regionales y subregionales.

Es conveniente indicar que en el sistema interamericano se manifiestan cuatro criterios para la regulación internacional de la propiedad industrial, a saber:

- a) El de emplear las convenciones interamericanas;
- b) El de emplear las convenciones subregionales;
- c) El de emplear las convenciones mundiales, y
- d) Mixto, que emplea simultáneamente varios de los anteriores.

Ahora bien, el Comité Jurídico Interamericano, al respecto ha afirmado categóricamente que, "La regulación de todos estos criterios da por resultado que el régimen jurídico de la propiedad industrial en el Continente Americano constituye un intrincado mecanismo de disposiciones legales que se torna aún más complejo por la diversidad cronológica (sumada a la especial) de los múltiples convenios internacionales de que son partes los Estados miembros de la OEA".²⁷

Los países americanos han tenido ya la experiencia de las convenciones interamericanas sobre propiedad industrial,²⁸ en donde se introdujeron algunos principios del Convenio de París y del Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, no obstante, de haber sido objeto de críticas muy severas no sólo por doctrinarios

²⁷ Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre la Revisión, Actualización y Evaluación de las Convenciones Interamericanas sobre Propiedad Industrial. Documentos Oficiales, vol. II, 1974-1977, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1981, pp. 188 y siguientes.

²⁸ Estas Convenciones son ampliamente comentadas por Ladas Stephane, *ob. cit.*, pp. 191-221; así también en el artículo de Carlos E. Mascareñas intitulado "El Derecho Internacional Americano en Materia de Marcas de Fábrica y de Comercio", publicado en Revista Derecho Español y Americano, enero-febrero-marzo, año V, núm. 25, 1958, pp. 515-527.

extranjeros sobre la materia, sino incluso por los mismos latinoamericanos, lo cierto es, que en la actualidad estas convenciones se encuentran dentro de un cuidadoso y minucioso proceso de revisión.

Es importante destacar que existió un desinterés y extremosa pasividad de los países americanos en su participación en las mencionadas convenciones; esto se corrobora con el reducido número de ratificaciones que se llevaron a cabo por dichos países, a saber:

1) El tratado sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales y marcas de comercio y de fábrica, celebrado en la Segunda Conferencia Internacional Americana, verificada en México, en 1902, obtuvo únicamente ocho ratificaciones;

2) La convención sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica y comercio, y propiedad literaria y artística, de la Tercera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Río de Janeiro en 1906, recibió solamente nueve ratificaciones;

3) La convención sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales, de la cuarta Conferencia Internacional Americana, verificada en Buenos Aires en 1910, obtuvo catorce ratificaciones; la convención sobre marcas de fábrica y de comercio, de la misma conferencia, fue ratificada por quince Estados;

4) La convención para la protección de marcas de fábrica, comercio y agricultura y nombres comerciales, acodada en la quinta Conferencia Internacional Americana, en Santiago de Chile en 1923, apenas alcanzó siete ratificaciones, y

5) La convención general interamericana de protección marcaria y comercial firmada en Washington en 1929, en conferencia especial reunida conforme la resolución de la sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana, se ratificó por diez países; y el protocolo sobre registro interamericano de marcas de fábrica, también en Washington de 1929, fue ratificado por seis Estados y entre ellos dejó de estar en vigor en 1946 por sucesivas denuncias de los signatarios.²⁹

En la actualidad, aún sigue en vigor la convención indicada en el inciso cinco, la cual ha sido considerada que no tiene eficacia práctica.

En esta misma corriente, también desde un principio, los países la-

²⁹ Los textos de las Convenciones Interamericanas, pueden consultarse en la obra "Tratado y Convenciones Multilaterales sobre Propiedad Industrial, en América. "Serie sobre tratados, núm. 39. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., así también sobre una información más reciente sobre los mencionados instrumentos internacionales (firmas, ratificaciones y depósitos con notas explicativas), puede consultarse la obra "Tratados y Convenciones Interamericanas", Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos", Washington, D. C., 1980.

tinoamericanos han celebrado las siguientes Convenciones Subregionales:

a) Tratado sobre marcas de comercio y de fábrica y otro sobre patentes de invención, verificados en los Tratados de Montevideo de 1889. Ambos cuentan con las ratificaciones de los siguientes cinco estados: Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay;

b) Acuerdo Boliviano, celebrado en Caracas en 1911 sobre patentes y privilegios de invención, ha sido ratificado por los cinco países siguientes: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela;

c) Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, celebrado en San José, Costa Rica en 1968, ha sido ratificado por: Costa Rica, Nicaragua y Guatemala, y

d) Pacto Andino y/o Acuerdo de Cartagena, decisión N° 24 de diciembre de 1970 sobre Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Países signatarios del Pacto: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela; así también se aprobó por estos países en 1974 un reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial (Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena).³⁰

Los anteriores instrumentos internacionales se encuentran en vigor y particularmente los mencionados en los incisos e) y d), responden perfectamente a las necesidades de los países en desarrollo que los han suscrito.

En suma, a nuestro juicio los países latinoamericanos deben revisar cuidadosa y minuciosamente su sistema internacional sobre propiedad industrial para evitar la yuxtaposición y definir su situación actual en torno a las convenciones mundiales. Asimismo, resulta muy saludable, la tarea modernizadora que han efectuado algunos países latinoamericanos en torno a sus legislaciones internas sobre la materia, tales como: Brasil (Ley N° 772 del 21 de diciembre de 1971); Perú (Decreto Ley N° 18350 de 1971); Colombia (Decreto Ley N° 410 de 1971), y México (Ley de Invenciones y Marcas de 10 de febrero de 1976 D. O.); por otra parte, mientras la situación económica y las posibilidades de ingreso permita a los países en desarrollo su

³⁰ Los textos de las Convenciones subregionales pueden consultarse en la obra "Tratados y Convenciones Multilaterales sobre Propiedad Industrial, en América. "Serie sobre tratados, núm. 39, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., así también sobre una información más reciente sobre los mencionados instrumentos internacionales (firmas, ratificaciones y depósitos con notas explicativas), puede consultarse la obra "Tratados y Convenciones Interamericanas", Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 1980.

adhesión al Convenio de París, es aconsejable su no ingreso al mismo, y por lo que hace a los países latinoamericanos unionistas, replanteen o reconsideren su permanencia en dicho instrumento internacional.

Finalmente, nuestra tesis o postura consiste fundamentalmente en que los países latinoamericanos celebren una convención dominada por principios comunes y generales sobre propiedad industrial, modificando el sistema interamericano con el objeto de que no participe Estados Unidos de Norteamérica en virtud de su amplia y nociva situación económica en relación con los demás países de América; así también, mientras no se lleve a cabo dicha convención resulta prudente y conveniente la aplicación de las normas contenidas en las convenciones subregionales sobre propiedad industrial.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

HORACIO RANGEL ORTIZ

SUMARIO

Nota preliminar. El manejo técnico-jurídico del concepto competencia desleal en materia de propiedad industrial. El derecho de los competidores a disputarse la clientela y el empleo de los medios escogidos para tal fin. Competencia ilícita: competencia prohibida y competencia desleal. Artículo 210 b) LIM: realización de actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios. La cláusula general y la enumeración meramente enunciativa de supuestos típicos. Un acto es Desleal, a los efectos de la ley, solamente con que incurra en la noción contenida en la cláusula general. Concurrencia desleal y concurrencia criminosa. Actos contrarios a los buenos usos y costumbres. El artículo 10 bis. El artículo 25 del Convenio. Clasificación de las normas del Convenio. Normas autoaplicativas vis a vis normas que pueden regir directamente una situación. El caso "tipo SINGER".

Nota preliminar

La necesidad de reprimir la competencia desleal se ha dejado sentir desde tiempos muy remotos. Fueron los tribunales franceses quienes emplearon por primera vez la expresión "competencia desleal" (*Concurrence Déloyale*) a principios del siglo XIX.¹

La competencia desleal es una disciplina de apariencia compleja, aun para el estudioso y practicante; en parte por su naturaleza casuística, pero en mucho por la falta de divulgación y estudio que esta disciplina ha padecido en nuestro medio. Esto ha provocado el que en ocasiones la acción de competencia desleal haya sufrido desvíos cuando se ha hecho uso de ella o bien que esta institución no haya sido debidamente aprovechada en beneficio de causas justas. A ello hay que añadir que los conceptos en torno de los cuales gira la doctrina de la competencia desleal son afines a otros conceptos con los

¹ Véase Yves Saint-Gal, *Protection et défense des Marques de Fabrique et Concurrence Déloyale — Droit Français et Droits Etrangers*— J. Delmos et Cie. 75006, Paris, édition 1982, p. W4.

que frecuentemente se le relaciona y por lo tanto se le confunde. No siempre es fácil distinguir los unos de los otros y menos separarlos con precisión.

El manejo técnico-jurídico del concepto competencia desleal en materia de propiedad industrial

Cuando se habla de propiedad industrial es común encontrar a la disciplina de la competencia desleal incluida entre los institutos que la integran. Ello se debe en una gran parte al hecho que el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial desde la Conferencia de Revisión de Bruselas en 1900 introdujo disposiciones relativas a la represión de la competencia desleal que a lo largo de este siglo se han ido perfeccionando en las diferentes Revisiones del Convenio. La inclusión de disposiciones orientadas a la represión de la competencia desleal en el Convenio de París no es accidental, pues la relación existente entre los signos distintivos y las creaciones nuevas por un lado y la competencia desleal por otro, así lo ha recomendado. Sin embargo, *no deben confundirse los derechos de exclusividad reconocidos por la propiedad industrial (v.g., registros marcarios, patentes de invención, etcétera)* con los objetos de protección regulados por las normas sobre competencia desleal.

Desde un punto de vista técnico, es indispensable tener en cuenta esta distinción, pues de otro modo no es posible entender la disciplina de la competencia desleal.

Es pertinente intentar precisar el contexto en el que se emplea el concepto de competencia desleal en materia de propiedad industrial y referirse a su contenido y alcance. Con frecuencia se confunde este término y lo mismo se emplea al calificar actos perniciosos de la competencia que afectan derechos exclusivos reconocidos y registrados ante alguna oficina pública, como al tratar los que afectan derechos que no han sido objeto de depósito ante las autoridades. Es cierto que en su acepción gramatical el concepto "competencia desleal" puede llegar a abarcar actos que lesionan o tienden a lesionar derechos previamente inscritos ante una oficina gubernamental, cuya exclusividad está en principio asegurada con motivo de la previa inscripción. También desde un punto de vista gramatical, debieran quedar incluidas bajo este rubro las actividades empresariales perniciosas que lesionan o tienden a lesionar derechos que no han sido objeto de una previa inscripción o registro. Literalmente hablando, tanto éstos como aquéllos constituyen manifestaciones desleales en la competencia, esto es,

formas de competencia desleal, pues tan desleal resulta en términos competitivos que un comerciante utilice sin autorización la marca registrada de su competidor, como el hecho que el dicho comerciante utilice la marca ajena no estando registrada aún. En términos generales —no necesariamente legales— ambas conductas podrían ser consideradas como formas de competencia desleal, mas no desde un punto de vista técnico-jurídico. En el primer caso, es decir, en el de la marca registrada, se estaría más bien ante la violación de un derecho exclusivo debidamente reconocido e inscrito, no así en el segundo. En vista de que las leyes de propiedad industrial contienen disposiciones expresas que prohíben y sancionan conductas específicas en materia de violación a los signos distintivos debidamente registrados procederá entonces la acción que la ley de modo expreso y autónomo consagra para el caso en que tales derechos exclusivos e inscritos o registrados se vean violados. Sin embargo, ocurre que los comerciantes e industriales pueden verse perjudicados tanto por violaciones a los derechos exclusivos que ya les han sido reconocidos de manera expresa, como a través de actos múltiples por parte de la competencia al grado que resultaría ocioso e inútil el procurar una enumeración de todos los actos posibles e imaginables para incurrir en competencia desleal. Si esto es cierto con respecto a una enumeración de conductas, más grave —y menos práctico— resultaría el proponer que una empresa contara con un registro e inscripción de la *totalidad* de sus bienes intangibles para poder accionar en contra de un tercero ¿cómo registrar la imagen, el prestigio, la clientela, etcétera...?

El procedimiento de inscripción o registro de signos distintivos constituye un sistema peculiar de defender de un modo más efectivo e intenso los supuestos de "competencia desleal" en que la tutela jurídica cuenta con el dato preconstituido —que proporciona seguridad, fijeza y publicidad a la protección— de la previa inscripción del signo mercantil.²

Ahora bien, ante ello surge la pregunta de si la disciplina de la competencia desleal tiene alguna función que ejercer con respecto a la protección de estos signos que se encuentran registrados y, por consiguiente, disfrutan de una tutela más fuerte. En principio la contestación habría de ser negativa. Carecería de sentido que el titular de un signo registrado, que tiene a su favor el sistema protector de la propiedad industrial quisiera defender su derecho a través de los medios

² Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de Derecho Industrial*. (Propiedad Industrial - Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal). Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 326.

"menos eficaces" ofrecidos por la disciplina de la competencia desleal. Sin embargo, la cuestión no puede ser planteada estrictamente así.³ Puede haber aspectos y sectores en que la defensa del interés del titular requiera la utilización conjunta de ambos instrumentos jurídicos. Es el caso de la etiqueta en que figura la marca registrada, pero que se caracteriza además por otros rasgos distintivos, denominativos o gráficos que no han sido objeto de inscripción especial.⁴ En estos casos el ejercicio de los dos tipos de acciones cubre suficientemente ambos aspectos; y aún pudiera ocurrir que se encuentre condenada al fracaso la alegación de que ha existido una violación del derecho exclusivo en relación con el distintivo inscrito, y en cambio, tenga éxito la acción represora de la deslealtad, en lo que se refiere a los elementos no registrados que integran con aquél la combinación distintiva que trata de defenderse. En estos supuestos y otros análogos, la doctrina habla de la función defensiva de carácter subsidiario y aun complementario de la disciplina de la competencia desleal.⁵

Por todo lo anterior, se dice que la noción de la competencia desleal constituye el complemento indispensable de toda la regulación sobre los derechos de propiedad industrial.

Conviene apuntar aquí que la disciplina de la competencia desleal además de reprimir agresiones directas o indirectas contra los demás competidores, también contempla entre sus objetivos la impugnación de conductas empresariales caracterizadas por la ausencia de referencias a los demás competidores. Es el caso de la publicidad superlativa, exagerada o desproporcionada en la que un empresario atribuye propiedades falsas o engañosas a sus productos o servicios tendiendo a cautivar con ello a un sector de la clientela que ha sido objeto de

³ *Ibid.*

⁴ Pudiera suceder que, mientras la realidad de la imitación de la propia marca registrada ofrezca dudas, sea evidente que los demás elementos distintivos de que se compone la etiqueta y dan a conocerla como un conjunto identificador han sido copiados, imitados o reproducidos de modo que el conjunto ofrezca esa sensación de semejanza que produce la confundibilidad. Véase Baylos, p. 326.

⁵ Es perfectamente admisible el empleo conjunto de la acción derivada del derecho exclusivo y de la competencia desleal. La misma solución se aplica en la concepción inglesa en la cual la teoría del *passing off* —que constituye el equivalente de la disciplina de la deslealtad de los sistemas continentales— permite la acumulación de una acción de esta naturaleza a la derivada del derecho exclusivo sobre el signo registrado. El posible riesgo de que un registro pueda devenir inválido hace usual que una acción por infracción del derecho sobre una marca registrada se acompañe y adicione de una reclamación basada en *passing off*. R. G. Lloyd Kerly's *Law of Trademarks and Tradenames*, Londres, 1960, p. 12, citado por Baylos, p. 327. El empleo simultáneo de los dos tipos de acciones también es apoyado por Ladas, véase Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks and Related rights*, vol. III. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1975, p. 1690.

manipulaciones psicológicas.⁶ La disciplina de la competencia desleal reprime estas operaciones, pues "injustificadamente perjudican al competidor que se abstiene de tales prácticas".⁷

La noción de la competencia desleal está destinada a cubrir o enmendar las imperfecciones de la regulación de los derechos de propiedad industrial; tiende a reprimir los actos perjudiciales contra terceros en materia de propiedad industrial que no son suficientemente reprimidos por las disposiciones que regulan los derechos privados en esta materia.⁸

El derecho de los competidores a disputarse la clientela y el empleo de los medios escogidos para tal fin

Se dice que la represión de la competencia desleal encuentra entre sus fundamentos el principio de derecho según el cual quien ocasiona por su causa un daño a otro debe repararlo.⁹ Asimismo, la represión de la competencia desleal se apoya en principios de moralidad y en el reconocimiento de que donde haya competencia existirá la posibilidad de que haya competencia desleal.

Sin embargo, tanto los principios del daño como el de la moralidad por sí mismos resultan insuficientes para determinar cuándo se ha presentado un caso de competencia desleal. Efectivamente, los principios que tienden a reprimir la competencia desleal se inspiran en uno y otro concepto y aun admitiendo que ambos puedan desempeñar papeles esenciales en dicha determinación, en general no deben ser considerados aisladamente.

Esto sugiere que una acción ética o moralmente reprochable no puede considerarse acto de competencia desleal *sin otro fundamento*. Lo mismo puede decirse en relación con el competidor que por su causa

⁶ Obsérvese aquí la relación entre la disciplina de la competencia desleal y las normas de protección al consumidor, *v. gr.* artículo 5º, primer párrafo de la Ley Federal de Protección al Consumidor: "Es obligación de todo proveedor de bienes y servicios informar veraz y suficientemente al consumidor. Se prohíbe, en consecuencia, la publicidad, las leyendas o indicaciones que induzcan a error sobre el origen, componentes, usos, características y propiedades de toda clase de productos o servicios". Véase David Rangel Medina, "Control de la Publicidad para evitar engaños al consumidor y competencia desleal (régimen legal mexicano)" en: *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística* (r.m. de la P.I.A.) enero-diciembre 1979, nos. 33-34, p. 25.

⁷ Frish y Mancebo, *La Competencia Desleal*, Editorial Trillas, México, 1975, p. 10.

⁸ Véase Yves Saint-Gal, *op cit.*, p. W4 y sigs.

⁹ Véase Robert Plaisant, *La acción de Competencia Desleal en el Derecho Francés* en r. .m de la P.I.A. N° 31-32, p. 91.

ocasiona un daño a otro pues la competencia supone inevitablemente un malestar a intereses ajenos particularmente a los demás comerciantes e industriales.

Por ejemplo, se habla de la separación de la clientela como una de las formas que componen la competencia desleal; pero la separación de a clientela *per se* es un criterio insuficiente porque como dice Ramella,¹⁰ es efecto, tanto de la competencia lícita y honesta como de la abusiva. Así pues, es el fin de la competencia desleal el disfrute de las ajenas fuerzas de trabajo, es decir, la posesión de la clientela de los demás, pero el carácter decisivo de la misma debe buscarse en la adopción de los medios escogidos para tal fin.¹¹ No basta que un comerciante se vea perjudicado por actos de la competencia, pues a los comerciantes les está permitido disputarse la clientela... mas no por cualquier medio.

El criterio imperante que sirve para regir el ejercicio de la actividad empresarial se apoya en una remisión a las *buenas costumbres*; de modo que los medios escogidos para el ejercicio de la actividad empresarial deberán adaptarse a este criterio.

Parece importante trazar una delimitación que distinga entre contravenciones a las buenas costumbres como actos que puedan ser prohibidos por normas legales, por una parte, y falta de buen gusto y tacto, que se encuentran más allá de una contravención del tipo referido y que, por tanto, no tienen carácter jurídicamente ilícito.¹² Se trata así, de actos desdeñables desde un punto de vista cultural y cuya observancia no está exigida por el legislador.¹³

Competencia ilícita: competencia prohibida y competencia desleal

En el estudio de la competencia ilícita se ha distinguido entre competencia prohibida y competencia desleal. En general, dice Joaquín Garriguez,¹⁴ la ilicitud de la competencia puede derivar de dos supuestos distintos. Por una parte, la competencia es ilícita cuando la actuación competitiva se lleva a cabo infringiendo una prohibición de competir. La realización de una competencia prohibida supone, así,

¹⁰ Agustín Ramella, *Tratado de la Propiedad Industrial*, Editorial Hijos de Reus, 1913, Tomo II, pág. 318.

¹¹ *Ibid.* En el mismo sentido Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks and Related Rights*, t. III, pp. 1689-90.

¹² Véase Stephen P. Ladas, *op. cit.*, p. 1689.

¹³ Véase Stephen P. Ladas, *op. cit.*, p. 1689.

¹⁴ Joaquín Garriguez, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Editorial Porrúa, México, 1981, p. 237.

uno de los supuestos de competencia ilícita. Por otro lado, la competencia es ilícita cuando la actuación competitiva se realiza utilizando medios repudiados por la ética profesional por considerarlos desleales. Es el caso de la competencia desleal.

Es así como se distingue dentro de la protección jurídica contra la competencia ilícita, la competencia prohibida de la competencia desleal.

Los actos de competencia prohibida quedan previstos en una norma legal expresa y concreta.¹⁵ Un ejemplo de la competencia prohibida lo encontramos en el artículo 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde prohíbe el legislador a los socios de una sociedad mercantil en nombre colectivo, dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la misma, y formar parte de sociedades que los realicen.¹⁶ En situaciones de este tipo, el legislador fácilmente puede concretar el concepto de la conducta prohibida, mientras que en los casos de competencia desleal el legislador debe encontrar términos amplios, que abarquen todos los modos de deslealtad.¹⁷

Cuando hablamos de competencia desleal, no nos referimos a la competencia resultante de la infracción de una cláusula legal que prohíba la competencia. Los actos de competencia desleal *no atentan* de manera directa contra disposición legal, sino contra usos o prácticas comerciales o industriales cuya existencia está sujeta a demostración. Las situaciones polifacéticas que se presentan en la competencia desleal no permiten la fijación de supuestos concretos.¹⁸

¹⁵ Véase Díaz Bravo, *Aspectos Jurídicos de la Competencia Desleal*, r. m. de la P.I.A. N° 7, enero-junio 1966, p. 32. Véase también Frisch y Mancebo, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶ Unas veces la ley quiere proteger a la empresa contra las personas que, por conocer intimamente la organización del negocio, podrían, a costa de poco trabajo, obtener una posición favorable en la competencia. Véase Garriguez, *op. cit.*, p. 239.

¹⁷ En la sistematización de normas contra la competencia desleal (propuesta por Frisch y Mancebo denominan a las normas de este tipo: "normas especiales". Frisch y Mancebo, *op. cit.*, p. 25. Por su parte, Díaz Bravo las llama "actos ilícitos *stricto sensu*". Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸ A este tipo de normas Frisch y Mancebo las denominan "normas generales" (contra la competencia desleal) en oposición a las "normas especiales" (también contra la competencia desleal). Frisch y Mancebo, *op. cit.*, p. 25. Díaz Bravo coincide con la apreciación que aquí se expone y habla de "competencia desleal". Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 32.

Artículo 210 b) LIM: realización de actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios

Entre las varias definiciones que se ha propuesto para tratar de precisar los actos constitutivos de competencia desleal encontramos posturas que se concentran en los efectos provocados por la conducta del competidor y en un daño actual (efecto) así como en la relación de causalidad entre los dos. Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia ha adoptado como criterio decisivo la adopción de los medios escogidos por el competidor.

La Ley de Invenciones y Marcas en su artículo 210 b) califica como infracción administrativa: "la realización de actos relacionados con la materia que esta Ley regula *contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que implique competencia desleal*". Esto es, que de acuerdo con el ordenamiento mexicano se considera competencia desleal todo acto relacionado con la propiedad industrial (materia regulada por la LIM) contrario a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios.¹⁹

¹⁹ El texto completo del artículo 210 b) LIM se lee como sigue:

ARTICULO 210. Son infracciones administrativas:

b) La realización de actos relacionados con la materia que esta ley regula, contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que implique competencia desleal.

De manera enunciativa se consideran infracciones administrativas las siguientes:

I. El hacer aparecer como productos patentados aquellos que no lo estén. Si la patente ha caducado o fue nulificada, se incurrirá en la infracción después de un año de la fecha de caducidad o, en su caso, de la fecha en que haya quedado firme la resolución de nulidad.

II. Usar una marca parecida en grado de confusión a otra registrada, si dicha confusión ha sido declarada por la Secretaría de Industria y Comercio, para amparar los mismos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada.

III. Usar, sin consentimiento de su titular, una marca registrada como elemento de un nombre comercial o de una denominación social, siempre que dichos nombres estén relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca.

IV. Usar, dentro de la zona geográfica en que resida la clientela efectiva, un nombre comercial semejante en grado de confusión con otro que ya esté siendo usado por un tercero, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicio, del mismo o similar giro.

V. Poner en venta o en circulación productos u ofrecer servicios, indicando que están protegidos por una marca registrada sin que lo estén. Cuando el registro haya quedado definitivamente anulado, revocado, cancelado, caducado o extinguido, se incurrirá en la infracción después de un año de que haya causado estado la resolución correspondiente o que haya operado la caducidad, cancelación o extinción.

VI. Hacer aparecer como de procedencia extranjera productos de fabricación nacional.

La ley mexicana no aporta una definición clara sobre los requisitos necesarios para calificar la competencia desleal, sino que la incluye como una de las formas constitutivas de infracciones a la ley. Sin embargo, en el texto del artículo 210 b) quedan precisadas las notas características de la actividad empresarial que constituye competencia desleal: actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios. Dado que el artículo 210 b) se encuentra contenido en el código que regula la propiedad industrial en México tales actos se considerarán competencia desleal en tanto estén relacionados con la materia regulada por la Ley de Invenciones y Marcas. El engañoso nombre de la ley²⁰ pudiera sugerir que en los términos de este artículo únicamente los actos relacionados con invenciones y marcas podrían ser considerados como competencia desleal, si se encuentra que dichos actos son contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios. Sin embargo, no es así. A pesar de la triste sustitución del nombre de la antigua Ley de la *Propiedad Industrial* por el de "Invenciones y Marcas" un análisis dinámico de las disposiciones de la ley revela que habrá otros actos contrarios a los buenos usos y costumbres que afectan derechos distintos a los provenientes de las invenciones y marcas, que también son reprimidos por la ley; el texto de las 10 fracciones del artículo 210 b) LIM lo corrobora. Este criterio lo confirma el artículo 19 de la ley en el que se establece: "esta ley regula el otorgamiento de patentes

VII. Utilizar o fijar en productos o en anuncios de servicios, indicaciones falsas sobre premios, medallas, certificaciones, condecoraciones u otras preseas de cualquier índole.

VIII. Usar como marcas las denominaciones, signos o siglas a que se refieren las fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XX y XXII del artículo 91 de esta ley.

IX. Intentar o lograr el propósito de desacreditar los productos, los servicios o el establecimiento de otro.

X. Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente:

- a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero.
- b) Que se fabrican productos bajo normas, licencias o autorización de un tercero.
- c) Que se prestan servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o normas de un tercero.

²⁰ Véase David Rangel Medina "Las marcas en el nuevo régimen mexicano de propiedad industrial", en *Problemi Attuali di Diritto Industriale*, Giufre Editores, 1977; del mismo autor; también véase "Significant Innovations of the new Mexican Law on Inventions and Marks", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Colloquium —inventions and trademarks—, vol. 7, 5, 1977.

de invención y mejoras; de certificados de invención; el registro de modelos y dibujos industriales; el registro de marcas; las denominaciones de origen y los avisos y nombres comerciales; así como la *represión de la competencia desleal en relación con los derechos que dicha ley otorga*".

La técnica empleada por el legislador mexicano sugiere por tanto, que la represión de la competencia desleal regulada por la Ley de Invencciones y Marcas queda encuadrada en el contexto de la Propiedad Industrial (en su acepción más amplia), excluyéndose por tanto del campo de aplicación de la Ley otras formas de competencia ilícita distintas a la noción de competencia desleal en materia de propiedad industrial, como hasta aquí se ha venido usando el término.²¹

Por otra parte, la técnica empleada en la redacción del artículo 210 b) LIM pudiera prestarse a confusiones, pues en la enumeración de infracciones que siguen al texto del artículo 210 b) LIM, (de manera enunciativa se consideran infracciones administrativas las siguientes...) además de incluirse formas de ataque a derechos exclusivos ya reconocidos, *v. gr.*, la imitación de marcas *registradas* —artículo 210 b), II, LIM—, también se contemplan (en esta misma enumeración) actos típicamente considerados como competencia desleal que no constituyen violaciones contra derechos exclusivos reconocidos a través de un registro. En esta mezcla ilustrativa de actos que constituyen competencia desleal, encontramos conductas que debieran quedar fuera del campo de la competencia desleal en estricto sentido, así como referencias enunciativas a la competencia desleal propiamente dicha.

La cláusula general y la enumeración meramente enunciativa de supuestos típicos

A pesar de lo anterior y no obstante la inclusión de formas de ata-

²¹ Esta distinción o limitación en el Código que regula la propiedad industrial en México parece prudente, pues el concepto de competencia desleal no siempre se emplea en el mismo contexto. Por ejemplo, hay quienes califican como competencia desleal (véase Frisch y Mancebo, *op. cit.*, p. 32) ciertos actos —de acuerdo con la sistematización que aquí se ha expuesto— que estrictamente no debieron considerarse como competencia desleal (quedarían más bien incluidos dentro de la competencia prohibida). La represión de que trata el artículo 210 b) LIM correspondería pues al grupo de normas que tienden a asegurar la *corrección* en el ejercicio de la competencia, (que presuponen que la libre competencia existe y tratan de encauzarla por el camino de la ética y el derecho) en oposición a las que tienden a asegurar el *ejercicio* de la competencia misma (que por el contrario, presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla eliminando los obstáculos que la perturban). Véase Garriguez, *op. cit.*, p. 223.

que a derechos exclusivos ya reconocidos y sujetos a registro —que en nuestra opinión no debieran estar incluidos en esta enumeración—, puede afirmarse que la Ley mexicana reprime la competencia desleal mediante el sistema de "cláusula general" y "la enumeración meramente enunciativa de supuestos típicos", aun cuando en dicha enumeración se hayan incluido "supuestos típicos" que en estricto sentido debieran mencionarse en otro apartado de la Ley y no en el que se refiere a la competencia desleal contra derechos de propiedad industrial no registrados o no sujetos a registro. La técnica empleada por los redactores de la Ley únicamente dificulta el establecimiento de una clara línea divisoria entre la protección reforzada que otorga la propiedad industrial sobre la base de la formalidad y la tipicidad a través de un registro, y la que ofrece la disciplina de la competencia desleal. Por ello la doctrina, con razón habla de la función defensiva de carácter subsidiario y aun complementario de la disciplina de la competencia desleal.²²

La adopción de la cláusula general [artículo 210 b)] cumple dos funciones: recoger como supuestos de competencia desleal conductas no especificadas en las normas especiales (fracciones I a X) y proporcionar el verdadero fundamento a la prohibición. Además esta cláusula general tiene el mérito de concentrarse en la *adopción* de los medios escogidos y no necesariamente en los efectos.

Por su parte la enumeración meramente enunciativa de supuestos típicos que sigue a la cláusula general sólo tiene un valor enunciativo sin pretender agotar todos los supuestos de deslealtad posibles. Cualquier conducta que, sin encontrarse específicamente incluida en algunos de los supuestos típicos establecidos por la Ley incurre dentro de la noción general del artículo 210 b), ha de ser considerada como desleal e ilícita. Esta enumeración tiene únicamente un valor enunciativo.

Un Acto es Desleal, a los efectos de la Ley, solamente con que incurra en la noción contenida en la cláusula general

Contra esta interpretación, existe en la jurisprudencia mexicana un lamentable precedente judicial²³ del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que debe denunciarse. Ahí se dijo que "la tipificación de la competencia desleal establecida por

²² Sin embargo, es perfectamente admisible el empleo conjunto de la acción derivada del derecho exclusivo y de la competencia desleal. Véase Baylos, *op. cit.*, p. 327.

²³ Amparo en revisión 221/81. - Laboratorios Fru y Veu, S. A. - 19 de junio de 1984. - Unanimidad de votos. - Ponente. - Guillermo Guzmán Orozco.

el artículo 210 b) (actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios) podría pensarse que es anticonstitucional, porque es demasiado abstracta y nebulosa ya que no tiene elementos claros y precisos de la definición de lo que es la infracción". En este caso se dijo que para que una sanción pueda estar fundada y motivada, en los términos del artículo 16 Constitucional, es menester que los hechos del caso se adhieran a la hipótesis de la norma; que esto presupone que la hipótesis sea claramente precisable de antemano y que el infractor posible sepa con claridad y certeza en qué casos concretos su conducta va a quedar incluida en la hipótesis como infracción. De lo contrario se dijo, no sólo no hay motivación y fundamentación adecuadas desde el punto de vista material o de contenido, sino hasta que se deja en estado de indefensión a los presuntos infractores, cuya conducta puede venir a quedar más o menos arbitrariamente contenida, según el criterio de la autoridad en la imprecisa tipificación de una hipótesis de infracción mal definida en la ley por falta de precisión. De acuerdo con el criterio de este tribunal, para que prospere una acción apoyada en el artículo 210 b) es menester que el actor funde además su acción en alguna de las conductas contenidas en la enumeración y no únicamente en lo dispuesto en forma abstracta en la inadecuada división global del inciso b) (cláusula general), ya que a su juicio es violatoria del debido proceso legal en perjuicio del acusado al dejarlo en estado de indefensión para prevenir y evitar la comisión de la infracción y privaría de fundamentación y motivación adecuada la resolución que en sus términos declara cometida la infracción.

Diferimos totalmente del criterio sostenido en este caso por el tribunal. Creemos que en el texto de la ejecutoria la autoridad ha sido demasiado generosa y benévola con quienes en el desempeño de actividades empresariales incurren en actos de competencia desleal. El mérito de la cláusula general seguida de una enunciación meramente ilustrativa radica básicamente en que la cláusula general recoge como supuesto de competencia desleal conductas no especificadas en las normas especiales. Reconociendo que algunas de las ideas expresadas en la sentencia tienen perfecta aplicación en otras áreas del derecho y de las relaciones entre particulares, y entre gobernantes y gobernados, el tribunal desconoce que la competencia desleal es, por su misma naturaleza, una noción demasiado amplia y por ello demasiado "imprecisa" para que sea posible dar en algunas palabras una idea de sus contornos y de su sustancia. Asimismo, se confunden en este precedente los ataques que deben y suelen estar especificados

—cuando se trata de reprimir violaciones a derechos exclusivos de propiedad industrial previamente reconocidos y registrados— con agresiones que no afectan de manera directa derechos exclusivos (normalmente sujetos a registro). Es decir, actos de competencia desleal caracterizados por la norma contenida en la cláusula general del artículo 210 (b). Ya señalábamos al principio de este trabajo que la regulación de la rivalidad desleal además de poco conocida, es muchas veces confundida. En este particular contexto le asiste la razón a Delmanto²⁴ cuando afirma que uno de los principales y mayores equívocos consiste justamente en que generalmente se piensa que confrontación desleal y (derechos exclusivos de) propiedad industrial son cosas iguales o semejantes. *No lo son*. Muy por el contrario.

El aceptar el criterio del tribunal se traduciría en privar de toda eficacia práctica a la norma que se comenta —artículo 210, b)—, hasta el punto que los actos de competencia desleal, como no vengan acompañados de verdaderas lesiones a los derechos contenidos en la enumeración (fracciones I a X) quedarían absolutamente inmunes bajo esta interpretación. La jurisprudencia y la doctrina dominantes consideran que esta enumeración sólo tiene un valor enunciativo y no pretende agotar todos los supuestos de deslealtad posibles. Insistimos en que cualquier conducta que sin encontrarse específicamente incluida en algunos de los supuestos típicos establecidos por la ley, incurre dentro de la noción general, ha de ser considerada como desleal e ilícita.²⁵ Ocurre que los comerciantes, industriales y prestadores de servicios pueden verse perjudicados tanto por violaciones a derechos consagrados de manera expresa²⁶ como a través de actos múltiples por parte de la competencia al grado que resultaría ocioso e inútil el procurar una enumeración de todos los actos posibles e imaginables para incurrir en competencia desleal.

Mantilla Molina²⁷ ha dicho que la regulación de la competencia desleal "adolece de dos efectos: a) extremada vaguedad; y b) excesiva remisión al criterio del juzgador para calificar de desleal la actuación del competidor". Sin embargo, no escapó a la mente del autor que estas normas son por sí mismas indeterminadas y genéricas: "...el afán de imponer sus productos o servicios en el mercado coloca a unos

²⁴ Celso Delmanto, *Delitos de Concurrencia Desleal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 23 y 24.

²⁵ Baylos, *op. cit.*, p. 319.

²⁶ Ya sea en la enumeración ilustrativa que sigue a la cláusula general en el contexto de la competencia desleal o bien en los términos de un derecho registrado.

²⁷ Roberto Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, 16ª ed. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1977, p. 146.

y otros ante la posibilidad de desplegar conductas no siempre apegadas al juego limpio, requisito éste necesario para que la competencia se desarrolle normalmente"; y que "tales conductas pueden ofrecer una variedad tan amplia de manifestaciones, burdas unas, sùtiles muchas, que sería imposible encuadrarlas en específicas normas represivas, por lo que el legislador ha tenido que echar mano de una fórmula que pretende abarcarlas en su totalidad...".

Por lo anterior, quienes tienen a su cargo la interpretación, aplicación y elaboración de normas reguladoras de la represión de la competencia desleal no deben perder de vista que la competencia desleal asume formas múltiples y que aun una detallada especificación de los casos particulares no bastaría para señalarlas todas a través de la variedad de sus apariencias, del uso de nuevos métodos para asegurar el éxito y de los procedimientos más sutiles para escapar del dominio de la sanción legal.²⁸

Concurrencia desleal y concurrencia criminosa

Por otra parte debe tenerse presente la naturaleza de la medida represiva hacia la competencia desleal contemplada en el artículo 210 b) LIM. El artículo 210 LIM establece que la enumeración de conductas ahí contenidas "son infracciones administrativas" y no "delitos" (artículo 211, LIM). En nuestro sistema legal la competencia desleal no encuentra acomodo de manera expresa en materia penal. Por eso, tratándose de infracciones administrativas (en oposición a delitos), la aplicación de la "cláusula general" contenida en el artículo 210 b) LIM es perfectamente admisible; lo mismo es cierto a los fines civiles, que dado el carácter de este trabajo, por ahora nos abstendremos de tratar.²⁹ Un cotejo "tan subjetivo", admisible en estas materias, en principio no resultaría congruente con una ley impositiva de pena

²⁸ Ramella considera que solamente hay un principio general de comprensivo contenido, el cual es el artículo 1382 del Código Civil francés (y sus equivalentes en todos los demás países que han seguido dicho modelo), que podría bastar para regular, a los fines civiles, todas las infinitas formas de competencia desleal (si bien en la misma Francia, una noción relativamente precisa de ella no se ha podido sacar sino de una jurisprudencia casi escolar). Véase Ramella, *op. cit.*, p. 336.

²⁹ Sobre la competencia desleal a los fines civiles, véase: Tullio Ascarelli, *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, Bosch. Casa Editorial-Unguet, 51 bis, Barcelona, 1970, p. 233; Baylos, *op. cit.*, p. 314 y ss.; Walter de Campos Birnfeld, *Da Concurrencia Desleal*, Tip. de Jornal do Commercio, Rodriguez & Cia., Edição Brazil Patentes, Rio de Janeiro 1937, pp. 34 y ss.; Frish y Mancebo, *op. cit.*, pp. 26, 149 y 155; Kaplan & Brown's Cases on Copyright, *Unfair Competition and other Topics*, Foundation Press, Mineola, New York, 1978, p. 726; Ladas, *op. cit.*, pp. 1694 y ss.; Plaisant, *op. cit.*, p. 91; Ramella, *op. cit.*, pp. 313 y ss.

(material penal), que debe mantenerse siempre lo más alejada que le sea posible del arbitrio judicial. No estando dentro de la esfera penal, el uso de ciertos medios y métodos transforma la competencia permitida en competencia desleal.

El empleo del término competencia desleal en la esfera penal puede provocar confusiones formales y substanciales; por ello debe evitarse. Autores como Delmanto³⁰ hablan de *concurrència criminosa* al referirse a ciertos expedientes (uso de medios o métodos que exceden la *deslealtad*) tan peligrosos o graves, que el legislador los considera delictuosos. Es en estos casos cuando se incurre además en sanciones penales. Más *concurrència criminosa*, dentro de las diferentes formas de competición deshonestas, es sólo aquella que la ley tipifica como tal. Es por esto que la regla penal no se refiere a la práctica de la concurrencia o competencia sino a la comisión de un delito. De este modo, en la esfera penal, el competidor no permanece en el temor —o en la esperanza— de que su acción sea considerada desleal o no. Solamente los comportamientos allí insertos constituyen delito.³¹

En efecto, las anotaciones hechas sobre el grado de tipicidad que se requiere para sancionar una conducta —dependiendo de si se está hablando en materia penal o de otra diversa—, son útiles para trazar criterios generales, pero no absolutos. Ejemplos claros los encontramos en el Código Penal para el Distrito Federal: artículo 386.- comete el delito de fraude el que *engañando* a uno y *aprovechándose* del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido; artículo 348.- injuria es: toda expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar *desprecio* a otro con el fin de hacerle una *ofensa*. Nótese cómo estos dispositivos incluyen expresiones cuya determinación o delimitación requieren necesariamente de un juicio valorativo, a veces subjetivo por parte del juzgador; lo que viene a confirmar que los elementos probatorios más objetivos no son los únicos aspectos que el juzgador evalúa sino también otros factores más bien internos, anímicos, subjetivos, sociales; necesarios para la determinación sobre si hubo *engaño*, *aprovechamiento*, *error*, *desprecio*, *ofensa*, etc.,³² expresiones todas éstas que no nos parecen ni más ni menos *subjetivas* o *vagas* que las que compete al juzgador manejar en materia de competencia desleal como son los buenos usos

³⁰ Delmanto, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

³¹ Es el caso de los delitos a que se refiere el artículo 211, LIM (derecho penal especial) así como de las conductas delictuosas previstas en el Código Penal para el D. F. v.gr. artículos 210 y 211 Revelación de Secretos.

³² Sobre estos delitos véase Francisco González de la Vega, *El Código Penal Comentado*, Editorial Porrúa, México 1974, pp. 359 y 385.

y costumbres. Absurdo resultaría buscar la fundamentación jurídica de la calificación de engaño, aprovechamiento, error, desprecio, ofensa, etc., a través de la inclusión del acto en una lista tasada de supuestos, ya que las normas correspondientes por sí mismas son indeterminadas y genéricas como también ocurre en materia de competencia desleal.

Actos contrarios a los buenos usos y costumbres

La reprobación general que hace la LIM de la realización de actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios ya hemos visto que ha sido a veces criticada por considerarse que la ley se apoya en un criterio ambiguo, abstracto y subjetivo para la tipificación de una infracción. Sin embargo, aquí cualquier criterio de valor queda sustituido por una remisión a la costumbre; aunque los juicios valorativos no pueden evitarse, ni en ese caso, por que la referencia se hace, no a cualquier clase de costumbres, sino precisamente, a las buenas costumbres, es decir, a las costumbres honestas, honradas. La fórmula elástica y amplia de que para competir lealmente hay que atenerse a lo que se acostumbra, a lo que vienen haciendo todos *con la aprobación social* encierra uno de los elementos esenciales de la institución, consistente en la obligación, implícita en toda actividad concurrencial, de utilizar medios corrientes y habituales, aquellos que todos se conciertan para usar; y no medios excepcionales y desacostumbrados, cuyo empleo forzosamente coloca a los demás competidores en una situación de desigualdad e inferioridad, contraria a la esencia misma de toda licitación. Lo que no es admisible es que cualquier competidor acuda a servirse de formas o modalidades de actuación a las que implícitamente han renunciado otros por ir contra lo que se acostumbra estimar como permisible y honesto. Al prohibir la deslealtad, en realidad se sancionaría la conducta del competidor que juega con ventaja podría decirse, puesto que recurre a medios que ningún comerciante honrado acostumbra utilizar; a procedimientos que el uso social rechaza, como contrarios a la probidad mercantil. En definitiva, en fin, el juicio sobre la lealtad o deslealtad de la conducta de un competidor se convierte, en esta clase de fórmulas, en una verificación de realidades sociales —las costumbres que rigen y se aplican—; pero por eso deja de utilizar conceptos de valor. Buenas costumbres quiere decir, costumbres honradas, honestas, quiere decir las costumbres establecidas y aplicadas por los buenos no por los malos comerciantes.³³

³³ Baylos, *op. cit.*, p. 318.

Resulta importante mencionar que si en la práctica continúan los actos desleales, no podrán transformarse en leales a causa de su continuidad. Un juez debe enfrentarlos y no conformarse con su realidad fáctica.³⁴

De lo anterior se desprende también que las normas que reprimen la competencia desleal no incluyen una exigencia relativa a la *lealtad* misma, sino como señala Baylos,³⁵ a comportamiento acostumbrado, usual, socialmente admisible. Ése es el módulo legal al que la actuación concurrencial ha de ajustarse.

El artículo 10-bis

Otra de las disposiciones que regulan de manera directa la represión de la competencia desleal en el derecho positivo mexicano es el artículo 10-bis del Convenio de París.³⁶

El Convenio original (1883) no contenía disposición específica alguna en lo que respecta a la represión de la competencia desleal. Las primeras disposiciones en esta materia fueron incluidas en el Convenio durante la Conferencia de Revisión de Bruselas en 1900. Ahí se introdujo el artículo 10-bis. La Conferencia de Revisión de Washington en 1911 dio un paso más adelante al introducir en dicho artículo la obligación para todos los estados miembros de asegurar a los nacionales de los países unionistas una protección eficaz contra la competencia desleal. Esta disposición fue reforzada y se incluyeron una definición y ejemplos de actos de competencia desleal en el artículo por la Conferencia de Revisión de La Haya en 1925. La Conferencia de Revisión de Londres en 1934 mejoró estas disposiciones y la Conferencia de Revisión de Lisboa en 1958 añadió un nuevo empleo de actos de competencia desleal.³⁷

El texto más reciente del artículo 10-bis es el siguiente.

- 1) Los países de la unión están obligados a asegurar a los nacio-

³⁵ Baylos, *op. cit.*, p. 318.

³⁴ Frish y Mancebo, *op. cit.*, p. 41.

³⁶ Decreto por el que se aprueban las Revisiones que se hicieron en Estocolmo, Suecia el 14 de julio de 1967 al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del día 20 de marzo de 1883. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de marzo de 1976. Decreto por el que se Promulga el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Revisado en Estocolmo en 1967, BIRPI 1969, Ginebra, Suiza, pp. 156-160.

³⁷ Párrafo 3) 3.) Véase G. H. C. Bodenhausen, *Guía para la Aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial Revisado en Estocolmo en 1967*, BIRPI 1969, Ginebra, Suiza, pp. 156-160.

nales de los países de la unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

1. cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
3. las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudiere inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

El artículo 25 del Convenio

Así como en nuestra jurisprudencia existen resoluciones plausibles relativas a una aplicación ortodoxa de ciertas disposiciones del Convenio de París³⁸ constituye un deber denunciar que ya durante la vigencia de la Ley de Invenciones y Marcas han surgido precedentes judiciales con motivo de la aplicación del Convenio de París caracterizados por la ausencia de respeto a las normas del Convenio como se ilustra a continuación.

³⁸ Véanse por ejemplo las siguientes resoluciones "Caso Bulova" resolución 94-Dirección General de la Propiedad Industrial Sección Jefatura-Oficio no. 37-III-24844-Marca no. 33602-asunto: Se niega la declaración administrativa de uso ilegal de la marca BULOVA presentada por el Sr. Sidney Steele en contra de G. Kessel y Cia., S. A., Wlathom Watch Co., de México, S. A., Bulova Watch Company, Inc., de New York, y Bulova Watch Co. de México, S. A. En *Gaceta de la Propiedad Industrial*, México, D. F., 16 de noviembre de 1950, pp. 1489-1498; Resolución no. 1-Dirección General de la Propiedad Industrial-Jefatura-Oficio no. 225-Marca: 33602-asunto: se declara la nulidad de la marca nacional no. 33602 denominada BULOVA, propiedad del Sr. Sidney Steele que ampara relojes, procedimiento que fue iniciado de oficio y del cual tuvo conocimiento oportuno el titular de la marca; resolución 94/950 de la Dirección General de la Propiedad Industrial, relativa a la marca 33602, en su punto resolutorio IV ordenaba textualmente, "en su oportunidad, se inicie, de oficio, el procedimiento de nulidad de la marca nacional no. 33602, propiedad del Sr. Sidney Steele, cumpliendo con los requisitos que la ley señala al efecto") México, D. F., 4 de enero de 1951 -*Gaceta de la Propiedad Industrial*, enero 1951 pp. 172-176. Resolución no. 63 de 24 de julio de 1963 pronunciada por la Secretaría de Industria y Comercio declarando nulo el registro de la marca 1-4433 SPRITE. Quedó firme por no haber sido recurrida en: r.m. de la P.I.A. (jurisprudencia) enero-junio 1964 no. 3, pp. 216-219. Juicio de amparo no. 834/63 Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa México, D. F. a

En sentencia de fecha 29 de noviembre de 1983 R.A. 305/82 el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (quejosa Chevron Research Company) estimó que el Convenio de París no obligaba directamente a la autoridad administrativa mexicana, sino que la correcta interpretación es en el sentido de que el convenio establece una obligación para los estados firmantes de ajustar su legislación... y no que este convenio se aplique directa o preferentemente a la ley nacional. Según el criterio del tribunal esto es así porque el propio convenio lo establece en su artículo 25. Es decir, que de acuerdo con este criterio el convenio obliga a los estados firmantes a ajustar su legislación al tratado y no debe entenderse que obligue a las autoridades administrativas a aplicarlo directa o preferentemente a la ley nacional que es la que están obligadas a acatar.

Para los efectos del análisis posterior es importante observar la referencia que hace el tribunal al artículo 25 del convenio como apoyo para dejar de aplicar las disposiciones del Convenio en México y no a otras razones.

El mismo tribunal en sentencia de 8 de diciembre de 1983 R. A. 38/83 (quejosa Gucci de México, S. A.) sostuvo que el Convenio de París no es aplicable directamente pues al igual que en el caso anterior se estimó que el convenio obliga a las partes firmantes a ajustar sus disposiciones legales al mismo, pero que no es obligatorio directamente para las autoridades administrativas.

Clasificación de las normas del convenio

Las normas del Convenio de París han sido clasificadas en cuatro grupos o categorías:

Primera. Disposiciones de *Derecho Internacional Público* que regulan los *derechos y obligaciones de los estados miembros* y establecen los órganos de la unión creados por el convenio, así como disposiciones de carácter administrativo.

Segunda. Disposiciones que *exigen o permiten* a los estados miembros legislar dentro del campo de la Propiedad Industrial.

Tercera. Esta categoría de disposiciones del convenio se refiere a la *legislación sustantiva* en el campo de la Propiedad Industrial por lo que respecta a los *derechos y obligaciones de las partes privadas*, pero únicamente en la medida que lo exija la ley interna de los estados miembros que se haya de aplicar a esas partes.

28 de agosto de 1963, Véase r.m. de la P.I.A. (jurisprudencia) julio-diciembre 1963 no. 2 pp. 340-342, etc.

Cuarta. Esta categoría de disposiciones del convenio esta constituida por *normas de derecho sustantivo* relativas a los *derechos y obligaciones de las partes privadas*, normas que, sin embargo, no se refieren únicamente a la aplicación de las leyes internas puesto que su contenido puede *regir directamente la situación en cuestión*.

Anunciamos desde ahora que las disposiciones del articulado 10-bis del convenio quedan clasificadas dentro de la segunda y cuarta categorías antes enunciadas. Esto último, en virtud del contenido del dispositivo que rige la represión de la competencia desleal en el convenio.

Normas autoaplicativas vis a vis normas que pueden regir directamente una situación

Algunos comentarios del convenio distinguen entre normas "autoejecutivas" o "autoaplicativas" y las que no tienen dicho carácter. Si —en este contexto— no radica en la norma específica ni en el convenio en general, sino en el sistema constitucional del país miembro de que se trate.

Sin desconocer que la redacción de las disposiciones del convenio varia de un caso a otro —y que en algunos casos incluye normas redactadas a manera de "principio"³⁹ en tanto que en otros la redacción puede regir directamente la situación en cuestión el convenio no contienen ni contempla normas "autoaplicativas" o no "autoaplicativas".

A pesar de lo anterior, se han llegado a emplear los términos "autoaplicabilidad" o "autoejecutividad" para referirse a la naturaleza intrínseca de ciertas normas del convenio, lo cual provoca confusiones con el carácter "autoaplicativo" que puedan tener las normas del convenio de acuerdo con el sistema constitucional de cada país. Por ello, la noción de la "autoaplicabilidad" debe manejarse en otros términos. Sin embargo, esta distinción no surge de las propias normas del convenio. Esto es, el carácter "autoejecutivo" de una norma del convenio nos: al distinguir las normas del convenio —con este criterio—, es preferible hablar de "normas que pueden regir directamente una situación" y las que no tienen este carácter, reservando los términos "autoaplicabilidad" o "autoejecutividad" para la cuestión de aplicación y aplicabilidad de tales normas en atención al sistema constitucional del convenio son "autoaplicativas" o no. La respuesta como afirma

³⁹ V.gr. artículo 10-bis párrafo 1) "Las países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal".

de cada país. Ésta es pues, la conocida cuestión de si las disposiciones Bodenhausen,⁴⁰ depende de otras dos cuestiones:

i. en primer lugar si la constitución del estado de que se trate permite que las disposiciones de un convenio internacional sean "autoejecutivas" o sea, directamente aplicables a las partes privadas sin la intervención de la legislación nacional e incluso, posiblemente frente a disposiciones contrarias de esa legislación; y,

ii. en segundo lugar, si las disposiciones del convenio internacional de que se trate están redactadas de modo tal que permitan esa aplicación directa a las partes privadas.

En el primer caso (i) estamos hablando de la "autoejecutividad" de las normas del convenio desde el punto de vista de el sistema constitucional de cada país; en tanto que en el segundo (ii) nos referimos más bien a la forma en que están redactadas las disposiciones del convenio.

En cuanto a la segunda cuestión que se plantea no cabe duda de que este tipo de disposiciones en el convenio pueden, y por lo tanto, tienen que ser directamente aplicadas en los países como el nuestro que admiten esa posibilidad. Es decir, que si la Constitución y el sistema constitucional del estado de que se trate —v.gr. México permite que las disposiciones de un convenio internacional sean "autoejecutivas", o sea directamente aplicables sin más intervención de la legislación nacional, dichas normas en definitiva deberán aplicarse por las autoridades de los Estados que como el nuestro incluyen un artículo 133 en su Constitución en donde se establece que "Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados o que se celebren por el Presidente de la República con la aprobación del Senado serán la Ley Suprema de la Unión..." Consecuentemente, la cuestión de la "autoaplicabilidad" de las normas de un tratado internacional no tiene vigencia ni aplicación en nuestro sistema constitucional y en todo nuestro sistema jurídico en general, pues como se dice, los tratados... SON LA LEY. Nuestro sistema jurídico no contiene figura alguna que permita condicionar la aplicación de un tratado internacional al previo "ajuste" o "adecuación" de las normas del convenio a la ley o leyes internas de nuestro país. Compartir dicho criterio, desde el punto de vista constitucional, equivaldría a condicionar igualmente la aplicación de la propia constitución y de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella a que su texto fuese de nueva cuenta incorporado a alguna otra de nuestras leyes internas lo que a su vez

⁴⁰ Bodenhausen, *op. cit.*, p. 13.

provocaría un círculo vicioso para que tales normas jurídicas tuvieran aplicación y vigencia en nuestro país. Esto último, ya que para los efectos de nuestra Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados *son la ley* suprema de la Unión; de modo que no hay razón para imponer condiciones adicionales a las que manda la Constitución para que un tratado, una ley o la propia Constitución tengan vigencia y aplicación en nuestro país. Por ello, el requisito adicional que se ha dicho debe satisfacer este tratado nos llevaría al absurdo que aquí se plantea.

En todo caso, y suponiendo que el artículo 25 del convenio efectivamente incluyeran la obligación para los estados miembros de incorporar las normas del Convenio a su legislación doméstica —interpretación del tribunal—, dicho artículo 25 no debería tener aplicación ni vigencia en nuestro país en vista de que así interpretado, el artículo 25 del convenio resultaría anticonstitucional por contravenir lo dispuesto en el artículo 133 constitucional que no contempla la obligación de ajustar las normas de un tratado internacional a la legislación doméstica de un país para que el texto del convenio forme parte de la Ley Suprema de la Unión. Esto, si el artículo 25 se leyera o pudiera interpretarse como lo ha hecho el tribunal; pero ni el texto del artículo 25 incluye tal obligación ni su interpretación o construcción *fuera de la "gramatical"* puede llevarnos a semejante conclusión como más adelante se demuestra.

El artículo 25 establece que:

- 1) Todo país que forme parte del presente convenio se compromete a adoptar, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente convenio.
- 2) Se entiende que, en el momento en que un país depositó un instrumento de ratificación o de adhesión, se halla en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del presente convenio.

Como se puede apreciar de la simple lectura del artículo 25, párrafo 1) la posibilidad de que se presente un absurdo como el que se acaba de ilustrar queda salvada cuando el propio artículo establece "...de conformidad con su Constitución", de modo que si, como en el presente caso, el Convenio de París se celebra y se ha celebrado por el Presidente de la República con aprobación del Senado se estará naturalmente adoptando la posibilidad repetitiva y obvia que trata el artículo 25 para adoptar *de conformidad con nuestra Constitución* las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente convenio,

Nótese que el artículo 25 se refiere a una obligación, a un compromiso por parte de los Estados miembros en el sentido de adoptar las *medidas necesarias para asegurar la aplicación* del convenio, y que dicho dispositivo *no exige* en momento alguno que tales medidas deban ser necesariamente legislativas, pues éstas podrán ser administrativas, judiciales o también legislativas, todo ello se insiste, de conformidad con nuestra Constitución. Por lo tanto, las ejecutorias que sostienen que:

no es aplicable directamente el Convenio de París... pues este convenio obliga a las partes firmantes a ajustar sus disposiciones legales al mismo, pero no es obligatorio directamente a las autoridades administrativas...⁴¹ y que el Convenio de París no obliga directamente a la autoridad administrativa mexicana, sino que la correcta interpretación es en el sentido de que el convenio establece una obligación para los estados firmantes de ajustar su legislación... y no que este Convenio se aplica directa o preferentemente a la ley nacional... porque el propio convenio lo establece (en su artículo 25)...⁴²

han sido resueltos en violación de nuestra Constitución al no acatar una disposición que se adapta a las exigencias constitucionales de nuestro sistema jurídico como es el artículo 25 del convenio al imponer requisitos adicionales como se establece en el convenio.

Para confirmar la correcta interpretación de las disposiciones del convenio en general, de nuestra Constitución, y particularmente del artículo 25 del convenio, basta recordar que el texto original del convenio de 1883 contenía una disposición —el artículo 17— según el cual la ejecución de los compromisos recíprocos contenidos en el convenio estaba subordinada, cuando fuese necesario, al cumplimiento de las formalidades y reglas establecidas por las leyes constitucionales de los estados miembros. A esto se añadió la disposición de que los estados miembros estaban obligados a procurar la aplicación de lo convenido, lo que se comprometían a hacer "en plazo más breve posible".⁴³ Esta disposición experimentó cambios pequeños únicamente en cuanto a la forma, en las conferencias subsiguientes de Revisión, hasta la Conferencia de Lisboa en 1958. En esta conferencia fue sustituida⁴⁴ por lo que es ahora, sin alteración, excepto pequeños cambios de forma, el artículo 25 del texto de Estocolmo.

⁴¹ R.A. 38/83 Gucci de México, S. A.

⁴² R. A. 305/82 Chevron Research Company.

⁴³ Véase Actas de París, I, pp. 145-146, Bodenhousen, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁴ Véase Actas de Lisboa pp. 292, 304, 109 y 120. *Ibid.*

Si conforme al artículo 25 del convenio un estado ha aceptado el carácter "autoejecutivo" de ciertas disposiciones del convenio —de conformidad con su Constitución—, sus *autoridades administrativas o judiciales tendrán que aplicar directamente esas disposiciones*. Además, tal estado estará obligado a adoptar y mantener una legislación que se atenga al convenio en todos los puntos en que el convenio requiera esa legislación y también tendrá que cumplimentar sus obligaciones de carácter administrativo. Todo esto se lee dentro de las "medidas" a que se refiere el artículo 25 para asegurar la aplicación del convenio. Como se ve, queda a las autoridades de cada país miembro la absoluta libertad de decidir cuáles serán las medidas que aseguren la aplicación del convenio, las que podrán ser tanto administrativas, como judiciales o legislativas.

A mayor abundamiento, conviene hacer notar que la obligación a que se refiere el artículo 25, párrafo 2) se refiere al momento de la ratificación y de la adhesión al convenio. El estado miembro tendrá que hallarse en ese momento en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del convenio, lo cual significa que *en esa época habrán tenido que "ser tomadas"*⁴⁵ ya todas las medidas a que hace referencia el artículo 25 párrafo 1).

Volviendo al carácter que tiene el artículo 10-bis en la sistematización del convenio recordemos que el mismo se compone de tres apartados. El párrafo 1) podría quedar clasificado dentro de las normas del convenio correspondiente a la segunda categoría. Es decir, parece que el artículo 10-bis párrafo 1) no es el tipo de disposición que desde el punto de vista de su redacción permita una aplicación directa (observar que aquí estamos hablando del contenido de la norma y no de la "autoejecutividad" desde el punto de vista constitucional). Ello es así porque el texto de este párrafo contiene un "principio" del convenio y no una "norma que puede regir directamente la situación en cuestión". Sin embargo, continuando con el desglose de los tres párrafos que integran el artículo 10-bis observamos que tanto el párrafo 2) como el 3) contienen "normas cuyo contenido puede regir directamente la situación en cuestión", es decir, de las que corresponden a la cuarta categoría de disposiciones del convenio "constituida por *normas de derecho sustantivo* relativas a los *derechos y obligaciones de las partes privadas*" y que como quedó dicho, su contenido puede regir directamente la situación en cuestión. Si como se ha expuesto la Constitución y el sistema constitucional mexicano permiten a las

⁴⁵ En el supuesto que no existieran con anterioridad a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

autoridades administrativas y judiciales aplicar directamente a las partes privadas las disposiciones de un tratado internacional, y más aun si estas disposiciones están redactadas de tal modo que esa aplicación resulte posible, dichas disposiciones deben aplicarse en nuestro país sin más intervención del legislador nacional. En consecuencia nuestras autoridades administrativas y judiciales al aplicar la Ley Suprema de toda la Unión deberán reprimir los actos que el artículo 10-bis, párrafo 2) señala que constituyen competencia desleal, es decir "todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial"; y de acuerdo con el artículo 10-bis, párrafo 3) deberán reprimir o prohibir los actos a que se refieren los tres incisos que siguen al párrafo 3) del artículo 10-bis (en particular deberán prohibirse: 1, 2, 3.).

El caso "tipo SINGER"

En contraste con la aplicación que se ha hecho del convenio en las ejecutorias analizadas, la jurisprudencia mexicana incluye trabajos conforme con los principios que aquí hemos venido sosteniendo, como la sentencia dictada por el entonces Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, licenciado Arturo Serrano Robles, la cual quedó firme por ejecutoria pronunciada por la Suprema Corte de Justicia.⁴⁶ Esta sentencia ha recibido difusión y comentarios no sólo en nuestro país sino también en el extranjero.⁴⁷ Además, sirve de apoyo al estudio de derecho comparado realizado por el Profesor Bodenhausen⁴⁸ al tratar los párrafos 2) y 3) del artículo 10-bis, que como se ha visto, contienen disposiciones redactadas de manera que pueden regir directamente la situación en cuestión, y en los países que admiten esa posibilidad, tienen que ser aplicadas directamente por las autoridades judiciales o administrativas del país en que se solicita la protección contra la compraventa desleal. Al examinar esta conclu-

⁴⁶ Sentencia de 28 de agosto de 1963 dictada por el Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal en el juicio de amparo 834/63, promovido por The Singer Manufacturing Company, la cual quedó firme por ejecutoria pronunciada por la Suprema Corte el 11 de octubre de 1968 en el toca 8293/63, que declaró la caducidad de la segunda instancia. Véase texto de la sentencia en: r.m. de la P.I.A. julio-diciembre 1963, no. 2 (jurisprudencia-competencia desleal) pp. 340-342.

⁴⁷ Véase David Rangel Medina, *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial en los Juzgados de Distrito* en r.m. de la P.I.A. enero-junio de 1969 no. 13 (competencia desleal) pp. 59-60.

⁴⁸ Véase: Bodenhausen, *op. cit.*, pp. 157-158.

sión se cita la sentencia mexicana. El texto de esta sentencia fue traducido al alemán y publicado en la República Federal de Alemania.⁴⁹

Parece pues muy oportuno recordar los antecedentes del caso en el que la dueña de la marca SINGER solicitó la declaración de existencia de confusión de productos, establecimiento y servicios por hechos consistentes en el anuncio verbal de máquinas de coser como "tipo SINGER" y en la distribución de un catálogo que muestra grabados de diversas piezas de máquinas de coser con la indicación de que se trata de refacciones de máquina de coser del "nuevo tipo SINGER". La declaración administrativa fue negada porque al no aparecer la palabra SINGER sobre las máquinas vendidas por el demandado, ninguna confusión puede producirse porque las máquinas llevan un nombre distinto de la marca del reclamante. Contra dicha resolución fue promovido juicio de garantías, el cual fue resuelto por el Juez de Distrito, quien concedió el amparo con base en esta tesis: SINGER es una marca muy conocida, por lo que el uso de la designación "tipo SINGER" sin autorización de la propietaria de esta marca, es indebido. Aunque las mercancías que se anuncian tengan marcas distintas, necesariamente el empleo de la citada expresión ocasiona entre el público consumidor la confusión que reprimen los artículos 10-bis y 10-ter del Convenio de la Unión de París.⁵⁰

Deben considerarse violados los artículos 10-bis y 10-ter del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial, porque como antes se dijo, si existieron elementos que demuestren la confusión alegada, y la autoridad responsable debió, mediante la resolución que se le pidió, reprimir el uso indebido de la denominación SINGER por parte de la empresa tercero perjudicada, por ocasionar confusión entre el público consumidor.

Estos preceptos deben considerarse que forman parte de la ley suprema de toda la Unión, por disposición del artículo 133 Constitucional y por lo tanto, las autoridades se encuentran obligadas a acatarlos.

Finalmente hay que distinguir entre los planteamientos presentes en el caso Tipo SINGER y los contenidos en las ejecutorias del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa. En las ejecutorias del Segundo Tribunal la "controversia" se concentró en la aplicación o no aplicación del Convenio de París en general, en

⁴⁹ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (G.R.V.R. Int.)*, p. 29.

⁵⁰ Y el artículo 263 de la Ley de la Propiedad Industrial (1942).

tanto que en el caso Tipo SINGER no se discutió la aplicabilidad del convenio sino la adecuación de ciertas conductas a los supuestos de las disposiciones del convenio. Es decir, que el caso Tipo SINGER no incluye planteamiento alguno sobre la aplicabilidad del convenio cuando se corrobora que se han dado los supuestos examinados. Esto último, precisamente por lo dispuesto en el artículo 133 Constitucional. Las ejecutorias del Segundo Tribunal sugieren que independientemente a que haya una adecuación a los supuestos referidos en el Convenio, sus disposiciones no son aplicables en la ausencia de los requisitos que aquí han sido denunciados.

LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO (Tercera parte)

Humberto RUIZ QUIROZ

III. LA FIANZA A FAVOR DE TERCERO

30.—POSIBILIDAD DE CELEBRAR UN CONTRATO DE FIANZA CIVIL A FAVOR DE TERCERO. En la segunda parte de este trabajo traté de determinar el concepto y los elementos esenciales del contrato a favor de tercero y llegué a la conclusión de que, cuando mediante un acuerdo de voluntades se produzca un derecho a favor de una persona extraña a ese acuerdo, estaremos en presencia del contrato a favor de tercero; pues dos personas, fiador y fiado, con todas o sólo algunas de las consecuencias o efectos que establecen los artículos 1868 a 1872 del Código Civil, como propios de este tipo de actos, pero que admiten pacto en contrario, y sin que tenga influencia en la calificación de su esencia, el que sean posibles o no la producción de esos efectos que se llaman naturales.

Si partimos del concepto de fianza que podemos definirlo como el acto jurídico por el que una persona se constituye en garante personal de la deuda ajena, que creo inobjetable, veamos si este acto jurídico puede celebrarse a favor de tercero.

Como la obligación que esencialmente surge de la fianza es a favor de una persona que, en otra relación jurídica, tiene el carácter de acreedor presente o eventual, ya que nuestro Código Civil prevé expresamente la posibilidad de garantizar deudas futuras; este acreedor debe permanecer extraño al acto jurídico del que surja la garantía, para que pueda hablarse de estipulación o contrato a favor de tercero.

Por lo tanto, el contrato para que sea a favor de tercero, deberá celebrarse por el fiador, pues para que nazca a su cargo la garantía es obvio que debe consentir en obligarse; y su cocontratante debe ser la otra persona que tiene interés en que se garantice: el propio deudor, que desde la constitución de la garantía, llamamos deudor principal o fiador, para distinguirlo del deudor accesorio o fiador.

He aquí un acto jurídico en que se realiza plenamente la esencia

del contrato a favor de tercero, pues dos personas fiador y fiado convienen en crear una garantía personal a favor del acreedor de este último, quien fue extraño al acuerdo de voluntades que produjo la obligación del fiador.

La posibilidad de este tipo de contrato de fianza a favor de tercero ha sido sostenida por Ruiz Rueda y, tanto este autor, como los que lo han seguido, han invocado los siguientes párrafos de Eneccerus-Lehmann:

"El fiador se obliga a responder al acreedor por la deuda de otro y, por lo tanto, el contrato de fianza se concluye por lo regular entre el fiador y el acreedor.

Es concebible también un contrato concluido entre el deudor y el fiador a favor del acreedor, que otorgue a éste inmediatamente un derecho. Pero este caso será rarísimo en la práctica."¹

Igualmente se ha invocado la opinión de Von Tuhr, quien dice que: "También puede pactarse a favor del acreedor por otra persona, *v. gr.*, con el deudor, una fianza, acto que el fiador asume normalmente mediante contrato con el acreedor."²

No encuentro obstáculo lógico o jurídico que impida celebrar ese acuerdo de voluntades entre fiador y deudor principal, a favor del acreedor de éste, ni para calificar este acto de contrato a favor de tercero, ya que de ese acuerdo entre dos partes, surge un derecho a favor de un tercero extraño al contrato.

31.—OBJECCIONES A LA POSIBILIDAD DE OTORGAR FIANZA CIVIL A FAVOR DE TERCERO. En 1977 aparece la tesis profesional de Concha Malo, quien en las primeras páginas de su trabajo, en el capítulo relativo a "La fianza en el derecho civil", analiza el concepto de fianza y después de hacer notar que la intervención del deudor principal en el acto jurídico que da nacimiento a la obligación del fiador, no es relevante, hace referencia al hecho de que casi siempre interviene en alguna forma dicho deudor principal. Para apoyar la primera aseveración cita exactamente el mismo texto de Eneccerus-Lehmann que he transcrito en el párrafo anterior, o sea el que menciona la posibili-

¹ Eneccerus, Ludwig y Heinrich Lehmann, *Derecho de obligaciones*, Vd. II de Eneccerus-Kipp-Wolf, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, Barcelona, 1935, p. 462, N° 3 y nota a pie de página; Ruiz Rueda, Luis, *La fianza de empresa a favor de tercero*, México, 1956, p. 69; Martínez González, Hilda, *Fuente de la Obligación del fiador en la fianza de empresa*, México, 1963, p. 53; Caballero Sánchez-Izquierdo, Ernesto, *Régimen Jurídico de las sociedades de garantía recíproca*, Madrid, 1979, pp. 299 y 300.

² Von Tuhr, Andreas; *Tratado de las obligaciones*, Madrid, 1934, vol. II, p. 197.

dad de que se otorgue una fianza civil a favor de tercero, mediante el acuerdo de voluntades entre fiador y fiado o deudor principal y añade lo siguiente:

"Resumiendo lo anterior, podemos decir:

"a) El Código Civil habla de contrato de fianza en su artículo 2794.

"b) Nada obsta, sin embargo, para que la fianza aún civil, pueda nacer de una declaración unilateral de voluntad lisa o llana o bajo la forma de estipulación a favor de tercero, pues nuestro derecho les concede fuerza vinculatoria a estas formas de manifestación de voluntad. *Cfr.* artículos 1860 y siguientes del Código Civil."³

En nota al calce añade este autor lo siguiente: "Esta afirmación debe matizarse en el sentido de que podremos hablar de fianza nacida de una declaración unilateral de voluntad, en aquellos casos en que la ley le dé fuerza vinculatoria a la misma, ya que los tratadistas coinciden en que esa fuente de obligaciones, *no es general*, sino restringida a los casos señalados por la ley"⁴.

En estas primeras páginas de su tesis, Concha Malo admite la posibilidad de que se pueda otorgar una fianza civil a favor de tercero, ya que no se trata simplemente de una cita de una opinión ajena, sino que en primera persona del plural este autor afirma "podemos decir".

Sin embargo, un tanto inexplicablemente, en el mismo capítulo, 56 páginas adelante, contradiciendo lo que antes dijo, niega la posibilidad de que el propio deudor principal estipule con el fiador para crear una garantía personal a favor del acreedor y no sólo se niega esta posibilidad, sino que con gran énfasis se califica la postura contraria de absurdo.⁵

Creo, sin embargo, que al sostener esa imposibilidad, su autor, Concha Malo, no tuvo en cuenta la diferencia entre los elementos esenciales de la estipulación a favor de tercero y los efectos naturales de la misma, así como el carácter accidental de las modalidades a que puede sujetarse.

Veamos, cuáles son los argumentos de Concha Malo, expresados en su tesis, que analizaré uno a uno, aunque alterando ligeramente el orden en que los expone.

³ Concha Malo, Ramón, *Fianza civil, mercantil y de empresa (Exposición sistemática)*, México, 1977, pp. 15 y 16.

⁴ *Id.*, p. 16, nota 13.

⁵ *Id.* p. 73 y ss.

Según este autor, como el artículo 1869 del Código Civil permite al estipulante y al promitente, en una estipulación a favor de tercero, privar a éste del derecho de exigir de aquél, el pago de la prestación, "sería absurdo que el deudor-estipulante privara por pacto expreso con el fiador promitente, al acreedor-tercero del derecho de exigir el cumplimiento de la obligación fiadora".⁶

Este argumento sostenido por Concha Malo carece de consistencia, como se verá claramente, si se medita en la naturaleza de los contratos a favor de tercero, pues como sostiene Dassen, cuya opinión transcribí en la segunda parte de este trabajo,⁷ los contratos a favor de tercero pueden tener los más diversos contenidos, por lo que, si las partes quieren realizar un acto eficaz, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino desde el económico y práctico, deberán celebrar ese acto, dándole no sólo los elementos jurídicos necesarios para que surta efectos, sino proveyéndolo de las cláusulas que le den la idoneidad para alcanzar los fines particulares que cada una de ellas persiga. El hecho de que la ley permita a las partes privar al tercero beneficiario del derecho que la misma le otorga, para exigir la prestación a su favor, no quiere decir que cualquier contrato a favor de tercero, se realice incluyendo ese pacto en contrario, pues si, como es obvio, en la fianza a favor de tercero se busca darle al acreedor, tercero en el contrato, una seguridad mayor de que cobrará su crédito, las partes no celebrarán el pacto en contrario que permite el artículo 1869 del Código Civil.

Si el argumento de Concha Malo fuera valedero, casi no existirían contratos a favor de tercero, pues los que mediante esa figura se celebran, ya sea de seguro, renta vitalicia, transporte o cualquier otro, se verían privados de casi toda su utilidad si se pactara que el tercero no pudiera exigir el derecho creado a su favor.

Lo que sucede es que nuestra ley, al igual que su modelo el Código Civil alemán, considera como verdaderos contratos a favor de tercero, tanto los que tienen eficacia interna, como los que tienen eficacia externa, aunque sus efectos sean diferentes, según se conceda o no acción al tercero para exigir el cumplimiento de la obligación creada a su favor; pero la posibilidad de celebrarlos en esas dos formas, no priva a los que tienen eficacia externa de su carácter de contratos a favor de tercero en sentido propio, mientras los que sólo tienen eficacia interna son calificados por la doctrina, como contratos a favor de tercero en sentido impropio.

⁶ *Id.*, p. 73.

⁷ *Revista de Investigaciones Jurídicas*, N° 8, tomo 2, México, 1984, p. 901.

El pacto en contrario previsto en el artículo 1869 del Código Civil del Distrito Federal casi nunca existirá en la práctica, pero el legislador hizo bien en permitirlo, en beneficio de la libertad contractual, pues puede existir algún caso en que al estipulante le convenga suprimir ese derecho al tercero.

Sostiene igualmente Concha Malo, que tampoco puede celebrarse una fianza, mediante una estipulación a favor de tercero, porque "sería absurdo que el deudor-estipulante pueda exigir del fiador-promitente la obligación fiadora, pues sería tanto como que quien ha incumplido le pida a quien garantizó su incumplimiento que cumpla por él, lo cual es un absurdo lógico y jurídico".⁸

Indudablemente que esto último es jurídicamente imposible, pero como he dicho antes, si la naturaleza de la fianza tiene como consecuencia que no debe aplicarse determinado efecto jurídico, que la ley prevé como efecto natural de la estipulación a favor de tercero, la privación de esos efectos, no quitan a ésta su esencia, mientras no se le prive de sus elementos esenciales específicos, que no son otros que los que con toda claridad y sencillez enumera Hernández Romo:

"a) Un acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente que origine un derecho en el patrimonio de un tercero.

"b) Un objeto, materia de ese acuerdo de voluntades, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer."⁹

La acción a favor del estipulante otorgada por el artículo 1869 del Código Civil no es un elemento esencial del contrato a favor de tercero, como se vio ampliamente en la segunda parte de este trabajo; pero no está por demás repetir las palabras de Pacchioni al referirse a la posibilidad de que del contrato a favor de tercero, derive una acción para el estipulante o sólo para el promitente o para ambos: "Todas estas combinaciones son posibles: el que se dé una u otra dependerá siempre más de la naturaleza de la relación económica-social en que consiste el contrato que de la voluntad de las partes."¹⁰

En la fianza a favor de tercero, es obvio que el fiado no puede exigir al fiador que éste pague la deuda garantizada, en lo que estoy de acuerdo con Concha Malo; pero de ahí no se sigue que es absurdo contratar una fianza a favor de tercero, entre fiador y fiado, pues de la propia naturaleza de la fianza se desprende que no podrá el esti-

⁸ Concha Malo, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁹ Hernández Romo, Miguel Ángel, *Naturaleza Jurídica de la estipulación a favor de tercero*, México, 1960, p. 47.

¹⁰ Pacchioni, Giovanni, *Los contratos a favor de tercero*, Madrid, 1948, p. 114.

pulante (fiado) demandar del fiador el cumplimiento de la obligación garantizada e incumplida por aquél, aunque no lo diga expresamente la ley; pero el legislador de 1942 sí lo previó, cuando en la Ley de Instituciones de Fianzas dispuso en el artículo 92 que una vez agotado el procedimiento conciliatorio ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que se establecía en ese precepto, quedaban "*expeditos los derechos del acreedor para ocurrir a los tribunales competentes...*", es decir, el único que tenía acción era el acreedor, ya fuera contratante o tercero beneficiario.¹¹ Pero en la actualidad el mismo principio es aplicable, aunque la ley no lo diga expresamente, porque esto es acorde con la naturaleza del contrato de fianza.

Más adelante sostiene la citada tesis que "*sería un absurdo que el deudor-estipulante pudiera revocar la estipulación mientras el acreedor-tercero no haya manifestado su voluntad de aprovecharla, máxime si se ha obligado a otorgar la fianza, puesto que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes, como ya hemos visto anteriormente, artículo 1797*".¹²

Este argumento es falso y constituye un paralogismo,¹³ pues el hecho de que el deudor-estipulante pueda revocar la estipulación, en nada contraría el principio establecido en el artículo 1797 del Código Civil, ya que el alcance de este precepto debe entenderse, en el sentido de que el cumplimiento de los contratos no debe dejarse al arbitrio de las partes, sin que acarree consecuencia desfavorables para quien lo incumpla; en otros términos, puede, con toda verdad decirse, que el cumplimiento de cualquier obligación queda al arbitrio del obligado; pero si incumple, se aplicarán las sanciones que la ley establece.

Así, la obligación o carga impuesta por la ley o el contrato, para que una persona proporcione un fiador queda siempre al arbitrio del obligado, quien si no la cumple sufrirá las consecuencias de su incumplimiento e igualmente si cumple su obligación o carga, mediante la celebración de una estipulación a favor de tercero y ésta se revocada, sería un caso de incumplimiento y el deudor sufrirá las sanciones de su conducta, que podrían ser la rescisión de un contrato, el vencimiento anticipado de la obligación que debió garantizarse, o cualquier otra impuesta por la ley o por contrato; pues esas hipótesis son di-

¹¹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Legislación sobre fianzas*, México, 1958, p. 131.

¹² Concha Malo, *ob. cit.*, p. 74.

¹³ *Paralogismo* se llama a la argumentación viciosa de buena fe; aunque "algunos llaman paralogismo a la argumentación viciosa por su materia, y sofisma o falacia a la que peca por su forma". Balmes, Jaime L., *Lógica*, Buenos Aires, 1944, p. 58.

versos casos de incumplimiento de la obligación de proporcionar el fiador adecuado, debidamente sancionados; pero son realizados por el deudor incumplido en uso de su libertad psicológica, ya que el artículo 1797 sólo impide el ejercicio pleno de la libertad jurídica, pues es imposible que las normas de derecho impidan físicamente su violación, ya que esas normas son esencialmente violables y resulta contrario a la razón el pretender que una norma jurídica, ya sea general y abstracta (ley) o particular y concreta (contrato) impida la violación del derecho.

En suma, *no es absurdo* el que el deudor estipulante pueda revocar la estipulación, pues lo único jurídicamente *absurdo*, sería el que pudiera hacerlo impunemente, en el supuesto que estuviera obligado por acto voluntario o por la ley a otorgarla. El ejercicio de su derecho de revocación puede además traerle consecuencias desfavorables en sus relaciones con el promitente, como por ejemplo, si la fianza fuera onerosa, no podría liberarse impunemente de su obligación de pagar la cantidad estipulada o daños y perjuicios, gastos realizados por el fiador para acreditar su idoneidad, etcétera.

La postura que combato no es sino una presentación con apariencia de verdad, de una lamentable confusión entre libertad jurídica y libertad psicológica.

Los mismos argumentos son aplicables para rebatir la calificación de *absurdo* que usa Concha Malo para calificar la tesis opuesta a lo que él sostiene, cuando dice que "*sería un absurdo que el propio deudor-estipulante sujete con el fiador-promitente la obligación fiadora a modalidades que limiten el derecho del acreedor-tercero*".¹⁴

El tercero es libre jurídica y psicológicamente de aceptar la estipulación creada a su favor y si el estipulante está obligado a proporcionar una fianza y ésta no es idónea, por las modalidades a que se sujetó la obligación del fiador, el tercero acreedor podrá rechazarla y el fiado sufrirá las consecuencias de su incumplimiento.

Por último, sostiene Concha Malo que "*sería igualmente un absurdo*, que por no haberse establecido pacto en contrario, pudiera el promitente-fiador oponer al acreedor las excepciones derivadas del contrato, mismas que bien pudieran deberse al incumplimiento del deudor-estipulante, quedando así totalmente desprotegido el acreedor por la sola voluntad del deudor principal".¹⁵

Nuevamente no se tiene en cuenta que la estipulación a favor de tercero y las pocas normas establecidas en el Código Civil, deben ade-

¹⁴ Concha Malo, *ob. cit.*, p. 74.

¹⁵ *Id.*, *Id.*

cuarse a la naturaleza del contrato celebrado a favor de tercero, en cada caso concreto; por lo que las excepciones derivadas del contrato, procederán o no, según la naturaleza de aquel acto jurídico y, en el caso de la fianza, sólo podrá plantearse el problema de las excepciones derivadas del incumplimiento del estipulante, cuando la fianza sea onerosa, pues sólo en este caso hay posibilidad de que el estipulante incumpla; por lo cual, prefiero tratar el problema, cuando hable de la fianza de empresa, pues será uno de los puntos principales de este capítulo.

Por ahora, sólo me limitaré a citar nuevamente a Pacchioni, quien no pudo pasar por alto el problema de las excepciones oponibles al tercero y quien congruentemente con la postura adoptada en su monografía, en el sentido de que no se pueden dar reglas generales para todos los casos de contratos a favor de tercero, después de criticar algunas opiniones respecto a las relaciones entre el promitente y el tercero, sostiene textualmente que lo exagerado, inadmisibles o contradictorio de las diversas teorías "desaparece en cuanto se renuncie a dar al problema una solución genérica y única para el contrato a favor de tercero en abstracto y se admita, en cambio, que el problema debe ser resuelto, separada e independientemente, en cada uno de los típicos contratos que se presenten. A esta opinión me inclina la consideración de que, según sea la relación económicosocial contenida en el contrato, y según los fines que se buscan con él, y la función que se atribuya a su validez, puede ser útil el tratarlo de un modo o de otro".¹⁶

Resulta clara la solución de Pacchioni, por lo que, aunque no se haya realizado el pacto en contrario, aquellas excepciones que pugnen con la naturaleza del contrato, no podrán ser opuestas al tercero; pero todavía Pacchioni nos proporciona una solución que nos será muy útil para resolver este problema, al afirmar que habrá casos en que será conveniente aceptar la teoría de que en un determinado contrato a favor de tercero, el crédito de éste, es derecho abstracto, punto sobre el cual volveré más adelante.

La confusión de Concha Malo respecto a los elementos esenciales y los efectos naturales que ha quedado demostrada se pone de manifiesto nuevamente en este pasaje de su tesis donde dice que "no es dable una estipulación a favor de tercero, aún de carácter contractual... a menos que se modificasen todas las obligaciones y derechos que prevén los artículos 1868 a 1872, pero ya desvirtuaríamos a tal grado la figura, que válidamente podemos concluir que no es jurídico

¹⁶ Pacchioni, *ob. cit.*, p. 117.

ya hablar de estipulación a favor de tercero, siguiendo el criterio del artículo 1839, de que los elementos esenciales o los naturales no renunciabiles —y no olvidemos que el derecho de revocación del estipulante-deudor no es renunciabiles, artículo 1871, a menos que se desnaturalice la figura— se entienden pactados aunque no se expresen, y si no se ponen o suponiendo que todos los requisitos 'naturales' se renuncien definitivamente ya no estamos ante la figura que estudiamos, pues es bien sabido que no es el nombre lo que califica una figura, sino el contenido de las obligaciones que provoca".¹⁷

En el pasaje transcrito destacan las siguientes proposiciones erróneas:

- a) Si se renuncian todos los "requisitos naturales", una figura cambia de esencia y se convierte en otra.
- b) Como corolario de lo anterior, al renunciarse todos los "requisitos naturales" que la ley atribuye a la estipulación a favor de tercero, ésta deja de ser tal para convertirse en otra figura.
- c) El derecho de revocación del estipulante-deudor no es renunciabiles.
- d) "La figura de la estipulación a favor de tercero aún de origen contractual... deja al acreedor en manos del deudor."

Respecto a la primera proposición cabe decir que la expresión "requisitos naturales" es un contrasentido, pues requisito, de acuerdo con el diccionario significa "circunstancia o condición *necesaria* para una cosa",¹⁸ es decir, algo indispensable, insustituible, que no se puede eliminar y si los llamados elementos naturales, son "consecuencia de su naturaleza ordinaria", pero pueden renunciarse, debe concluirse que dichos elementos naturales no pueden tener el carácter de *requisitos* por lo que la expresión requisitos naturales, resulta poco feliz para designar los elementos naturales, que en realidad son efectos naturales de los contratos; pero nuncia requisitos.

Ni siquiera aquellos efectos naturales irrenunciabiles pueden llamarse requisitos, puesto que el requisito es algo que deben llenar las partes al celebrar el acto y los efectos naturales irrenunciabiles se dan aunque las partes no los prevean y si los renuncian, la renuncia será nula.

Del concepto de elemento o efecto natural, se desprende claramente el error en que incurre Concha Malo, al sostener que la renuncia de todos los efectos naturales, tiene como consecuencia el cambio de esencia de la figura jurídica de que se trate, pues aunque él no emplea

¹⁷ Concha Malo, *ob. cit.*, pp. 114 y 115.

¹⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1970, p. 1144, 2ª columna.

la palabra *esencia*: al negar que sea estipulación a favor de tercero aquélla en la que se renuncien todos sus "requisitos naturales" se refiere en realidad a que la esencia de ese acto es otra.

No necesita añadirse argumentación alguna para convencer de la falsedad de esta aseveración del autor que comento; pero podría darse algún ejemplo en relación con el contrato más conocido y practicado en la vida diaria: la compraventa.

Si se celebra un contrato de compraventa en el que se difiera el pago del precio y la transmisión de la propiedad de la cosa vendida; se renuncie al derecho de exigir la responsabilidad por evicción y vicios ocultos; se pacte que los gastos de escritura sean a cargo de una sola de las partes; se estipule que los gastos de entrega sean a cargo del vendedor y en general se renuncien todos los derechos renunciabiles, como los establecidos en los artículos 2288, 2289, 2298, 2299 del Código Civil; en ese caso, el contrato seguirá siendo compraventa, mientras existan las obligaciones de pagar precio y transmitir la cosa vendida.

Así, habrá estipulación a favor de tercero, cuando en un contrato se cree algún derecho a favor de quien no fue parte en ese acto jurídico y con más propiedad se llamará así, cuando el tercero tenga acción para demandar al promitente y no se renuncie a este derecho; pero no cambiará la esencia de la estipulación o contrato a favor de tercero, cuando se renuncien aquellos otros derechos que se han analizado en el parágrafo 27 de la segunda parte de este estudio, con lo que queda demostrada también, la falsedad de la segunda proposición de Concha Malo.

Afirma también este autor, que el derecho de revocación del estipulante-deudor no es renunciabie sin dar más argumento que la cita que hace del artículo 1871. Es de suponer que la expresión "estipulante-deudor" se refiere al deudor principal en relación con una fianza, pues el estipulante en la estipulación a favor de tercero no es deudor de éste; pero hecha esta aclaración, hay que decir que, esa supuesta irrenunciabilidad del derecho a revocar el nombramiento, no tiene fundamento alguno, pues aunque la ley no establezca en forma expresa la renunciabilidad del derecho a revocar el nombramiento beneficiario, no por eso deja de existir la facultad de renunciarlo.

Existen muchos derechos respecto de los cuales la ley no establece su renunciabilidad en forma expresa y, sin embargo, son perfectamente renunciabiles. Baste un ejemplo, como el derecho a la prórroga del contrato de arrendamiento que otorga el artículo 2485 del Código Civil al inquilino, en el que no dice expresamente que puede renunciarse

y, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invariablemente ha declarado válida la renuncia, con absoluto apego a derecho.¹⁹

Pero además, el legislador, cuando ha querido que en todo un ordenamiento legal de derecho privado, no se renuncie derecho alguno, ha tenido que dictar una norma que diga textualmente, que ningún derecho es renunciabie, como sucede en la Ley sobre el Contrato de Seguro, cuyo artículo 183 dispone que "Todas las disposiciones de la presente ley tendrán el carácter de imperativas, a no ser que admitan expresamente pacto en contrario." En esa ley si es cierto que los derechos para ser renunciabiles necesitan que lo diga expresamente la ley.

La postura de Concha Malo, en el sentido de que no es posible renunciar al derecho de revocar el beneficiario en la estipulación a favor de tercero, va contra la práctica frecuentísima en seguro de personas y aun en seguro de daños, donde se acude a nombrar beneficiario irrevocable para cumplir obligaciones alimenticias, asegurar pagos de deudas para después de la muerte, dar mayores garantías a acreedores hipotecarios o a arrendatarios, etcétera, y la totalidad de la doctrina jurídica universal reconoce, que estos contratos son casos de estipulación a favor de tercero, pues fue precisamente el contrato de seguro de vida, el motivo por el que se revisó la doctrina de aquella figura, tan limitada en el derecho de siglos anteriores.

Ya en la segunda parte de este estudio, se hizo ver la posibilidad de esa renuncia y se transcribió el artículo 165 de la Ley sobre el Contrato de Seguro que permite expresamente la renuncia al derecho de revocar el nombramiento de beneficiario.

Puede parecer excesiva la extensión con que he tratado este problema, por tratarse de la fianza civil que, como dicen Eneccerus-Lehmann, rara vez en la práctica se realiza mediante una estipulación a favor de tercero; pero como esa supuesta imposibilidad es lo que se aduce para negar también que pueda darse fianza de empresa a favor de tercero, la argumentación será también útil al tratar de esta otra clase de fianza, que sí es de realización diaria.

32.—LA FIANZA DE EMPRESA A FAVOR DE TERCERO. Demostrada la posibilidad lógica y jurídica de celebrar un contrato que tenga por objeto garantizar una deuda a favor de una persona extraña al acuerdo de voluntades, dentro del campo de derecho civil, se allana cualquier dificultad para concebir la posibilidad de que se celebre un contrato de fianza onerosa con una institución al efecto por el Estado, a

¹⁹ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, cuarta parte, Tercera Sala, Jurisprudencia 1917-1975, México, 1975, p. 265.

fin de que ésta garantice la deuda de su cocontratante a favor de un tercero extraño al contrato.

Pero es necesario examinar no sólo la posibilidad de celebrar una fianza de empresa a favor de tercero, sino con base en nuestro derecho positivo, determinar cuál es la naturaleza jurídica del acto celebrado por el fiado y la institución afianzadora, que tiene como consecuencia que ésta asuma la obligación de pagar la deuda ajena.

El punto toral que ha preocupado a los diversos autores que han escrito sobre este tema, es el relativo a las excepciones oponibles al tercero beneficiario de una fianza, pues si como se ha visto antes, en los contratos a favor de tercero, de acuerdo con nuestro derecho positivo y las legislaciones extranjeras, el promitente puede oponer las excepciones derivadas del contrato donde se originó el derecho del tercero; en este caso, podría oponerse al beneficiario de la fianza, sea el fisco o un particular, la excepción de *non adimpleti contractus* o la de compensación en caso de que el fiado-estipulante no pagara las primas y hasta demandar la resolución del contrato por incumplimiento.

33.—TESIS DEL COMITÉ DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. Ya en 1946, el Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros de México, presentó un trabajo a la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas en el que expone una tesis que consiste básicamente en desdoblarse la operación de las afianzadoras en dos actos: contractual el primero, por el cual se obligaría la empresa a expedir una póliza, mediante el pago de una prima; y unilateral el segundo, consistente en la expedición de la póliza misma a favor del beneficiario.²⁰

De esa teoría, concluye el Comité de Instituciones de Fianzas que el acreedor, "no interviene en la concertación²¹ de los compromisos con la Compañía Fiadora, sino que se mantiene como tercero, es menester procurarle un instrumento seguro para su derecho, y ello requiere que a la póliza se le atribuya la característica de literalidad que corresponda a las necesidades que debe satisfacer".²²

Y termina el Comité su razonamiento con este párrafo, que trans-

²⁰ Comité de Instituciones de Fianzas de la Asociación de Banqueros de México, *Notas sobre la naturaleza y caracteres de la fianza onerosa mercantil*, en la *Memoria de la Primera Convención Nacional de Seguros y Fianzas*, (1946), México, pp. 464 y 45.

²¹ La palabra *concertación*, significa contienda, disputa, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, por lo que es un evidente error de la semántica emplear ese vocablo para designar la acción de concertar, que significa componer, ajustar. La palabra adecuada debió ser *concerto*, que significa ajuste, convenio.

²² Comité de Instituciones de Fianzas, *ob. cit.*, p. 472.

cribo integro, para que quede constancia del alcance de su pensamiento:

"Decimos que la póliza es literal en cuanto que la obligación de la Compañía Fiadora, de responder por la deuda ajena, que es lo específico de la fianza, no surgirá sino hasta que constituya la declaración unilateral en el documento que es la póliza y siendo ésta la causa eficiente de la obligación, los términos de la misma serán decisivos para determinar su situación obligacional, sin que para ello deban tenerse en cuenta los motivos, contratos, etcétera, que la Empresa tuvo como antecedentes para la expedición de la póliza, ya que tales actos en la mayoría de los casos no son conocidos, ni le interesan al beneficiario el que estaría poco dispuesto a aceptar como garantía de sus derechos un compromiso cuyo alcance no pudiera determinar en forma visible y objetiva."²³

Para llegar a la conclusión de que las excepciones derivadas del contrato celebrado por el fiado con la afianzadora, el Comité de Instituciones de Fianzas tuvo que forzar la realidad creando el desdoblamiento de la operación de fianzas, que repugna con el carácter oneroso de la misma y no puede explicar por qué un contrato que ya se agotó con el cumplimiento consistente en la expedición de la póliza, pueda seguir originando el pago de primas anuales.

La tesis del Comité expuesta durante la vigencia de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, es insostenible, como lo demuestra Ruiz Rueda en una de sus obras, por lo que considero inútil repetir sus argumentos, máxime que haré uso de algunos de ellos al referirme a otra opinión sostenida en relación con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950.²⁴

34.—TESIS DE CERVANTES ALTAMIRANO. Posteriormente Cervantes Altamirano, en interesante tesis profesional, una de las más brillantes sobre el tema, sostiene que el acto celebrado por el fiado o deudor principal con la afianzadora, a fin de que ésta garantice ante un tercero la deuda de aquél, es una estipulación a favor de tercero, pero adhiriéndose al dogma de la infalibilidad del legislador, afirma que la obligación del fiador nace de una declaración unilateral de voluntad contenida en el contrato que celebra con el fiado; pero lo más interesante de esta parte de su tesis es su preocupación por la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato, según lo establece el artículo 1872 del Código Civil del Distrito Federal, lo que puede afec-

²³ *Id., Id.*

²⁴ Ruiz Rueda, *ob. cit.*, capítulo primero, pp. 33 a 60.

tar gravemente la posición del acreedor, especialmente por lo que respecta a la excepción de *non adimpleti contractus*, por hechos o abstenciones del fiado.

Expone con toda claridad la gravedad del problema, pues perjudicaría grandemente al beneficiario de la fianza, el que la afianzadora le pudiese oponer la excepción de incumplimiento de contrato o hiciera uso del derecho a pedir la resolución del mismo.

Pero a pesar de que las afianzadoras nunca habían hecho uso de esos derechos, cuando escribió Cervantes Altamirano su tesis, en 1950, y no creo que lo hayan hecho hasta ahora, treinta y cinco años después, concluye que el peligro para el beneficiario existe —aunque las afianzadoras por razones comerciales no hayan acudido a esos medios de defensa.

Sin embargo, propone, como solución de *lege ferenda*, el que esta forma específica de estipulación a favor de tercero “no se afectara por las excepciones que se derivan del contrato”; sino que una vez emitida la declaración unilateral de voluntad que constituye, según él, la fuente del derecho del tercero, ésta quedara desvinculada del contrato donde se realizó la estipulación a favor de tercero y, de esta manera, no podría la afianzadora oponer a éste las excepciones derivadas del contrato.

Cervantes Altamirano sostiene que su solución de *lege ferenda* no puede ser válida de *lege lata*, por ir en contra del artículo 1872 del Código Civil que permite oponer las excepciones derivadas del contrato al tercero beneficiario, no existir otra disposición legal que estableciera una excepción al mismo y no ser posible que la costumbre continúe de las afianzadoras de no hacer uso de esas defensas, modificara el contenido del precepto citado.²⁵

35.—SOLUCIÓN DE RUIZ RUEDA. En 1956, Ruiz Rueda, en *La Fianza de empresa a favor de tercero*, tuvo en cuenta esa misma preocupación de los estudiosos de este tema, por lo que, en su contraproyecto de ley del contrato de fianza de empresa con que terminó su libro, propone algunos artículos para solucionar el problema, fundándose en los siguientes conceptos:

“... siguiendo el sistema de los artículos 1872, 1949 y 2812 del Código Civil del Distrito Federal, se propone la regla general de que la fiadora puede oponer al acreedor, aun cuando sea tercero beneficiario (salvo prohibición legal al respecto) todas las excepciones derivadas del contrato de fianza así como las de nulidad y

²⁵ Cervantes Altamirano, Efrén, *Fianza de empresa (Antecedentes históricos y naturaleza jurídica)*, México, 1950, pp. 126 a 138.

de extinción del mismo; pero en las fianzas judiciales o en aquéllas a favor del fisco, se prohíbe a la fiadora oponer las excepciones de contrato no cumplido, de resolución por falta de pago de prima, o de nulidad de la fianza.

“La importancia excepcional de esta prohibición, proviene del hecho notabilísimo de que un tanto por ciento muy elevado de fianzas de empresa, se contrata a favor del fisco o en forma de fianzas judiciales, que son también a favor de tercero.

“Estas dos variedades merecen un tratamiento especial, porque su otorgamiento constituye una *carga* que el fiado debe cumplir para lograr la realización de un interés propio que consiste generalmente en que surja para él una situación provechosa. Si esa situación duradera por un término indeterminado, pero determinable, estuviera condicionada en su eficacia —o sea en la producción de sus efectos legales— por la validez o por el cumplimiento de las prestaciones del contrato de fianza de donde nace la obligación fiadora; evidentemente se burlaría la ley y dejarían de estar garantizadas las obligaciones principales respectivas.

“Se busca de esta manera hacer que legalmente se *abstraiga* lo más que sea posible la obligación del fiador respecto del contrato de donde deriva, para que la carga impuesta, se cumpla verdaderamente y no sea algo nugatorio o simplemente eventual.”²⁶

Este autor considera, al igual que Cervantes Altamirano, que de acuerdo con la legislación vigente en la fecha en que cada uno escribió su monografía, no era posible de *lege lata* declarar inoponibles al tercero beneficiario las excepciones derivadas del contrato, en el que nació el derecho del tercero.

36.—SUPUESTA VARIANTE DE LA TESIS DE RUIZ RUEDA. Concha Malo, en su citada tesis profesional, después de exponer las opiniones a que he hecho referencia en los párrafos anteriores, menciona como una nueva postura de Ruiz Rueda la que, según él, es una variante de la que este autor expuso en su primera obra sobre fianza, expresándose de esta manera:

“En efecto el maestro Luis Ruiz Rueda en su libro ‘*El contrato de fianza de empresa en el proyecto de Código de Comercio*’ publicado en 1960, es decir cuatro años después de la aparición de su libro, ya citado tantas veces ‘*La fianza de empresa a favor de tercero*’, sostiene, en pocas palabras, que el contrato que hemos denominado en páginas anteriores, ‘solicitud’ es propiamente el contrato de fianza de empresa, es decir, que la relación contractual entre solicitante

²⁶ Ruiz Rueda, *ob. cit.*, pp. 231 y 232.

y afianzadora y de la que ha brotado la estipulación fiadora a favor del acreedor, es en sí el contrato de fianza de empresa, dejando, pues, de ser un contrato *'sui generis'* e inominado [sic]. (Cfr. pp. 110 a 102 y 113 [sic] de la primera obra citada).

"Creemos que esta postura no es sino una variante de la tercera teoría porque si la obligación fiadora no es a favor del solicitante, que es la contraparte en el contrato solicitud —y que llama de fianza el autor que se menciona— sino del acreedor, que por no haber sido parte en el mencionado contrato, es un simple tercero, ajeno a dicha relación contractual, y en consecuencia la citada obligación fiadora no es otra cosa que una estipulación a favor de tercero, nacida del citado contrato, lo que sostuvo el comentado autor en su obra de 1956, y que ya hemos expuesto como tercera teoría

"En suma, pues, nuestro autor lo único que hace, en su más reciente obra, es *'bautizar'* como de fianza el contrato solicitud."²⁷

A reserva de hacer posteriormente la crítica no sólo de la terminología, sino del concepto mismo de *contrato-solicitud*, por ahora sólo quiero llamar la atención, respecto a los siguientes puntos:

Aunque los párrafos transcurridos no son absolutamente claros, de ellos se desprende que causó extrañeza a Concha Malo que se denominara a una *estipulación a favor de tercero*, por la que se asume la obligación de pagar la deuda ajena, *contrato de fianza*, como si la calificación de un acto, como *estipulación a favor de tercero*, excluyera necesariamente el que se le califique como cualquier otro contrato típico o nominado y esto es un error absoluto de Concha Malo.

En efecto, como varias veces lo he expresado en este trabajo, la figura de la estipulación o contrato a favor de tercero es sólo una forma de contratar, cuyo contenido es muy variado; pero así pueden darse numerosos contratos a favor de tercero, como el seguro de vida, que no por ser un contrato a favor de tercero, deja de ser seguro de vida; el transporte que es otro de los típicos contratos que frecuentemente se celebran a favor de tercero; la donación con carga, el depósito con cláusula de restituir a un tercero; todos estos contratos conservan su esencia y conservan, como consecuencia su nombre, como puede comprobarse consultando cualquier monografía sobre contratos a favor de tercero, cualquier manual o tratado sobre seguros o transportes y cualquiera de las obras generales de derecho civil, de las que, como botón de muestra, me permito citar la de Bonnacase, quien dice:

"602.—EJEMPLOS DE ESTIPULACIÓN PARA OTROS. Se podrían dar sin

²⁷ Concha Malo, *ob. cit.*, pp. 125 y 126.

limitación, ejemplos de estipulación para otros. Nos vamos a contentar con algunas hipótesis. Encontramos, en primer lugar, la estipulación para otros en *materia de seguros*, ya se trate de un seguro de vida en provecho de tercero o de un seguro por cuenta de quien corresponda o de un seguro de incendio cuando la póliza contiene cláusulas en favor de tercero, como los arrendatarios. La *donación con cargas* constituye una segunda aplicación puesto que se estipula con el donatario una prestación en provecho de otra persona. Citemos, en fin, el *transporte de mercancías* cuando el destinatario es una persona distinta del cargador. (Cass, 26 ene. 1915, D. 1916. 1. 47) ..."²⁸

En el pasaje transcrito de Bonnacase, se designa a los diversos contratos a favor de tercero, con el mismo nombre que les corresponde cuando sólo surten efectos entre las partes contratantes. Igualmente, los tratadistas de seguros unánimemente reconocen que el seguro de vida es un contrato típico a favor de tercero y no por eso deja de ser seguro, como nuestra misma Ley sobre el Contrato de Seguro lo reconoce al establecer, en los artículos 153, 154, 156, 163, 165 y 166, las normas relativas a la designación de beneficiario en seguro sobre las personas, sin que por eso deje de ser un contrato de seguro y sin que se le apliquen todas sus normas a este tipo de contratos, pues no se trata de una simple cuestión terminológica, sino de fondo.²⁹

²⁸ Bonnacase, Julien, *Précis de droit civil*, tomo II, París, 1934, p. 492. Véase también la traducción al español de esa obra, *Elementos de derecho civil*, tomo II, Puebla, 1945, p. 485, aunque la traducción del párrafo transcrito es defectuosa, por lo que respecta a la expresión "*stipulation pour autrui*", que se tradujo como estipulación por tercero, en vez de *para* tercero, error que ya se hizo notar en el párrafo 12 de la parte de este trabajo (Revista de Investigaciones Jurídicas N° 7, nota 49); y también es errónea la traducción de la expresión "*assurance pour le compte de qui il appartiendra*" que significa *seguro por cuenta de quien corresponda*, expresión usual en materia de seguros para designar el contrato por cuenta de otro sin designación de la persona del tercero asegurado (artículo 11 de nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro). El verbo francés *appartenir* puede traducirse por pertenecer, incumbir, ser propio de *corresponder* (Reyes, Rafael, *Diccionario francés-español y español-francés*, Madrid, 1956, p. 34, 2ª columna).

²⁹ Cfr. Colin, Ambroise y Henri Capitant, *Traité de droit civil*, tomo II, París, 1959, pp. 545 y 546, N° 978, donde se refiere al seguro y al transporte a favor de tercero; Mazeaud, Henri, León y Jean, *Leçons de droit civil*, tomo III, París, 1960, p. 1258, N° 1579 (seguro por cuenta) pp. 1276 y 1277, N° 1608 (seguro de vida) pp. 1291 y 1292, N° 1623 (renta vitalicia); Esmein, Paul, *Obligations*, primera parte, tomo VI del *Traité pratique de droit civil français de Planiol Ripert*, París, 1952, pp. 458 y 460, N° 355, (seguros y transportes a favor de tercero); Rossel, Virgile, *Manuel de droit fédéral des obligations*, tomo I, Lausana, Ginebra, 1920, p. 168, N° 237 (seguros a favor de tercero) y pp. 167 y 168, N° 236 (renta vitalicia); Eneccerus-Lehmann, *ob. cit.*, p. 176; Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de derecho civil*, tomo II, p. 312, Madrid, 1931 (seguro, transporte, renta vitalicia a favor de tercero); Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona,

Concha Malo pretende basarse en un párrafo de Sánchez Medal para concluir que son cosas distintas la estipulación a favor de tercero y la creación contractual de derechos a favor de tercero;³⁰ pero la opinión de éste dista mucho de lo que interpretó aquél, como puede comprobarse consultando la obra *De los contratos civiles*, del maestro Sánchez Medal, quien al referirse a las excepciones al principio general de la relatividad o de la producción de efectos directos del contrato entre las partes menciona las siguientes:

"a) La posible creación contractual de derechos a favor de tercero, que ocurre en la estipulación en favor de tercero (1869 y 1871), en el señalamiento de destinatario o beneficiario en el contrato de transporte 2656-III), en la renta vitalicia constituida a favor de tercero (2777)..."³¹

Si examinamos este párrafo aisladamente pudiera parecer que Sánchez Medal considera como de diferente naturaleza la estipulación a favor de tercero y los diferentes contratos nominados en los cuales la ley prevé el nombramiento de terceros beneficiarios; pero así como las leyes deben interpretarse relacionando sus distintos preceptos, el pensamiento del autor se comprende mejor, analizando las distintas partes de su obra, por lo que un mínimo de prudencia aconseja consultar lo que expresa en esa misma obra, al tratar de los contratos de renta vitalicia y transporte.

Al tratar de la renta vitalicia manifiesta que el pensionista puede ser un tercero y en este caso, según Pacchioni, el derecho siempre es revocable, por lo que no será aplicable el artículo 1871 del Código Civil.

1977, p. 453, N° 8; Pacchioni, *ob. cit.*, pp. 286 a 371; Dassen, *ob. cit.*, pp. 13 y 14 (seguro de vida, de responsabilidad civil, donación con carga, transporte); Donati, Antigono, *Los seguros privados*, Barcelona, 1960, pp. 197 y 198; Picard Maurice y Andre Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, tomo IV, pp. 400 a 403, N° 171; Besson, André, *Assurances*, en la segunda parte del tomo XI del *Traité...* de Planiol-Ripert; Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo VI, Buenos Aires, 1955, p. 179, N° 28; Asquini, Alberto, *Del contrato de transporte*, Vol. I, tomo 12 del *Derecho comercial* de Bolaffio-Rocco-Vivante, Buenos Aires, 1935, pp. 161 a 169; Cámara, Héctor, *Contrato de transporte de cosas*, Buenos Aires, 1946, pp. 61 a 64; respecto al controvertido tema del fideicomiso, véase Barrera Graf, Jorge, *Estudios de Derecho mercantil. Dos estudios sobre fideicomiso*, México, 1958, pp. 357 a 368; Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, capítulo IV, *El fideicomiso y el contrato a favor de tercero*, México, 1976, pp. 133 a 169; González de Castilla, Fernán, *Bases para una teoría general del fideicomiso mexicano*, México, 1977, pp. 21 a 26.

³⁰ Concha Malo, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

³¹ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, 1978, p. 73.

Sin que por ahora interese la cuestión de la revocabilidad del derecho del tercero, es preciso hacer notar que si el autor que comento no considerara que la renta vitalicia a favor de tercero es precisamente un caso específico de estipulación a favor de tercero, no tenía por qué hacer referencia al artículo 1871 del Código Civil.³²

Por lo que se refiere al contrato de transporte, es todavía más explícito el maestro Sánchez Medal, como puede verse en el párrafo que transcribo:

"Puede, además, tener relación con este contrato un tercero, llamado *destinatario* o *consignatario*, en el transporte de cosas, y cuyo tercero es señalado en el contrato como beneficiario para recibir dichas cosas (2656 III). Aunque en este último caso puede considerarse que se trata de un *contrato en favor de tercero*; sin embargo, no se aplican a él todas las disposiciones de la estipulación en favor de tercero, especialmente la referente a la irrevocabilidad de la designación del destinatario, aunque éste haya tenido ya conocimientos de tal designación y la haya aceptado (Pacchioni) o sea, no es aplicable al artículo 1871 del Código Civil, a menos que se tratase de un transporte mercantil en el que se hubiera expedido una carta de porte y tuviera ésta el carácter de un título de crédito en poder del tercero, pero en este caso los derechos irrevocables del tercero derivarían de que es el tenedor del documento el titular del derecho incorporado a él, y no dimanarían propiamente de la irrevocabilidad de la estipulación a favor de ese tercero."³³

De lo dicho por Sánchez Medal al tratar de las excepciones a los efectos relativos de los contratos, así como al referirse a los contratos de renta vitalicia y transporte, se desprende que, para ese autor, la estipulación a favor de tercero reglamentada en los artículos 1868 a 1872 del Código Civil es una figura genérica, que puede darse específicamente en diversos contratos, respecto de los cuales algunas veces la misma ley prevé expresamente la hipótesis de que se celebren a favor de tercero, lo cual coincide con lo que tantas veces se ha dicho en este trabajo. Por lo tanto, llamar estipulación a favor de tercero a un contrato de fianza, de renta vitalicia, de seguro, de transporte o cualquier otro que cree derechos a favor de tercero, es lo jurídicamente correcto de acuerdo con la ley y la unanimidad de la doctrina, sin que pierdan su nombre específico, pues siguen siendo contratos de renta vitalicia, de seguro, de transporte, etcétera.

³² *Id.*, p. 382.

³³ *Id.*, p. 309.

Es por esto, totalmente inoportuna la concesión graciosa que hace Concha Melo al supuesto *bautizo* que Ruiz Rueda realizó con el *contrato de fianza de empresa*, al considerar que "jurídicamente no sería del todo absurdo llamar de fianza" al contrato celebrado entre el fiado y la afianzadora, porque nuestro Código Civil designa a la renta vitalicia a favor de tercero con este nombre.³⁴

Estas observaciones de Concha Malo, revelan que, aunque su tesis no tiene como tema central la estipulación a favor de tercero; por hacer referencia a esta figura con mucha frecuencia, ya que así lo requieren los temas que trata, no fueron suficientes las obras que consultó sobre esta interesante cuestión de los contratos a favor de tercero, ya que aparte de Sánchez Medal, Cervantes Altamirano y Ruiz Rueda,³⁵ a quienes cita en diversas ocasiones, no citó, directamente, otros autores que tratan el tema, pues de ser así, hubiera saltado a su vista esta unanimidad de criterio, respecto a que la estipulación de un derecho a favor de una persona extraña a un contrato, no cambia la naturaleza del mismo y se sigue rigiendo por las normas del contrato que dio origen a la estipulación.

Por lo que respecta al supuesto *bautizo* del contrato de fianza, del que sería ministro Ruiz Rueda, cabe recordar que ya en 1934, al reformarse el artículo 47 de la Ley General de Instituciones de Crédito, que regía también a las afianzadoras, se estableció que "Ninguna compañía o individuo podrá celebrar *contrato de fianza* que cubra pérdidas que puedan resultar por actos de personas residentes en el país o que en él deban cumplir determinadas obligaciones, sin estar legalmente autorizados por el Gobierno Federal..."³⁶

Las operaciones de fianza a las que la Ley de 1926, reformada en 1934, llamaba *contratos de fianza*, son las que el artículo 223 de la misma enumeraba y que eran fianzas a favor de la Hacienda Pública Federal, de los Gobiernos del Distrito y Territorios Federales y de los Municipios; las que se otorgan a favor de particulares, así como las fianzas judiciales.³⁷ Salta a la vista que eran numerosas las fianzas a favor de tercero, que eran designadas, al igual que las contratadas por las compañías afianzadoras con el titular de la deuda garanti-

³⁴ Concha Malo, *ob. cit.*, p. 126.

³⁵ Concha Malo cita varias veces los nombres de Pacchioni y Mazeaud (véanse pp. 83, 102, 110 y 113); pero sin mencionar los nombres de sus obras, lo que hace suponer que sólo conoció sus ideas a través de los tres autores que menciono en el texto.

³⁶ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Legislación, cit.*, p. 74.

³⁷ *Id.*, p. 57.

zada, *contratos de fianza*, de donde se concluye que el *bautizo* es muy anterior a la segunda obra de Ruiz Rueda, que data de 1960.

Creo inútil mencionar todos los artículos de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1943 de la que sí fue autor el supuesto *bautizante del contrato de fianza a favor de tercero*, en los cuales se designa la operación propia de esas instituciones con el nombre de *contrato de fianza*, independientemente de que surtiera efectos sólo entre los contratantes, como es generalmente la de fidelidad, o de que fuera a favor de tercero.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 también emplea la expresión *contrato de fianza*, indistintamente, para designar las fianzas que surten efectos sólo entre las partes contratantes o a favor de un tercero extraño al contrato. Así, por ejemplo, el artículo 99 disponía que "La persona que como intermediaria proponga, ajuste o concluya *contratos de fianza* sin ser agente conforme a esta Ley, será sancionada con multa..."

Es obvio que este artículo prohibía la actividad de agente en relación con toda clase de fianzas y a todas se les designa como *contratos de fianza*. Si se examina con detenimiento esta ley se verá que usa como sinónimos, las expresiones *fianza* y *contratos de fianza*.³⁸

Con posterioridad a la tesis de Concha Malo en 1981, se reformó la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que conserva la mayoría del articulado anterior, pero se introducen algunos artículos en que denomina contrato de fianza a todas las operaciones propias de las afianzadoras; pero de esto me ocuparé después.

Sólo quiero agregar que desde su primer artículo sobre fianzas en 1945, así como en el primero de sus libros, Ruiz Rueda ya designaba la fianza a favor de tercero con el nombre de *contrato de fianza*, como puede comprobarse, leyendo este párrafo: "en esta exposición y en el articulado del contraproyecto, se habla siempre de *contrato de fianza a favor de tercero*, que es el más frecuente y que proviene de una estipulación entre fiador y deudor principal (generalmente) a favor de tercero, que es el acreedor".³⁹ El artículo segundo del contraproyecto, que se incluye en las dos obras de Ruiz Rueda, confirma el uso de la expresión *contrato de fianza* para designar tanto el que se celebra en favor del contratante o de tercero; no es pues exacto el que hasta su segunda obra, escrita sólo cuatro años después de la primera, *bautizara* a las operaciones fiadoras a favor de tercero, como

³⁸ Artículos 1º, 12, 29, 30, 31, 33, 34, 117.

³⁹ Ruiz Rueda, *ob. cit.*, p. 227; *El régimen publicista de las empresas de fianzas*, en *Jus.*, N° 86, septiembre de 1945, p. 244.

contratos de fianza, ni es exacto que dijera que este contrato dejó así de ser *sui generis*, expresión con la que nunca lo calificó; y por lo que se refiere a su carácter de contrato nominado, desde su primera obra hace referencia a este carácter⁴⁰ y no en la segunda en la que simplemente lo repite.⁴¹

37.—TESIS DE CONCHA MALO. Este autor, después de exponer y criticar las distintas tesis de los que han tratado el tema de la naturaleza jurídica del acto que da origen a la obligación fiadora, se adhiere a la del Comité de Instituciones de Fianzas; pero pretende basarla en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950.

Sostiene que el acto celebrado por el fiado con la afianzadora, para que ésta garantice ante un tercero la deuda de aquél, es un contrato que tiene como objeto el que la institución contraiga una obligación de hacer, consistente en asumir una deuda a cambio del pago de una prima; celebrado este acto, al que llama *contrato-solicitud* la institución, en cumplimiento del mismo, realiza un acto jurídico unilateral, mediante el que se obliga ante el tercero.

Invoca, en apoyo de su postura, el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1960, al que cita de esta manera: "Las Instituciones de Fianza sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas... el beneficiario, al ejercitar su derecho deberá probar que la póliza fue otorgada... la devolución de una póliza a la institución que la otorgó establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido".

De este artículo concluye que la emisión de la póliza, acto unilateral de la afianzadora, es la fuente de la obligación fiadora.⁴²

Es preciso hacer notar que el artículo citado fue mutilado en una parte importante, pues se omitió el inciso c) que dice que las pólizas contendrán: "*Las estipulaciones que convengan las partes, pero que no podrán contravenir lo establecido por esta ley ni en la legislación mercantil.*"

El inciso transcrito demuestra que el legislador no consideró que la póliza fuera la expresión de un acto unilateral proveniente exclusivamente de la fiadora, sino la constancia donde se contienen las *estipulaciones que convinieron* las partes; malamente se puede hablar de *partes*, en plural, en un acto jurídico unilateral.

Pero además, el artículo 9º de la misma ley al que he hecho refe-

⁴⁰ Ruiz Rueda, *ob. cit.*, p. 119. Sumario: núm. 6: "*La fianza de empresa contrato nominado*", y p. 124.

⁴¹ Ruiz Rueda, Luis, *El contrato de fianza de empresa en el proyecto de Código de Comercio*, México, 1960 p. 100.

⁴² Concha Malo, *ob. cit.*, pp. 120 y 121.

rencia, establece que: "La persona que como intermediaria proponga ajuste o concluya *contratos de fianza* sin ser agente conforme a esta Ley, será sancionada con multa..." Este texto revela nuevamente que el legislador de 1950 consideró *contratos de fianza* a todos los que celebran las afianzadoras para garantizar la deuda ajena, sea con el fiado o con el acreedor, con lo que cae por tierra la alambicada teoría del desdoblamiento de la fianza de empresa en dos actos jurídicos distintos, pues el artículo prohíbe la actividad de intermediarios no autorizado, sin importar qué carácter tenga el contratante, es decir, la prohibición se dirige a la intermediación en toda clase de fianzas y éstas se originan siempre en un contrato, pues si no el artículo debía mencionar también la prohibición de intervenir en la realización de declaraciones unilaterales de voluntad, pues iría en contra la lógica el que se prohibiera la intervención de agentes no autorizados, sólo en los contratos de fianza, que, según el autor que comento, sólo son los que celebra la afianzadora con la institución, como por ejemplo, las fianzas de fidelidad y los reafianzamientos,⁴³ y se permitieran en las demás operaciones.

38.—LA FORMA EN LA FIANZA DE EMPRESA. Por lo que respecta a la argumentación basada en la formalidad que exige el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, en el sentido de que las afianzadoras sólo se obligarán mediante pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, para fundamentar la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas, carece igualmente de consistencia.

El legislador, para efectos de un control estricto del pasivo de las afianzadoras, exige esa formalidad, como para muchos otros contratos lo requiere por diversas razones; pero esta exigencia no impide que el contratante, o el tercero beneficiario, pudieran ejercitar la acción *pro forma*, en el caso de que la afianzadora expresara su consentimiento por escrito, expidiendo el recibo de la prima y posteriormente se negara a expedir la póliza; aunque en la práctica es difícil que esto suceda, por la urgencia que generalmente se tiene en que la fianza se otorgue con celeridad; pero esto no elimina la posibilidad.

Veamos cómo se realiza en la práctica la expedición de las fianzas, propuestas por el fiado: el contratante llena el formulario que contiene el clausulado uniforme, que es firmado por él y del que nunca

⁴³ Concha Malo, *ob. cit.*, p. 111, donde dice que "No existe ningún obstáculo para aceptar dicha teoría contractual, cuando en efecto, como en el caso de la fianza de fidelidad y de los reafianzamientos..." Sin embargo, el capítulo IV, denominado *El reafianzamiento*, pp. 171 a 220, tiene por finalidad demostrar que el reafianzamiento no tiene el carácter de contrato de fianza.

se le da copia, aun cuando en algunos de esos formularios se señala el lugar donde deben firmar las dos partes: fiado y afianzadora.

El contratante de la fianza recibe como constancia de la aceptación de la afianzadora la póliza misma y el recibo de la prima.

El autor de la iniciativa, que después se convirtió en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no pudo ignorar esta práctica, semejante a la que se realiza en materia de seguros, por lo que lo único que hizo fue elevar a requisito de validez, la expedición de la póliza, que es la forma normal, mediante la que las afianzadoras expresan la aceptación de la oferta hecha por el fiado.

El artículo 117 exige que el beneficiario pruebe por escrito que la póliza fue expedida, lo cual no impide que en un acto prejudicial pueda, mediante una inspección en la documentación de la afianzadora, demostrarse la expedición de la póliza, o bien podría darse el caso de una póliza extraviada cuya expedición se probara, mediante una carta de la afianzadora en que hiciera referencia al envío del documento extraviado, lo cual sería una prueba escrita de que la póliza se expidió, independientemente de la dificultad que indudablemente se presentaría para probar todo el contenido de la póliza.

Por otra parte, si tenemos en cuenta lo que ya se hizo notar, en el sentido de que la póliza debe contener las estipulaciones de las partes, se confirma que este documento es la prueba del contrato, que el legislador elevó a requisito formal, pero no constituye un acto jurídico nuevo que dé nacimiento a la obligación de la fiadora.

39.—INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 12 Y 96 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. Se pretende deducir del texto de los artículos 12 y 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que estas disposiciones consagran la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas, porque el primero de ellos habla de la fianza y los *contratos que en relación con ellas otorguen o celebren* las instituciones de fianzas y, por lo tanto, esa expresión se refiere al mal llamado *contrato-solicitud*.⁴⁴

No se toma en cuenta para interpretar en esta forma esa disposición, que en relación con las fianzas se celebran multitud de contratos para constituir las contragarantías y que indudablemente se refiere a ellas el artículo, al mencionar que pueden intervenir en ellos, solicitantes, fiados, contrafiadores u obligados solidarios.

Por lo que se refiere al artículo 96, que dispone que el documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario trae aparejada ejecución, nada apoya la tesis del des-

⁴⁴ Concha Malo, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

doblamiento de la operación de fianzas, pues el legislador tuvo en cuenta que las dos voluntades del contratante y la afianzadora pueden constar, y así sucede muchas veces, en dos documentos distintos: la oferta, mal llamada solicitud, y la póliza; y aun cuando se haga constar el consentimiento de la afianzadora en el primero de esos documentos, éste es el que queda en poder de la institución y es el que sirve de documento base de las acciones que le concede la ley. Nada tiene de extraño, por lo tanto, que el legislador, designara con un nombre genérico a los diversos documentos en que constan las obligaciones del fiado y de los contragarantes, pues éstos pueden tener diverso contenido y el legislador no podía desconocer la práctica diaria de las instituciones para las que legisla.

En suma, la tesis de Concha Malo idéntica a la del Comité de Instituciones de Fianzas de 1946, no tiene apoyo en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950 y, por otra parte, como ya se demostró, una de las premisas de que parte: la imposibilidad lógica y jurídica de que fiador y fiado celebren una estipulación a favor de tercero, es falsa; pero sobre todo esto, no logra explicar cómo la fianza de empresa que necesariamente debe ser onerosa puede tener este carácter, si la fuente de la obligación fiadora es una declaración unilateral de voluntad, pues, en todo caso, el acto oneroso sería sólo el llamado *contrato-solicitud* y no la fianza; ni tampoco explica el porqué se siguen causando primas anuales cuando la obligación fiadora sigue vigente más de un año, pues esto revela una interrelación entre la obligación fiadora y la del contratante de la fianza, de donde se concluye que la supuesta declaración de voluntad de la institución no puede desligarse del contrato y, por lo tanto, las obligaciones que nacen de ese acto jurídico son la de pagar las primas y la de garantizar el pago de la deuda ajena y estamos, por consiguiente, en presencia de un contrato a favor de tercero.

En las reformas de 1981, posteriores a la monografía comentada, los artículos 9º, 85 y 111, fracciones VI y IX, emplean el término contrato de fianza, el verbo contratar y su derivado contratación para designar los actos jurídicos por los cuales las afianzadoras contraen la obligación de garantizar la deuda ajena, por lo que la postura del legislador es clara al respecto; pero independientemente de la terminología empleada por la ley, la naturaleza que se deriva de las normas que rigen estos actos, no puede ser otra que la de contratos celebrados por la afianzadora, en ocasiones con el acreedor y muchas veces con el fiado, a favor de un tercero, por lo que la figura de la estipulación a favor de tercero, es suficiente para explicar y solucionar los

problemas que presenta la fianza de empresa, cuando se contrata por el fiado.

Por otra parte, aunque hay que reconocer que "no existe obstáculo alguno para que en el derecho se den figuras nuevas que sean lo suficientemente acordes con las condiciones sociales, que por naturaleza son variables, pues de lo contrario el derecho no sería, como se pretende, un instrumento eficaz de regulación de las relaciones humanas, sino más bien una ordenación obsoleta, que se convertiría en obstáculo o freno de la natural evolución social";⁴⁵ también hay que tener en cuenta que antes de multiplicar innecesariamente las figuras jurídicas, es necesario estudiarlas a fondo, teniendo en "mente aquel adagio filosófico que reza que 'los entes o conceptos no deben de multiplicarse sin necesidad'".⁴⁶

El desdoblamiento de la operación de fianzas en dos actos jurídicos, uno de los cuales es el *contrato-solicitud* carece de base, es inútil y constituye una multiplicación de conceptos sin necesidad.

40.—LA OBLIGACIÓN ABSTRACTA. Como ya se hizo notar, una de las preocupaciones de los que han tratado estos temas, es la cuestión de la posibilidad de oponer al beneficiario de la fianza las excepciones derivadas del contrato que dio origen a la obligación fiadora.

El problema fue planteado por Cervantes Altamirano, en su obra ya comentada, porque al adoptar la postura que considera que la obligación fiadora nace de una estipulación a favor de tercero, sería aplicable el artículo 1872 del Código Civil que prevé la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato celebrado entre promitente y estipulante.⁴⁷

Es indudable que, si se considera que este tipo de fianzas tienen su origen en una estipulación a favor de tercero, el problema queda en pie; pero veamos si con la tesis sustentada por el Comité de Instituciones de Fianzas, subsiste esta cuestión.

Si según esa tesis, la obligación fiadora surge de un acto unilateral, realizado en cumplimiento de un contrato; pero distinto e independiente de éste, ya no es posible hablar de excepciones derivadas de ese contrato, que es ajeno al beneficiario de la fianza, por lo que de ser correcta esa tesis, el problema quedaría resuelto.

Por lo tanto, toda la argumentación de Concha Malo, para demostrar el carácter abstracto de la obligación contenida en la póliza de

⁴⁵ Concha Malo, Ramón, *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del "pedido"*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, N° 6, primera parte, México, 1982, p. 189.

⁴⁶ *Id. Id.*, p. 190.

⁴⁷ Cervantes Altamirano, *ob. cit.*, p. 133.

fianzas es totalmente inútil, cuando constituye un añadido a la tesis del desdoblamiento de la operación fiadora.

Sin embargo, el problema debe ser resuelto si se sustenta la tesis de que la fianza contratada por el fiado es una estipulación a favor de tercero, pues, si bien, el tercero beneficiario es ajeno a la estipulación, al tener su derecho, origen en ésta, sería aplicable la regla general establecida por el artículo 1872 del Código Civil, que otorga al promitente el derecho a oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato que contienen la estipulación.

41.—CONTRATO-SOLICITUD. Antes de seguir adelante con el tema, para encontrar la solución adecuada al problema planteado, quiero hacer notar lo inadecuado de la expresión *contrato-solicitud*, a pesar de que es ya vieja.⁴⁸

Cualquiera que sea la postura que se adopte, en relación con la fuente de la obligación fiadora, las palabras *solicitud* y *contrato* no pueden ligarse para formar una sola expresión, pues el término *solicitud* indica un acto unilateral, jurídico o no, pero siempre unilateral, mientras que el *contrato* es un acuerdo de voluntades y la mal llamada *solicitud*, al ser aceptada, deja de ser tal, para formar parte de la esencia del contrato.

Resulta, pues, tan incorrecto el designar con la expresión *contrato-solicitud* al acuerdo de voluntades realizado por fiador y fiado, como resultaría incorrecta la expresión *contrato-oferta* o *contrato-aceptación*, para designar a cualquier acto jurídico bilateral, productor de obligaciones, pues desde el momento en que la oferta es aceptada, nace el contrato y deja de ser una simple oferta, por lo que malamente se puede agregar el nombre de ésta al acto que ya la presupone.

No es, por tanto, conforme a la semántica castellana y a la terminología propia de la ciencia jurídica, la expresión *contrato-solicitud* para designar el acuerdo de voluntades entre afianzadora y contratante, ya se le considere un contrato a favor de tercero, un contrato por el que se asume una obligación de hacer, o cualquier otro acto.

Es preferible el nombre empleado por el Comité de Instituciones de Fianzas en 1946, de contrato de expedición de póliza, pues aunque su tesis no sea aceptable jurídicamente, su expresión es gramatical y semánticamente correcta y adecuada a la tesis sustentada por ese organismo.

42.—EXCEPCIONES OPONIBLES AL BENEFICIARIO DE LA FIANZA. Hasta ahora no he expresado mi opinión, respecto a cuál es la solución que

⁴⁸ En la tantas veces citada obra de Cervantes Altamirano, p. 125, habla del "llamado *contrato solicitud*", lo que indica que la expresión es anterior a su tesis.

debe darse al problema de indudable interés práctico y no sólo especulativo, consistente en la posibilidad o imposibilidad de que la institución de fianzas oponga las excepciones derivadas del acto jurídico celebrado por ella con el fiado.

Resumiré las tesis que ya he expuesto anteriormente:

Cervantes Altamirano y Ruiz Rueda sostienen que son oponibles al beneficiario las excepciones derivadas del contrato celebrado por la institución y el fiado, por derivar el derecho de aquél de una estipulación a favor de tercero y el último lo afirma, aún bajo la vigencia de la Ley de Instituciones de Fianzas de 1950.

Ambos proponen reformar a la ley para que "dicha estipulación no se afecte por las excepciones que se derivan del contrato" (Cervantes Altamirano) o para "hacer que legalmente se *abstraiga* lo más que sea posible la obligación del fiador respecto del contrato de donde derivan" (Ruiz Rueda).⁴⁹

El Comité de Instituciones de Fianzas de 1946 y Concha Malo sostienen que la obligación fiadora deriva de una declaración unilateral de voluntad, emitida en cumplimiento de un contrato y, por lo tanto, desvinculado de éste. Sin embargo, el segundo añade que conforme a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, la obligación de la fiadora es *abstracta*.

Como puede verse, quien primero acudió a la noción de abstracción de la obligación de la fiadora fue Cervantes Altamirano, en 1950, y le siguió Ruiz Rueda, aunque ambos negaron que conforme a la ley vigente, cuando escribieron sus monografías, la abstracción fuera una realidad; en cambio Concha Malo sostiene la existencia de la abstracción; pero para ello tiene que acudir a la tesis del desdoblamiento de la operación fiadora en dos actos jurídicos, contractual el primero y unilateral el segundo, del que nace directamente la obligación fiadora, por lo que resulta superfluo el concepto de abstracción, que explica el autor, acudiendo a las teorías expresadas al respecto por los mercantilistas, en relación con los títulos de crédito, por ser en esta materia donde más se ha empleado la noción de obligación abstracta, por lo que llega a afirmar el autor que comento, que la obligación *abstracta* sólo puede nacer de una declaración unilateral de voluntad, lo cual no es exacto, como se demostrará en seguida.

En mi personal opinión, y en este punto me apartaré totalmente del autor cuyas ideas he defendido con plena convicción y buena dosis de pasión, la solución puede encontrarse dentro de los lineamientos de

⁴⁹ Cervantes Altamirano, *ob. cit.*, p. 133; Ruiz Rueda, *La fianza, cit.*, p. 232.

la figura del contrato a favor de tercero, sin necesidad de una reforma a la legislación actual.

En efecto, como tantas veces he dicho, la figura del contrato a favor de tercero, es *una forma de contratar*, que admite los más diversos contenidos, por lo que es muy difícil dar reglas generales rígidas para aplicarse a cualquier contrato a favor de tercero; por esto Pacchioni se oponía a la reglamentación general en esta materia y proponía se profundizara el estudio de cada figura típica de contrato a favor de tercero, como el seguro, la renta vitalicia, el transporte, etcétera.

Así como las acciones que pueden nacer para el beneficiario o para el estipulante, en el contrato a favor de tercero, dependen de la naturaleza económico-social que se manifieste en el contrato, como se vio en la segunda parte de este trabajo,⁵⁰ así también para resolver el problema de las excepciones oponibles debemos acudir a la naturaleza del contrato, para llegar a una conclusión válida.

La cuestión de la abstracción del derecho del tercero, en la estipulación para otro, es problema viejo pues ya Pacchioni lo menciona en su obra y tomando en cuenta que las últimas ediciones de esa monografía, no han modificado las referencias del autor a *proyectos de leyes* que en esas fechas ya no eran simples *proyectos* sino *leyes vigentes*, me hace pensar que desde la primera edición de 1898 y que no conozco, el texto de esta obra no ha sido modificado en las siguientes ediciones.

El autor italiano, hace constar las dos posturas opuestas, la que considera que el derecho del tercero no es sino el mismo derecho del estipulante transmitido a aquél y la que considera que es un derecho autónomo; critica las soluciones de ambas ya que la primera concluye que son oponibles todas las excepciones derivadas del contrato, en todos los casos y la segunda, que oscila entre una abstracción absoluta y una atenuada, que puede quedar reducida a una sombra de autonomía y, por fin, concluye con estas palabras:

"La teoría que hace del derecho del tercero un derecho abstracto, es ciertamente inaceptable, como teoría general aplicable a todos los contratos a favor de tercero; pero en algún caso especial podría ser considerada, en cambio, como la más conveniente. En efecto, podemos suponer que en un contrato determinado a favor de tercero sea útil aislar la obligación que asume el promitente para con el tercero del contrato que se deriva, dejando que los efectos na-

⁵⁰ R. I. J., N° 8, tomo 2, p. 903.

cidos en los vicios que ocasionalmente pueden afectar al contrato produzcan sus efectos sólo entre las partes contratantes. En tal caso podremos, sin la menor vacilación, afirmar que el derecho del tercero es un *derecho abstracto*. Pero en la generalidad de los casos esta abstracción de la *causa* del contrato, en cuanto se refiere al derecho del tercero, no será necesaria en absoluto, y entonces ese derecho deberá tener su propia causa, que estará en el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, pero no considerado como un sencillo contrato normal (como lo sería si las partes contratantes lo hubiesen celebrado entre y para ellas sólo), sino como un contrato con un fin especial que no es otro sino el del contrato a favor de tercero".⁵¹

Este párrafo de Pacchioni nos sugiere varios comentarios: sin referirse a contrato alguno específico, sino en general a cualquier contrato a favor de tercero, contiene la preocupación de los que han escrito sobre la fianza a favor de tercero en nuestro país, pues es perfectamente aplicable a este contrato la utilidad que ve Pacchioni en que en un determinado contrato a favor de tercero, la obligación que asume el promitente (afianzadora) para con el tercero, se aisle del contrato del que se deriva.

Ante la presencia de un contrato determinado a favor de tercero, debemos plantearnos esa utilidad, conveniencia o necesidad de aislar el derecho del tercero beneficiario, de la relación contractual donde se originó su derecho.

Debemos tener en cuenta que es muy distinta la función económico-social del seguro de vida a favor de tercero que generalmente se inspira *donandi causa*, que la de una compraventa, con obligación de pagar el precio a un acreedor del vendedor en el cual el derecho del tercero se constituye *solvendi causa*.

Como el origen de la revisión de la doctrina de la estipulación a favor de tercero, se originó en el seguro de vida a favor de tercero, frecuentemente se quiere ver en esta figura un fin altruista, desinteresado, lo cual es incorrecto,⁵² por lo que al analizar el contrato de fianza de empresa a favor de tercero, hay que tener en cuenta que el tercero tiene derecho a una mayor seguridad del cumplimiento de la obligación de la que es sujeto activo, por así disponerlo la ley o por haberlo así pactado con su deudor y que el fiador es una empresa mercantil con finalidades de lucro.

⁵¹ Pacchioni, *ob. cit.*, p. 117.

⁵² Halperin, Isaac, *La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*, Buenos Aires, 1944, p. 138 y nota 366, donde cita bibliografía.

Los diversos autores han palpado esta realidad y se han preocupado por la oponibilidad de las excepciones nacidas del contrato celebrado por la afianzadora con el fiado. Así Cervantes Altamirano nos dice que "El acreedor ve, cuando se le ha otorgado fianza, la existencia de un obligado subsidiario que siempre podrá cumplirle en defecto del afianzado... Pero de acuerdo con la estipulación a favor de tercero, pueden en definitiva, defraudarse los intereses del acreedor... siendo procedentes la acción y excepción que mencionamos (la de resolución del contrato y la de incumplimiento del mismo) puede también en cualquier momento, quedar dicha persona en descubierto. De esta manera la fianza, a fin de cuentas viene a resultar ilusoria".⁵³

Ruiz Rueda, en su anteproyecto de ley del contrato de fianza de empresa, incluye un artículo que prohíbe a la fiadora oponer las excepciones de contrato no cumplido, de resolución por falta de pago de la prima o de nulidad de la fianza, en las fianzas judiciales y en aquéllas a favor del fisco, "porque su otorgamiento constituye una carga que el fiado debe cumplir para lograr la realización de un interés propio que consiste generalmente en que surja para él una situación provechosa. Si esa situación duradera por un término indeterminado, pero determinable, estuviera condicionada en su eficacia... por la validez o por el cumplimiento de la contraprestación del contrato de fianza de donde nace la obligación de la fiadora; evidentemente se burlaría la ley y dejarían de estar garantizadas las obligaciones principales respectivas".⁵⁴

También Concha Malo muestra la misma preocupación por este problema, que lo hace adoptar la tesis del desdoblamiento de la operación de fianzas en dos actos jurídicos, uno contractual y otro unilateral y agrega a esta solución la de la obligación abstracta ya apuntada como necesaria primero por Cervantes Altamirano y después por Ruiz Rueda; pero aquél tuvo que añadirla a la tesis del Comité de Instituciones de Fianzas, por partir de dos premisas erróneas: la primera consistente en la imposibilidad de que exista una fianza a favor de tercero, contratada por el fiado y la afianzadora, y la segunda consistente en que la obligación abstracta sólo puede nacer de una declaración unilateral de voluntad.

Sobre la primera premisa ya traté ampliamente y respecto a la segunda, además del párrafo de Pacchioni antes transcrito, en que habla de la obligación abstracta, derivada de un contrato a favor de

⁵³ Cervantes Altamirano, *ob. cit.*, p. 131. Lo que está entre paréntesis son palabras mías.

⁵⁴ Ruiz Rueda, *ob. cit.*, p. 231.

tercero, se puede citar también a Eneccerus y Lehmann, quienes dicen: "... el contrato causal es insuficiente donde se desea una especial seguridad y firmeza. Esta especial firmeza y seguridad se obtienen con el contrato abstracto. En él la promesa de prestación se escinde, se abstrae de la causa (convenio de fin) y, por tanto, el contrato sólo contiene la promesa de prestación y su aceptación como se advierte diáfananamente en la forma de la *stipulatio* romana..."⁵⁵

No es pues exacto, que la obligación abstracta nazca necesariamente de una declaración unilateral de voluntad, aunque existan muchas obligaciones de este tipo que se originan así, pues como lo sostiene el eminente civilista germano, también hay contratos que producen obligaciones abstractas y el derecho comparado actual nos puede proporcionar un ejemplo típico, como es el seguro de responsabilidad civil, tal como está actualmente reglamentado por la *Ley de Contrato de Seguro* española de 1980, cuyo artículo 76 concede acción directa al tercero dañado para exigir la indemnización al asegurador y dispone que "la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado".⁵⁶

Ahora bien, si cada contrato específico a favor de tercero tiene distinta naturaleza, pues aunque participa de la naturaleza propia de la estipulación a favor de tercero, participa también de la del contrato específico de que se trate, si como dice Pacchioni, a veces es útil abstraer el derecho del tercero, del contrato que le dio origen y, si como han expresado los autores mexicanos citados que han escrito sobre fianza de empresa, en las fianzas judiciales y las contratadas a favor del fisco se burlaría la ley que exige su otorgamiento y aun en los contratados a favor de particulares, se burlaría un interés legítimo de una persona que busca mayores seguridades para su crédito, lo cual es conocido por la afianzadora, y si a esto añadimos que la ley impone a las afianzadoras la obligación de asegurarse la recuperación de lo que eventualmente tuvieran que pagar como fiadoras; que estas instituciones se aseguran de la misma manera el cobro de las primas

⁵⁵ Eneccerus-Lehmann, *ob. cit.*, p. 508.

⁵⁶ También la *Ley de uso y circulación de vehículo de motor*, de 1962, estableció en España la acción directa del tercero dañado contra el asegurador y el artículo 43, dispone que "... sin que en ningún caso pueda oponer al perjudicado o a sus herederos las excepciones que le asistan contra el asegurado o contra un tercero..." Igualmente en los países de Benelux existe una disposición semejante a la española, véase al respecto Donati, Antígono, *l'attuazione della convenzione europea sull'assicurazione responsabilità civile automobilistica*, conferencia dada en Madrid en 1963, publicada en *Disciplina legislativa del risarcimento del danno alle vittime della strada*, Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislative, Milán, 1964, p. 303.

y que la misma ley establece en su beneficio procedimientos privilegiados para recuperar lo pagado y cobrar las prestaciones a que tienen derecho, no puedo menos que concluir que estas instituciones no pueden oponer al tercero beneficiario las excepciones derivadas del contrato, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1872 del Código Civil, el cual es renunciable, por lo que si las partes pueden renunciarlo, por mayoría de razón no deben considerarse procedentes esas excepciones cuando pugnen con la naturaleza de las cosas, por propiciar el que se burle una ley (fianzas a favor del fisco, fianzas judiciales) o se burlen derechos legítimos de quien acudió a este medio de garantía para obtener mayor seguridad de su crédito.

Para llegar a esta solución no creo que fuera indispensable reformar la ley, pues puede fundamentarse en el artículo 1756 del Código Civil, en la parte que, al referirse a los contratos, dispone que "Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe al uso o a la ley."

Es conforme a la naturaleza de la fianza a favor de tercero y a la buena fe, la inoponibilidad de las excepciones derivadas del contrato celebrado entre afianzadoras y fiado, aunque para una mayor seguridad jurídica sería conveniente que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas lo dijera expresamente, pues aunque hasta la fecha no se ha hecho uso de este tipo de excepciones, no es imposible que alguna vez se intentara hacerlas valer.

En el contraproyecto de ley del contrato de empresa de Ruiz Rueda se prohíbe a la institución afianzadora oponer al beneficiario las excepciones derivadas del contrato, cuando éste es el fisco o cuando se trata de fianzas judiciales; pero para ser congruente con mi opinión antes expuesta, en el sentido de que en toda fianza a favor de tercero no son oponibles las excepciones derivadas del contrato, sugeriría una disposición que así lo declarara expresamente, admitiendo el pacto en contrario, cuando no se trate de las fianzas a favor de la Hacienda Pública ni de fianzas judiciales y siempre que el pacto en contrario, no se incluya en las cláusulas impresas, sino en el mismo lugar y con los mismos caracteres que se describe la obligación garantizada y la cuantía y alcances de la obligación fiadora, pues sería la única forma de que el beneficiario se enterara y meditara los alcances de su renuncia, cumpliéndose plenamente así con lo dispuesto por el artículo 7º del Código Civil.

42.—CONCLUSIONES. Mucha tinta se ha gastado en la discusión relativa a determinar la fuente de la obligación fiadora en la fianza one-

rosa de empresa, como ya lo ha hecho notar un autor; pero independientemente del carácter académico que pueda tener el tema, tiene una indudable utilidad práctica que no necesita resaltarse más: la solución al problema de la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato al tercero beneficiario que, si bien parece ser que no se ha presentado, en un caso concreto, no es imposible que pudiera ocurrir y, por otra parte, de todo lo que se ha escrito al respecto, puede surgir alguna idea aprovechable para un futuro legislador, ya que algunas de las ideas expuestas por los diversos autores, son dignas de meditarse para incorporarlas expresamente a la legislación sobre la materia, pues además provienen de personas que trabajan o han trabajado en instituciones de fianzas, por lo que al estudio del tema unen la experiencia que da la práctica diaria.

Por esto, son dignas de encomio, las monografías, tesis y demás opiniones que se han publicado y la mayoría de las cuales se han citado constantemente en esta tercera parte de mi ensayo; pero no está por demás repetirlos como reconocimiento a su labor en pro de un mejor conocimiento de este tema, aunque haya discrepancia en las opiniones sustentadas, pues tanto las *Notas* del Comité de Instituciones de Fianzas de 1946, como las tesis profesionales de Efrén Cervantes Altamirano, Hilda Martínez González y Ramón Concha Malo y las monografías de Luis Ruiz Rueda, han contribuido a dar luces sobre el tema, por lo que no puedo estar de acuerdo con la afirmación de Díaz Bravo, quien dice que gran parte de la tinta empleada en este tema "debió emplearse en discusiones más provechosas".⁵⁷

Además de la utilidad práctica antes apuntada, respecto a la especulación con fines académicos, es pertinente citar estas palabras del gran jurista italiano Carnelutti: "Cuando Pacchioni, que es entre nosotros un benémerito de los estudios sobre las obligaciones, al dar cuenta a los lectores italianos hace ya unos años del intenso movimiento de análisis jurídico que tuvo inicio en Alemania el año de 1852 (había aparecido justamente entonces el primer volumen de las *Obligaciones* de Sanigny), reafirmaba contra las dudas de Windscheid y las ironías de Perozzi 'la gran verdad de que la investigación científica, aún aberrante, no es nunca infecunda en resultados'; su optimismo tenía razón aun acaso fuera de los límites que él mismo quiso señalarle".⁵⁸

⁵⁷ Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, México, 1983, p. 182.

⁵⁸ Carnelutti, Francesco, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, en Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padua, 1927, p. 225 y también en sus *Estudios de derecho procesal*, tomo I, Buenos Aires, 1952, p. 372.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS ACTOS ILÍCITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

El Código civil de 1928 establece en dos preceptos la responsabilidad civil extracontractual por los actos ilícitos que cometen los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

Dentro de un principio general y absoluto en este precepto:

"Art. 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

También de una manera indirecta se confirma la aplicación concreta de dicho principio a los funcionarios públicos en este otro precepto:

"Art. 1928. El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

Para la correcta interpretación de ambos artículos, hay que añadir a los antecedentes de ellos y, además, relacionarlos con otras disposiciones del sistema jurídico mexicano.

Nadie más autorizado para descubrir el origen y el alcance del citado art. 1910 que don Manuel Borja Soriano que tuvo una importantísima intervención en la elaboración del mencionado Código civil, como lo reconoció don Ignacio García Téllez, que fuera el más conocido de los tres miembros de la comisión redactora de dicho Código, en la cita siguiente:

"Sería injusto no tributar, en estas líneas, mi reconocimiento... al maestro de maestros —tanto por su amplísima cultura en legislación civil, como por su inagotable bondad— el jurisconsulto don Manuel Borja soriano, quien me abrió de par en par las puertas de su magnífica biblioteca y robando tiempo a sus horas de ejercicio profesional, no escatimó su consejo y su cooperación" (Prólogo de Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil, México, 1932, pág. 14).

Según Borja Soriano (Teoría General de las Obligaciones, tomo I, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1953, núm. 690, pág. 409), la primera parte del referido artículo 1910 está tomado del artículo 41 del Código Suizo de las Obligaciones de 1911 y la segunda parte del mismo precepto se inspiró en el artículo 403 del Código Civil ruso, preceptos redactados en los términos siguientes:

"Art. 41. (Código Suizo de las Obligaciones.) El que causa de una manera ilícita o un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que cause intencionalmente un daño a otro por hechos contrarios a las costumbres, está igualmente obligado a repararlo."

"Art. 403 (Código civil ruso.) El que ha causado un daño a la persona o al bien de otro, está obligado a repararlo. Queda librado de esta obligación si prueba que no podía prevenir este daño o que tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo como resultado de la premeditación o de la negligencia burda de la víctima misma."

Ahora bien, conforme al tratadista suizo Virgile Rossel (Manuel du Droit Federal des Obligations, Tome I, Librairie Payot & Cie, Lausanne, Geneve, 1920, págs. 81 a 84), debe entenderse como acto ilícito para los efectos del citado artículo 41 y, por tanto, para efecto de nuestro artículo 1910, todo acto nocivo (de comisión o de omisión) causado sin derecho, que implique una culpa, e imputable a su autor y siempre que exista una cierta relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño cuya reparación se reclama. Este precepto concuerda substancialmente con estos dos artículos del Código civil francés que, según el mismo autor extranjero, inspiraron al respecto al Código Suizo de las Obligaciones:

"Art. 1328. Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido."

"Art. 1383. Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo de intento, sino también por su negligencia o por su imprudencia."

Toda vez que la primera parte del artículo 1910 de nuestro Código civil está inspirada directamente en el artículo 41 del Código Suizo de las Obligaciones e indirectamente en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés, cuyos textos ya se transcribieron, resulta de gran utilidad traer a colación las citas muy ilustrativas de dos eminentes autores franceses de Derecho Civil.

G. Marty ofrece sobre el particular una síntesis de las opiniones más importantes acerca de la culpa, haciendo notar que para Savatier y para

Planiol "la culpa se define como la violación de un deber, sea un deber legal preciso, sea un deber moral caracterizado, sea el deber general de no dañar a tercero", y agrega que conforme a la "teoría de la confianza legítima engañada" sustentada por Emmanuel Lévy, para que la vida social sea posible es necesario que los hombres puedan tener cierta confianza unos en otros. Por ejemplo, para poder actuar y circular en paz en una ciudad, nos es necesario contar con que los vehículos no nos atropellarán, y que no se nos arrojará desde los balcones la basura. Cuando alguien obra en forma tal que engaña esa confianza que los semejantes deben legítimamente tener en él, es responsable. La medida de la responsabilidad es la confianza legítima engañada."

Concluye finalmente que "la culpa ha de apreciarse *in abstracto*, es decir, según el modelo abstracto que representa la conducta de un hombre normalmente prudente y diligente.

"La culpa cuasidelictuosa es, pues, el acto que no hubiera cometido un hombre normalmente prudente y diligente, colocado en las mismas circunstancias exteriores que el autor del daño.

"Así, en todo juicio de responsabilidad, el juez se preguntará cómo habría obrado un hombre normalmente prudente y diligente, colocado en las mismas circunstancias de hecho que el autor del daño; el hombre prudente y diligente en quien pensará es él mismo, y en la práctica, el juez, para determinar si ha habido culpa se preguntará si colocado en la misma situación del autor del daño, hubiera obrado como él.

"Esa apreciación presenta el peligro de ser sumamente subjetiva y el de depender del temperamento del juez. Pero lo mismo acontece con toda apreciación judicial. El remedio contra los peligros de apreciación reside en la existencia de un doble grado de jurisdicción, y, en último análisis, en el control de la Corte de Casación" (en México a través del juicio de amparo). (Teoría General de las Obligaciones, vol. I, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., 1952, págs. 301 a 304.)

A su vez los dos renombrados tratadistas contemporáneos de Derecho civil en Francia Henri Mazeaud y León Mazeaud nos dicen acerca de este mismo tema:

"Cuando cometemos una culpa, no obramos como debiéramos: incurrimos en lo que pudiera llamarse un *error de conducta*". . .

"La culpa consiste forzosamente en un *error de conducta*. El autor del perjuicio no ha obrado como hubiera debido obrar, y por eso su responsabilidad se encuentra comprometida. . . en ciertas circunstancias, el problema de la existencia queda inmediatamente resuelto: en todos aquellos en que una obligación determinada pesaba sobre el demandado.

Cuando un texto ordena ejecutar tal o cual acto, el que no obedece incurre evidentemente en culpa; no conformarse a la ley es cometer un error de conducta evidente.

"Pero casi nunca está señalada de antemano la conducta que debe observar el demandado; ningún texto la precisa; la obligación cuya violación se le reprocha es la *general de prudencia y diligencia* que establecen los artículos 1382 y 1383 del Código civil Francés"...

"Colin y Capitant escriben: 'Cuando decimos que un hombre ha cometido una culpa, significa que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse, no ha hecho lo que hubiera debido hacer. Nos preguntamos cómo hubiera debido manejarse ese hombre y comparamos su conducta con la que hubiera observado en su lugar un hombre prudente, diligente. Tal es ciertamente la noción tradicional de la culpa'. Las negligencias o imprudencias se caracterizan, para Gardenat y Salmon-Ricci, 'por el hecho de que un hombre de inteligencia y de prudencia normales no debiera cometerlas'..."

"La culpa cuasidelictuosa es un error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio.

"Definición que conviene no sólo a los casos en que el autor de la culpa está sujeto a la *obligación general de prudencia y diligencia*, sino también a aquellos en que la ley hace pesar sobre él una obligación determinada, porque una persona advertida cumple evidentemente las obligaciones precisas que la ley le imponga..."

"Merced a esta definición, los jueces conservarán una gran libertad de apreciación, puesto que les corresponde decidir soberanamente cómo se hubiera conducido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el demandado. Pero, ¿puede ser de otro modo?, no; porque si miramos la realidad de las cosas veremos que la persona advertida, el tipo de comparación escogido es el juez mismo; el juez se pregunta lo que él hubiera hecho de encontrarse en las condiciones externas en que se encontró el autor del perjuicio.

"Afortunadamente no puede ser de otro modo porque no existe otro medio de dar, en cada caso, una solución equitativa al problema de la responsabilidad. El criterio de la culpa debe ser lo suficientemente preciso para que sirva de guía al juez, pero también lo suficientemente amplio para permitirle pronunciar en cada negocio una solución conforme a la justicia. 'Es preciso evitar en cuanto sea posible, escribía con razón Van Biervliet, atar al juez con reglas fijas, cuya aplicación forzada pueda llevarlo en un caso particular, a una solución contraria a la equidad'. Contentémonos, pues, con indicar al juez cómo debe proceder

para saber si hay culpa, y digámosle: 'No se entregue usted a un examen meramente subjetivo de la conciencia del agente; no averigüe si el agente ha cometido o no una culpa moral; proceda por comparación; aprecie la culpa en abstracto; pregúntese lo que hubiera hecho una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio'. Pero no vayamos más lejos. No tratemos de imponerle al juez la respuesta. Dejémosle la libre decisión. No faltará él a la misión que se le ha confiado.

"Conviene, por lo demás, observar que el campo que se deja a la arbitrariedad del juez no es tan vasto como pudiera creerse. Ante todo, la Corte de Casación se atribuye un poder de vigilancia" (también las dos instancias de todo litigio y en México, además, el juicio de amparo). (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual, Tomo I, Editorial Colmex, México, 1945, págs. 192 a 208).

Acerca de la segunda parte del mismo artículo 1910 de nuestro Código Civil, que se inspiró en el Código Civil ruso, resulta también de importancia la consulta de la doctrina soviética al respecto, que no contradice sino reafirma las ideas anteriores sustentadas por los tratadistas franceses.

Al efecto, es muy oportuno el comentario del jurista P. Romashkin que reproduzco enseguida:

"Los fundamentos de la responsabilidad civil por la producción de un daño son: 1) La existencia del daño causado a la persona o a los bienes; 2) la antijuridicidad del acto lesivo; 3) la existencia del nexo causal entre la acción antijurídica y sus consecuencias nocivas; 4) la *existencia de culpa del causante del daño*.

"Por daño causado a la persona, en este caso, la ley entiende el quebrantamiento de la salud de una persona o su muerte, acompañados de la pérdida o disminución del salario de la propia víctima o del menoscabo material irrogado a las personas que viviesen a cargo del fallecido.

"El daño causado en los bienes, valorado en dinero, se llama comúnmente pérdida. La pérdida puede consistir tanto en la disminución de los bienes de la víctima (por ejemplo, el deterioro de cosa ajena) como en el beneficio omitido, es decir, en la pérdida de la suma que la víctima pudo recibir si no hubiese acaecido el acto lesivo. Está sujeto a resarcimiento sólo el daño producido en bienes. El extrapatrimonial (inmaterial) no está sujeto al resarcimiento en dinero, si por el acto antijurídico no se hubiese inferido a la vez un daño a los bienes (por ejemplo, en el caso de que se hubiese originado una mutilación en su capacidad para el trabajo o una reducción del salario que recibía).

"Acto antijurídico es la acción que viola la ley y el derecho protegido por ella, perteneciente a la persona en cuestión. El daño puede ser causado no sólo por acción, sino *también por omisión* (inacción). Si alguien causare daño a otra persona, actuando dentro de los límites de los derechos que se le hubiesen otorgado, no será responsabilidad del daño ocasionado.

"Para que nazca la responsabilidad por el daño causado se requiere la existencia del nexo causal entre la acción antijurídica y sus consecuencias nocivas; debe establecerse que el daño fue la consecuencia precisamente de dicha acción antijurídica (u omisión).

"Para que se cree la responsabilidad por el daño causado ha de concurrir además la existencia de la culpa del autor del perjuicio. Este último responde *tanto de los actos por intención como por negligencia que originaron el daño*. Por el menoscabo causado sin premeditación y no por negligencia, es decir, por el daño causado sin culpa, el causante del mismo, como regla general, no asume responsabilidad. *La ley parte de la presunción de la culpa del causante del daño. Este último queda exento de la responsabilidad si prueba que no fue por su culpa que se produjo el daño.*

"El resarcimiento de perjuicios ha de estar enderezado en primer término a la restauración de la situación anterior: la cosa deteriorada debe ser reparada, la destruida, sustituida por otra, etcétera. Pero si fuese imposible restaurar la situación anterior, el causante del daño estará obligado a indemnizar los perjuicios causados por él a los bienes, o sea, a pagar cierta suma de dinero.

"Las personas que hubiesen causado conjuntamente un daño, responderán de él *solidariamente* ante la víctima.

"De la regla general sobre la responsabilidad por el menoscabo causado por culpa, la ley excluye los casos en que el daño fuese producido por organizaciones y ciudadanos, cuyas actividades implican un considerable peligro para los demás, por ejemplo, las organizaciones de transporte y las empresas industriales. Las circunstancias que en tales casos eximen de responsabilidad al autor de los perjuicios pueden ser sólo: 1) la fuerza mayor y 2) la intención de la propia víctima. Por el daño causado por la fuente de considerable peligro responderá el poseedor de ésta, y no el causante concreto del daño (por ejemplo, no el chofer de un coche, sino su dueño)." (Fundamentos del Derecho Soviético, Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Estado y de Derecho, Ediciones de Lenguas Extranjeras, Moscú, 1962, págs. 261 y ss.)

De acuerdo con las citas de doctrina y derecho comparado hasta aquí transcritas, el acto ilícito a que se refiere el artículo 1910 de nuestro Código civil y que genera a cargo de su autor, cualquiera que éste sea y, por ende, inclusive los funcionarios públicos, requiere que haya habido de por medio una *culpa*, o sea que la actuación de que se trate no haya sido la de *un hombre prudente y diligente considerado en abstracto* por el juez o tribunal ante el que se demande el pago de los daños causados por semejante conducta.

Por otra parte, a esta misma conclusión se llega en la exégesis del mencionado artículo 1928, cuyo texto (Ignacio García Téllez, obra citada, pág. 144) se inspiró igualmente en el Código Federal de las Obligaciones de Suiza en este precepto:

"Art. 61. La legislación federal o cantonal puede derogar las disposiciones del presente capítulo ("de las obligaciones que resultan de los actos ilícitos") en lo concerniente a la responsabilidad incurrida por funcionarios y empleados públicos por el daño o *el tort moral* que causen ellos en el ejercicio de su cargo.

"Las leyes cantonales no pueden derogar las disposiciones de este capítulo si se trata de actos cometidos por funcionarios y empleados públicos y que se relacionan con el ejercicio de una industria."

El primer párrafo de este precepto se relaciona con el art. 928 del mismo Código helvético del tenor siguiente:

"Art. 928. Los encargados del registro de comercio y las autoridades de vigilancia inmediata son personalmente responsables del daño causado por *su falta* o la de sus empleados nombrados por ellos.

"La responsabilidad de las autoridades de vigilancia está regulada de la misma manera que la de las autoridades de tutela.

"*Los cantones están obligados subsidiariamente por el perjuicio no reparado por los funcionarios responsables*".

El reenvío a las autoridades de vigilancia de la tutela hace necesario recurrir a lo que al respecto establece el art. 426 del Código civil suizo de 1907 en estos términos:

"Art. 426. El tutor y los miembros de las autoridades de tutela están obligados a observar, en el ejercicio de sus funciones, *la diligencia de un buen administrador*; son responsables del daño que causen a propósito o por negligencia."

A su vez, el segundo párrafo del citado art. 61 está relacionado con el art. 55 del mismo Código Federal de las Obligaciones que dispone:

"Art. 55. El empleador es responsable por el daño que causen sus dependientes, sus empleados de oficina y obreros en el cumplimiento

de su trabajo, a menos que pruebe que ha tomado todos los cuidados exigidos por las circunstancias para evitar un daño de este género o que su diligencia no hubiese impedido que se produjera el daño.

"El empleador puede repetir contra la persona que ha causado el perjuicio, en la medida en que es ella responsable del daño."

El mencionado tratadista suizo Virgile Rossel dedica importantes comentarios al artículo 61 en cuestión.

"Los artículos 41 y siguientes —dice este autor— son de una aplicación general y abrogante de todas las disposiciones del derecho cantonal sobre la responsabilidad que deriva de actos ilícitos. Bajo la salvedad, sin embargo, de que el art. 61, que da al Código Federal de las Obligaciones el valor de un derecho subsidiario. . . Cuando los empleados y funcionarios "públicos" del art. 61 forman parte de la administración federal, cantonal o comunal, su responsabilidad *personal*, en razón de los actos ilícitos que cometen en el ejercicio de sus funciones, será determinada (salvo el art. 61, *in fine*) por leyes especiales, si ellas existen o si las hay pero incompletas, el art. 41 y siguientes se aplican *plenamente o sirven* para colmar las lagunas de las leyes especiales. Con relación a la responsabilidad del *Estado* y de las *Comunas*, por los actos ilícitos de sus empleados y funcionarios, no puede ser admitida, más allá de los casos previstos por el art. 61, *in fine*, y 55, porque es ahí donde está expresamente establecida" (obra citada, pág. 117).

Ahora bien, cuando un determinado funcionario público ejerce sus funciones y se trata de exigirle responsabilidad personal por la comisión de un acto ilícito, no es posible confundir las meras *equivocaciones* en su actuación o el "*simple error de opinión*", como le llama el Cód. penal en los arts. 225 y 226, con la *culpa* en esa actuación, ya que en aquel primer caso no puede afirmarse que se cometió un acto ilícito por el simple hecho de que, a juicio de los órganos de control de sus actos (jerárquico o constitucional), no se apejó dicha actuación a la Constitución o a la ley, sin que a pesar de ello pueda atribuírsele que obró con *culpa*, es decir, con "negligencia o ignorancia inexcusables", a que lude el art. 728 del Código de Procedimientos Cíviles.

Tampoco puede confundirse para el mismo efecto de exigirle responsabilidad por un acto ilícito, por una parte, el deber ineludible que tiene todo funcionario público de cumplir con los actos propios de su función, y, por otra parte, el atributo imaginario de obrar siempre con *infalibilidad*, ya que ni siquiera la Suprema Corte de Justicia de la Nación goza de tal infalibilidad en sus decisiones, por el solo hecho de que corresponde a ella *decir la última palabra* en las cuestiones específicas del caso concreto sometido a su decisión.

Como la existencia de *la culpa* en la actuación de un funcionario público se requiere para la comisión de un acto ilícito a que se refiere el artículo 1910 del Código civil, no puede afirmarse que todo acto de autoridad que a la postre es revocado o anulado por la intervención del respectivo órgano de control, sea jerárquico por el superior o sea constitucional por un juez o tribunal federal, genera automáticamente una responsabilidad a cargo del funcionario público que emitió ese acto de autoridad.

Por esta razón hay que distinguir, por una parte, el "*mero error de opinión*", a que aluden los artículos 225 y 226 del Código Penal, que excluyen toda culpa y eximen de responsabilidad por no haber *culpa* de por medio, y por otra parte, la "*negligencia o ignorancia inexcusables*", a que se refieren los artículos 728 a 737 del Código de Procedimientos en el caso de responsabilidad exigible a jueces y magistrados, porque sólo en estos casos puede afirmarse que ha habido culpa y que el funcionario ha obrado ilícitamente y queda sujeto a la responsabilidad de los artículos 1910 y 1928 del Código civil, siendo de advertir que la referencia al lenguaje empleado por el Código penal y por el Código de Procedimientos Cíviles no es para pretender que tengan aplicación en el presente problema estos dos ordenamientos, sino sólo para utilizar los términos acertados de que se sirven ambas leyes para situaciones similares.

No es obstáculo a lo anterior la disposición contenida en el art. 1830 del Código civil que establece que el objeto-hecho de un determinado contrato es ilícito cuando es contrario a leyes de orden público o a las buenas costumbres, ya que el artículo 1910 se refiere a actos ilícitos ya realizados y en los que su autor obró con culpa, en tanto que el art. 1830 contempla un hecho por realizar y que es objeto de un determinado contrato. Se trata, por tanto, de dos disposiciones legales diferentes cada una con sanción propia y específica para dos puestos distintos. La *nulidad* del contrato es la sanción del contrato con un objeto que sea un *hecho ilícito*. La obligación de *indemnizar* al particular afectado es la sanción al funcionario público que realiza un *acto ilícito*, entendido éste en la forma antes mencionada.

Recientemente, con ocasión del amparo 7078/82 de Quimzoo de México, S. A., se enfrentaron dos posiciones extremas en torno a la responsabilidad civil que puede exigirse en lo personal a los funcionarios públicos por la comisión de actos ilícitos en el desempeño de sus funciones. De un lado, la autoridad responsable sostuvo que para que exista un acto ilícito que genere responsabilidad civil a cargo de un funcionario público, y aunque contra ese acto la justicia federal haya concedido

la protección constitucional, es menester que haya habido y se pruebe que dicho funcionario público obró con la intención de dañar al particular afectado. De otro lado, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió en ejecutoria de fecha 17 de noviembre de 1983, que por supuesta aplicación del citado art. 1830 del Código civil, que a propósito del *objeto de los contratos* define como *ilícito* el hecho que es contrario a las leyes de orden público y, por ende, a la Constitución Política del país, basta que la justicia federal haya concedido amparo contra un determinado acto de autoridad por ser violatorio de garantías, para que automáticamente deba calificarse de ilícito tal acto y quede el titular de la autoridad responsable como autor de un acto ilícito que lo obligue a la reparación del daño causado al quejoso con ese mismo acto, a fojas 27, Tesis núm. 22 (actos ilícitos, se incurrir en ellos si un funcionario viola la Constitución al ejercer sus facultades), y a fojas 105, Tesis núm. 126 (responsabilidad de funcionarios provenientes de actos ilícitos, la falta de intención de causar daños no demuestra la ausencia de responsabilidad por los daños causados), del informe de 1984 de la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (se publican sumarios de esta peligrosa e infundada ejecutoria).

Por ser muy ilustrativo el caso planteado en dicho amparo, considero de interés presentar una síntesis del mismo.

Dentro de una colonia residencial, sin recabar permiso administrativo alguno, instaló una sociedad, un alojamiento para 1 200 conejos, a fin de aprovecharlos como materia prima, incluyendo el estiércol y los orines de dichos animales, haciendo que dicho negocio despidiera olores nauseabundos en perjuicio del vecindario de varias escuelas próximas, que se quejaron del funcionamiento del mismo y lo denunciaron ante la Delegación Política correspondiente, cuyo Delegado y el Jefe de la Oficina de Licencias requirieron a dicha sociedad para que acreditara haber obtenido el permiso necesario para la instalación y funcionamiento del referido negocio y para el cambio del uso del suelo, cosa que no hizo, por lo que tres días después ambos funcionarios públicos clausuraron el negocio de referencia, dejando dentro a los animales de que se trata.

La sociedad en cuestión se quejó de que la clausura no le había respetado la garantía individual de audiencia, ni estaba debidamente fundada y motivada, violándose por ello los arts. 14 y 16 constitucionales, y con base en ello obtuvo sentencia de amparo a su favor, de un Juez de Distrito, que después confirmó en revisión el Tribunal Colegiado de Circuito.

Así las cosas, la sociedad de referencia demandó el pago de cuantiosos daños y perjuicios a los dos funcionarios públicos antes nombrados,

imputándoles que habían cometido un acto ilícito de acuerdo a la mencionada sentencia de amparo, y que a consecuencia de la clausura se le habían muerto por falta de alimento 500 conejos y además, distintos laboratorios le habían cancelado importantes pedidos de substancias que debieron obtenerse de la explotación del citado negocio.

El juez de primera instancia absolvió en su sentencia a dichos funcionarios y su resolución fue confirmada en apelación, aduciendo que los funcionarios públicos no habían obrado ilícitamente al clausurar la negociación en virtud de no haberse demostrado que dichos funcionarios hubieran procedido con intención de causar los daños reclamados.

Inconforme con la sentencia absolutoria de apelación, la sociedad interpuso amparo ante la Suprema Corte, la cual resolvió que para la existencia de la responsabilidad civil prevista en el art. 1910 del Código civil por actos ilícitos cometidos por los funcionarios públicos no era necesario demostrar la intención de esos funcionarios de causar daño, sino que por aplicación del art. 1830 del Código civil, que califica de hecho ilícito el que es contrario a las leyes de orden público, y toda vez que la sentencia del Juez de Distrito confirmada por el Tribunal Colegiado había resuelto que la clausura había sido violatoria de las garantías contenidas en los arts. 14 y 16 constitucionales, debía concluirse sin más que la clausura en cuestión había sido un acto ilícito que obligaba a los funcionarios públicos a reparar los daños causados a la sociedad afectada, si bien concedió el amparo para efectos y abrió la posibilidad de que se demostrara la culpa inexcusable de la sociedad frente a la clausura para eximir de esa manera a los funcionarios en cuestión del pago de la responsabilidad demandada.

A la luz de los antecedentes doctrinales y de derecho comparado expuestos anteriormente, resulta tan inadmisibles la tesis extrema y benévola de que para fincar la responsabilidad civil de un funcionario público por un acto que el respectivo órgano de control (jerárquico o constitucional) estimó no conforme a la ley y a la Constitución, es indispensable la difícil prueba de que dicho funcionario actuó con la intención de causar daño al particular afectado; como inaceptable también es la tesis extrema y rigorista de que basta que cualquier acto realizado por un funcionario público en el ejercicio de su cargo sea revocado o anulado por el respectivo órgano de control y declarado, por tanto, contrario a la ley o a la Constitución, para que automáticamente deba considerarse como un acto ilícito y obligue a dicho funcionario en lo personal a la reparación del daño causado con semejante acto al particular afectado.

La tesis correcta ha de apartarse por igual de ambas posiciones ex-

tremas a manera de Caribdis y Scila, para acoger el principio intermedio de que un funcionario público es civilmente responsable en lo personal de un determinado acto realizado en el ejercicio de su cargo, sólo cuando, independientemente de que tal acto haya sido revocado o anulado por el correspondiente órgano de control, aparezca que tal acto no únicamente es contrario a la ley o a la Constitución, sino que además, aparezca que dicho funcionario actuó con *culpa*, o sea no por "simple error de opinión", sino por "negligencia o ignorancia inexcusables", o lo que es lo mismo en contra de lo que un funcionario prudente y diligente hubiera actuado en condiciones semejantes.

Es menester, por consiguiente, que el juez de primera instancia haga uso del "*prudente arbitrio*" para decidir si hubo o no culpa de parte del funcionario público en cuestión, *arbitrio judicial* que se le reconoce para múltiples controversias de naturaleza civil, como por ejemplo, la valoración de la prueba pericial y testimonial (art. 419 del Código de Procedimientos Civiles), la apreciación de los vicios ocultos en las enajenaciones onerosas (art. 2142, *in fine*, del Código civil), la ponderación de la gravedad del incumplimiento en un contrato bilateral para decretar su rescisión (art. 1949 del Código civil), etcétera.

Una autorizada confirmación de que no basta la mera equivocación del funcionario público en un determinado acto realizado en ejercicio de sus funciones, para que automáticamente sea calificado de ilícito ese acto y genere responsabilidad civil a cargo del mismo funcionario, sino que se requiere, además, la prueba o la evidencia de que con su actuación incurrió en culpa dicho funcionario, lo constituye la cita siguiente:

"Así, pues, se puede asentar que el principio que rige en México es el de la irresponsabilidad del Estado y que sólo excepcionalmente y por virtud de una ley expresa, puede el particular obtener una indemnización del Estado.

"Entre los casos de excepción se pueden citar el de expropiación por causa de utilidad pública, que sólo puede hacerse mediante compensación; el de los daños causados por la Revolución en los términos de las leyes relativas, y el de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso previsto por el artículo 1928 del Código Civil.

"Según este precepto "el Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

"Este caso de excepción al principio de la irresponsabilidad del Estado

viene a demostrar que, de acuerdo con las bases de nuestra legislación, el Estado no asume una obligación directa de indemnizar los daños causados por sus funcionarios, sino que debe, previamente, exigirse a éstos en lo personal, la reparación procedente. Es decir, se trata de un caso de responsabilidad subsidiaria del Estado.

"Además, esa responsabilidad subsidiaria parece no estar establecida más que para el caso de que exista culpa de parte del funcionario, puesto que el precepto de que venimos hablando se encuentra dentro del Capítulo del Código Civil relativo "a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos."

"Ahora bien, de acuerdo con la doctrina que ha inspirado al Código civil, la ilicitud de los actos consiste en que ellos se produzcan "sin derecho, intencionalmente o por imprudencia o negligencia" y sólo quedan exceptuados por disposición expresa los casos de 'abuso de derecho' a que se refiere el artículo 1912 y los de riesgo consignados en los artículos 1913 y 1914'. (Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1952, págs. 574 y 575.)

Es cierto que en un *Estado de derecho* es indispensable que la actuación de cualquier funcionario público se apegue a las distintas leyes que rigen el ejercicio de su cargo; como también es cierto que cada una de esas diferentes leyes tiene su propia y específica sanción que asegura su cumplimiento para que la norma en cuestión no resulte una mera recomendación o consejo que se da al funcionario público para el ejercicio de sus funciones. Por ello, a la violación por el funcionario público de cada una de esas diferentes leyes corresponderá una específica sanción adecuada e idónea.

De acuerdo con este criterio general, cuando un funcionario público ha violado una determinada garantía individual a un particular quejoso, la específica sanción adecuada e idónea es "restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo, y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será el obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija", según lo establece el art. 80 de la Ley de Amparo. Solamente en el caso especial de que no sea ya posible dar cumplimiento a la sentencia de amparo, restituyendo al quejoso en el pleno goce de la garantía violada, impone subsidiariamente la Ley de Amparo en su actual art. 105, antes 106, la responsabilidad a cargo de dicho funcionario público de efectuar, a petición del quejoso, "el pago de los daños y perjuicios que haya sufrido" este último, ya

que es ésta la única interpretación lógica y jurídica que puede darse al citado precepto y no la inadmisibile pretensión de otorgar al quejoso que obtuvo sentencia favorable en un juicio de amparo un supuesto derecho alternativo: o de pedir la ejecución de tal sentencia para que se le restituya en el pleno goce de la garantía individual violada, o bien, si así lo prefiere, de intentar la acción de daños y perjuicios en contra del funcionario que hubiera actuado como autoridad responsable. Esta interpretación al art. 105 de la Ley de Amparo confirma la tesis de que la responsabilidad personal del funcionario público contra el que como autoridad responsable se hubiera concedido un amparo, no procede sino sólo en el caso de que no pueda ya darse cumplimiento a la sentencia de amparo, y, además, siempre y cuando tal funcionario haya incurrido en la responsabilidad personal de haber realizado un acto ilícito, entendido éste en la correcta acepción antes indicada.

Asimismo, cuando un funcionario público infringe una ley de carácter administrativo que obliga al inferior a acatar las decisiones de su superior jerárquico, la sanción adecuada será la suspensión o el cese de ese inferior subordinado. A la vez, cuando el funcionario público ha violado el Código Penal, en cuanto que éste le obliga a no dañar intencionalmente y sin facultades legales a un particular, la sanción eficaz será la cárcel o la multa o la destitución del cargo. Finalmente, cuando el funcionario público ha faltado al deber que el Código civil le impone de obrar de manera prudente y diligente en el ejercicio de sus funciones y ha causado daño a un particular con esa falta, la sanción proporcional será la indemnización a su cargo en favor de la víctima.

Sostener que siempre la violación de garantías individuales por un funcionario público acarrea ineludiblemente a rajatabla la responsabilidad civil extracontractual a cargo de dicho funcionario, además de que cohibiría o dificultaría enormemente la actuación de todo funcionario público por el legítimo temor de caer en semejante responsabilidad, equivale a confundir la razonable aspiración hacia un *Estado de derecho*, con el utópico ideal de un *Estado de justicia original*, en el que los funcionarios públicos serían inmunes al error como en el Paraíso Terrenal de la Biblia.

Al capítulo denominado "de las Obligaciones que nacen de los Actos Ilícitos", en los art. 1910 a 1934 del Código civil pueden aplicarse las certeras observaciones que hizo el tratadista de la materia Eduardo Bonasi Benucci, profesor de la Universidad de Roma, en estas palabras:

"A la luz de un examen más profundo, no puede desconocerse que el principio de la *culpa* no ha sido abandonado, sino solamente, por

así decirlo, integrado y completado por otros principios que se han venido formulando precisamente para evitar las iniquidades que una aplicación rigurosa del principio de culpabilidad habría podido determinar. La exigencia del requisito de *culpa* en el causante del daño puede, en determinadas situaciones, hacer excesivamente gravosa la posición del perjudicado, que se hallaría constreñido a probar aquel requisito, mientras, por otra parte, la multiplicación de las ocasiones de daño como consecuencia del desenvolvimiento de la industria, del incremento de la circulación y del tráfico, impone una cada vez mayor y más eficaz tutela del derecho de los ciudadanos a la integridad de la persona y de los bienes, más amenazados cada día. El tradicional principio de la *culpa* no podía hacer frente a la exigencia de restablecer con prontitud y eficacia las cada vez más numerosas situaciones de desequilibrio económico por daños cometidos en el desenvolvimiento de actividades humanas peligrosas o determinadas por el hecho o la acción de una de tantas máquinas o instrumentos creados por la técnica moderna. Para todos estos supuestos, el criterio de la culpa se manifestaba siempre insuficiente. No se asiste, pues, a una involución del derecho, sino más bien a una adecuación de los principios tradicionales a las exigencias de una situación nueva; *la culpa no ha perdido su posición de preeminencia*, pero ha visto surgir a su lado supuestos y situaciones en las cuales la responsabilidad debe alcanzar su fundamento y su justificación en otras bases." (*La Responsabilità Civile*, Milán., Giuffrè-Editore, traducción, págs. 31 y 32.)

Como quiera que la actuación del funcionario público en el ejercicio de su cargo no puede considerarse como un riesgo introducido a la sociedad, ni puede calificarse de una actividad peligrosa, para generar una responsabilidad civil objetiva, hay que sujetar esa actuación en cuanto a la responsabilidad civil en que pueda incurrir un funcionario público al principio general de la *culpa* y por una evidente exigencia de igualdad, cuando el acto de un funcionario público en el ejercicio de su cargo ha causado daño a un particular y se trata de exigir la responsabilidad civil extracontractual por ese acto, el Derecho Civil prescribe que el comportamiento del funcionario público en cuestión, al igual que el del particular afectado, haya sido la actuación de un *hombre prudente y diligente*, porque si el funcionario público ha realizado dicho acto con "*culpa inexcusable*" es responsable del daño causado y a la vez si el particular perjudicado ha actuado con "*culpa inexcusable*", no tiene derecho a reclamar responsabilidad, aplicándose así la sabia sentencia romana *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio*.

El más egregio civilista italiano de nuestros días, Alberto Trabucchi,

que fuera el discípulo predilecto de Carnelutti y de cuyas famosas "Instituciones de Derecho Civil" hiciera este mismo el elogio de que si hubiera una obra perfecta de derecho civil sería ésa precisamente, resume así con claridad meridiana las mismas ideas expuestas anteriormente acerca de los actos ilícitos que generan, a cargo de cualquier persona y por tanto también a cargo de un funcionario público la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que con esos actos se hubieran causado a otra persona:

"Actualmente se acostumbra distinguir en el análisis del acto ilícito, el *hecho material*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* . . .

"1) El *hecho*. En la noción del acto se comprende el comportamiento de la persona, que puede consistir en un hacer o en un no hacer, esto es, en comportamientos comisivos u omisivos (estos últimos solamente si hay una obligación jurídica de actuar) y el evento dañoso, esto es, la destrucción de una situación favorable para el sujeto.

"Entre el acto y el evento debe existir un nexo de causalidad jurídicamente importante . . .

"2) La *antijuridicidad*. No todo hecho que causa daño genera la obligación de resarcimiento. Debe estar en contraste con un deber jurídico, y esta relación de disconformidad se expresa justamente con el término de *antijuridicidad* . . ."

"A propósito del deber jurídico violado, se habrá de distinguir . . . el ilícito *extracontractual* (equivalente a la culpa aquiliana) respecto del cual se considera violada la norma que impone respetar los derechos protegidos *erga omnes*, del ilícito *contractual*, que presume la violación de la norma que impone al deudor ejecutar la prestación a favor del acreedor . . .

"3) La *culpabilidad*. Además de antijurídico, el acto para ser calificado de ilícito debe ser culpable, esto es, fruto de un proceso volitivo reprobado por el orden jurídico . . .

"Distinguimos en la culpabilidad el dolo y la culpa en sentido estricto. Se tiene dolo (acto ilícito doloso), cuando la lesión jurídica se realiza con conciencia y voluntad del acto lesivo; se tiene culpa en sentido estricto (acto culposo) cuando el acto se realiza por negligencia, imprudencia, impericia (Ticio atropeya a Cayo o porque no ha puesto la necesaria diligencia que se requiere para evitar peligros en la circulación de vehículos o por una genérica impericia en su conducción).

"La diligencia que el Código, por regla general, requiere, para que no exista culpa, es la diligencia media, la que se puede pretender normalmente de un hombre medio, que está representado en la figura tra-

dicional del buen padre de familia: diligencia media, según un criterio abstracto de valoración" . . . "por otro lado, se hace notar que en el Derecho civil, a diferencia del Derecho penal, se mantiene generalmente aplicable un criterio objetivo en la valoración de la culpa, no teniendo en cuenta las características psico-físicas del sujeto" (Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 21a. edizione, Padova, Cedam, 1975, núm. 88, págs. 208 a 211).

Por último, en cuanto a la teórica responsabilidad que impone el referido art. 1928 del Código civil a cargo del Estado en forma subsidiaria por la responsabilidad civil en que pueda incurrir un determinado funcionario público por la comisión de actos ilícitos en ejercicio de sus funciones, resultará a la postre prácticamente ilusoria, ya que aquella responsabilidad es exactamente la de un fiador que goza de los beneficios de orden y de excusión, puesto que para poder intentar hacerla efectiva el particular afectado necesitará previamente haber logrado sentencia condenatoria en contra del citado funcionario y después haber tratado en vano de obtener a través de la ejecución de esa sentencia, la satisfacción completa de dicha condena, lo cual hace necesario que transcurra mucho tiempo antes de poder enderezar la respectiva acción subsidiaria en contra del Estado.

En consecuencia, son muy atinadas las observaciones que se han hecho al respecto:

"La responsabilidad extracontractual del Estado, aunque ha sido reconocida en nuestro derecho positivo, muestra deficiencias tan grandes que la hacen nugatoria . . .

"El artículo 1928, más que una regulación de la responsabilidad del Estado, lo es de la personal de sus funcionarios, y que, como un acto gracioso, el legislador 'impuso' la responsabilidad al Estado de manera subsidiaria por los actos de aquéllos en el supuesto de que resultaran insolventes. Consideramos que el artículo 1928 se refiere a la responsabilidad del funcionario por actos propios, aunque públicos en sí por ser desempeñados en el ejercicio de funciones, igualmente públicas, responsabilidad que por ser concebida como individual presupone la ilicitud y el elemento subjetivo de culpa, de acuerdo con el pensamiento tradicional." (Jorge Alejandro Barrero Stahl, *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, tesis profesional laureada en la Escuela Libre de Derecho, 1977, págs. 92 y 104.)

LA LEY "SE OBEDECE PERO NO SE CUMPLE"
EN TORNO A LA SUPPLICACIÓN DE LAS LEYES
EN EL DERECHO INDIANO *

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

SUMARIO: Introducción. 1a. parte: ORIGEN Y EVOLUCIÓN. I. *Generalidades*. II. *Las normas reguladoras*. En el derecho castellano. Los inicios de la suplicación en Indias. El ordenamiento en los "Sumarios" de Aguiar y Acuña y en la Recopilación de 1680. Los nuevos presupuestos del siglo XVIII. III. *Los fundamentos doctrinarios*. La exposición de Castillo de Bovadilla. La literatura jurídica del siglo XVII. El parecer de un obispo rioplatense. Una exposición de la primera mitad del siglo XVIII. Los nuevos rumbos doctrinarios de la segunda mitad.— 2a. parte: LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO. I. *El acto de hacerlo y las fórmulas utilizadas*. La notificación del despacho y su ejecución. La separación entre obedecer y cumplir: significado de cada uno. Plazo para interponer el recurso. Algunas fórmulas utilizadas. II. *Normas que podían ser suplicadas*. III. *Los protagonistas del recurso*. Ante quien se entablaba. Quiénes lo hacían: autoridades reales, cabildo y vecindario. IV. *Las causas invocadas*. La "respuesta" a lo mandado por el legislador y las razones alegadas. Un modelo de alegato jurídico. V. *Los efectos del recurso*. La suspensión de la ejecución de la norma. El pronunciamiento del legislador. La firmeza del segundo mandado.

INTRODUCCIÓN

En el campo de la historia general, la fórmula "la ley se obedece, pero no se cumple" —u otras análogas— ha sido utilizada con frecuencia para caracterizar el clima social de las Indias como de franca rebeldía o desprecio hacia los mandatos de las autoridades peninsulares.¹ No

* Este trabajo se publicó por primera vez en el *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, vol. VI, Guayaquil, 1980, conjuntamente con los demás trabajos presentados en el V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Con la gentil autorización de su director, el doctor José Reig Satorres, se reproduce ahora revisado y ampliado con nueva información, sin que ello haya producido sustanciales modificaciones ni alterado su estructura.

¹ Es ésta la actitud de Juan B. Terán, *El nacimiento de la América Española* (1927) (*Obras completas*, t. VIII, San Miguel de Tucumán, 1981, pp. 137-148). Irving A. Leonard simboliza en esta fórmula la actitud del español para "someterse a la autoridad y a las leyes sólo en apariencia" (*Los libros del conquistador*, Mé-

ha faltado quien, rebatiendo tal opinión, haya sostenido que las leyes se cumplieron aun a despecho de los malos gobernantes.² En ambas posturas es evidente que no se ha prestado atención al verdadero significado que aquella fórmula tiene en el campo jurídico, que es, a mi juicio, en donde propiamente debe ser examinada.

La interpretación de la mencionada fórmula no tuvo mejor suerte en los orígenes de la moderna historiografía jurídica. La influencia notoria del positivismo determinó entonces que se la concibiera como enderezada a provocar el desprestigio de la ley,³ sin atender a que en la realidad indiana la ley era tan sólo uno de los elementos constitutivos del orden jurídico.

Sin embargo, la reacción no se hizo esperar. En 1935 ya José María Ots Capdequí corregía parcialmente este enfoque.⁴ Más tarde Alfonso García-Gallo y Mario Góngora,⁵ al ocuparse del tema en trabajos

xico, 1953, p. 255). J. Natalio González la considera como instrumento para "eludir el cumplimiento de las providencias reales y al mismo tiempo evitar el desacato" (*Proceso y formación de la cultura paraguaya*, 2a. edición, Asunción, 1948, pp. 293-294). Otro autor la estima como un dicho vulgar, revelador de los males del prurito de modificar y no cumplir las leyes (Juan Gómez Jiménez de Cisneros, *Los hombres frente a Derecho*, Madrid, 1959, p. 47).

² Constantino Bayle S. I. *España en Indias*, 2a. edición, Barcelona, 1939, p. 266. Sin embargo, en posterior obra sostiene que la fórmula "no fue arte para burlar la ley, antes recurso de buen gobierno, tolerado, aprobado y mandado por el Monarca" (*Los cabildos seculares en la América Española*, Madrid, 1952, p. 401).

Desde un punto de vista jurídico, tomando como punto de partida esta fórmula, José Reig Satorres demuestra la preocupación de los cabildos ecuatorianos por la aplicación del Derecho (*Aplicación del Derecho en el cabildo ecuatoriano en Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1976, pp. 521-536).

³ Ricardo Levene, *Introducción a la historia del derecho indiano*, Buenos Aires, 1924, pp. 32-33; Jorge Basadre, *Historia del derecho peruano*, Lima, 1937, pp. 270-271. Jorge Cabral Texo al referirse al tema en su curso lo enfoca con más comprensión en una primera oportunidad, pero luego afirma que la fórmula fue "argucia leguleya" que generó "en la práctica la repulsa de las leyes" (*Derecho Indiano*, La Plata, 1921, pp. 21 y 42-43).

⁴ Ots veía a la fórmula como un instrumento flexible que tuvieron las autoridades en América, especialmente el virrey, para condicionar la aplicación del nuevo derecho (*La expansión del derecho español en Indias* (1935) reproducido en *Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias*, Bogotá, 1940, pp. 413-414). Como facultad de los virreyes lo refiere en *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente Indiano*, Buenos Aires, 1945, p. 360.

⁵ Alfonso García-Gallo, *La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI* (1951), reeditado en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 169-285.

Mario Góngora, *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación* (1492-1570). Santiago de Chile, 1951.

A su vez, Rafael Altamira en su *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951, ofrece una breve y sugerente explicación del vocablo "obedecer" en el uso jurídico indiano (pp. 218-220).

de más amplias perspectivas referidos al siglo XVI, sentaron las bases teóricas de la cuestión. Ambos han tenido ocasión de reafirmar posteriormente estos puntos de vista.⁶

Para llevar a cabo un estudio del tema he considerado necesario analizar su evolución legal y doctrinaria a través de los tres siglos de vigencia del derecho indiano y, especialmente, observar su realidad efectiva.⁷ A fin de apreciar este último aspecto me propuse reunir un número significativo de casos en los que se hubiera planteado la cuestión.

En tal sentido, mi tarea se ha ceñido a una determinada región del Nuevo Mundo, la que durante los siglos XVI, XVII y parte del XVIII abarcó sustancialmente las gobernaciones del Río de la Plata y Tucumán, y más tarde configuró el Virreinato rioplatense. Sin agotar las infinitas posibilidades de búsqueda, he reunido unos 76 casos que corresponden al periodo que va desde mediados del siglo XVI a principios del XIX. Su número es considerable, si tenemos en cuenta que sólo representan parcialmente los producidos en una región del continente y constituye un elocuente indicio de la frecuencia con que se dio. Los casos registrados aparecen a lo largo de todo el periodo indicado, sin que pueda inferirse un desequilibrio cuantitativo con relación a siglo o época determinada.

El punto de partida de esta indagación ha sido las actas editadas y demás papeles de los cabildos. La cosecha ha sido allí fructífera, pues, como es sabido, en estos cuerpos era donde se planteaban, con frecuencia, los problemas relativos a la ejecución de los despachos que llegaban a la ciudad. Luego, al ampliarse el campo de investigación, nuevos testimonios han concurrido para completar aquellos casos y

⁶ Alfonso García-Gallo, *Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 18, Buenos Aires, 1967, pp. 41-42 y 47-49; Mario Góngora, *Incumplimiento de una ley en 1639; su fundamentación en la carga de los censos de la ciudad de Santiago y en la noción de "frontera de guerra"*, Una contribución documental en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, año XXXIV, vol. 76. Santiago de Chile, 1967, pp. 61-96.

Eugenio Petit Muñoz luego de señalar ligeramente la cuestión, reproduce las pertinentes leyes de Partidas y de las recopilaciones castellana e indiana. Asimismo expresa su propósito de investigar el aporte de Buenos Aires y Montevideo en la "doctrina hispánica del incumplimiento lícito de la ley" (*La doctrina jurídica de la revolución hispanoamericana en el derecho público positivo español e indiano en Academia Nacional de la Historia, Tercer Congreso Internacional de Historia de América*, Buenos Aires, 1961, t. III, pp. 125 y 172-186).

Eugenio Petit Muñoz luego de señalar ligeramente la cuestión, reproduce la perla no conviene "hacerse muchas ilusiones" (*Castillo de Bovadilla en Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XLV, Madrid, 1975, p. 206).

configurar otros, pero sin el aliciente de encontrarlos todos, pues su natural dispersión conspira contra cualquier intento en ese sentido.

Este conjunto de casos ofrece un sin fin de matices. He cuidado de no hacer con ellos una elaboración artificial y dogmática, impropia de la realidad histórica de aquella época. No obstante, de su observación ha sido posible extraer algunos principios que me han servido para caracterizar la figura en estudio.

He creído innecesario hacer una enumeración de todos los casos reunidos o analizarlos en particular, salvo cuando sirviesen para abonar una afirmación o caracterizar determinada situación. Bastará señalar, por ahora, que hay algunos muy importantes por su trascendencia social, económica o política. Otros son de menor alcance. No faltan los intrascendentes. Unos llegaron hasta el Consejo y el rey. Muchos se resolvieron en América. Otros quedaron en el camino. De algunos, sólo he hallado el paso inicial. Pero en todos ellos, grandes o pequeños, concluidos o frustrados, estaba presente el espíritu que dio origen a la célebre fórmula y configuró el recurso de suplicación.

Mi propósito es estudiar la estructura jurídica y no las cuestiones económicas, políticas o sociales que están contenidas en esos casos. Sin embargo, ello no significa desdeñar el interés que, desde esos puntos de vista, pueden ofrecer aquellos, como lo han hecho Mario Góngora, al estudiar la suplicación de una real cédula de 1639 en el Reino de Chile sobre la contribución militar de los reinos y ciudades, y más recientemente Guillermo Lohmann Villena, al analizar las ideas político-jurídicas en la rebelión de Gonzalo Pizarro, emergentes de la ejecución de las Leyes Nuevas de 1542 en el Perú.⁸

En la primera parte de este estudio me ocupo del origen y evolución de la figura del "obedecer y no cumplir" y del recurso de suplicación, a través de la legislación y la doctrina, subrayando los factores que provocaron o ayudaron ese desenvolvimiento. Los cedularios existentes en el Archivo General de Indias me han permitido reconstruir el intenso movimiento legislativo en la materia hasta la Recopilación de 1680. La segunda parte se dedica a la tramitación del recurso de suplicación, en sus diferentes etapas. Para ello me he basado casi exclusivamente en los casos reunidos, por lo que sus conclusiones quedan abiertas a nuevos aportes y hallazgos en la materia.

⁸ Góngora, *Incumplimiento de una ley en 1639...*, cit.: Guillermo Lohmann Villena, *Las ideas jurídico-políticas en la rebelión de Gonzalo Pizarro*. Valladolid, 1977.

PRIMERA PARTE: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

I. GENERALIDADES

El presente estudio engloba aspectos que conviene distinguir conceptualmente. La súplica, como recurso al legislador, y la figura del "obedecer y no cumplir", aun cuando con frecuencia marchasen juntas, no necesariamente iban unidas. De una norma se podía suplicar, no obstante que la misma se ejecutase, pero en cambio, el "obedecer y no cumplir" carecía de virtualidad jurídica si a continuación de pronunciarlo, no se entablaba aquel recurso, o al menos no se daba cuenta al legislador de las razones que se habían tenido para suspender la ejecución de la ley. Algunas excepciones o matices, que luego veremos, no desdibujan esta enunciación general.

Conviene, asimismo, separar claramente de nuestro tema lo que se refiere al mero incumplimiento, de hecho, de las leyes. Este último, como es sabido, es un fenómeno que se percibe, con mayor o menor intensidad, en cualquier ordenamiento jurídico. Pero ese incumplimiento se palpa aún más en las Indias, por las circunstancias especiales que influyeron en la conquista y colonización. Encontramos testimonio de ello, por ejemplo en una relación que, hacia 1549, dirigía el Obispo de Tierra Firme al Consejo de Indias: "Las cartas y provisiones que aca V. S. envía y el príncipe y S. Majestad, o las esconden o las pierden, o las rasgan o las desprecian, y no se guardan mas de cuanto hace al propósito de la ganancia de los Jueces y sus amigos..."⁹

Junto a este incumplimiento malicioso, hallamos también el motivado en la ignorancia de la ley, en la omisión o no uso derivado de la falta de adecuación de la norma a las exigencias de la realidad indiana, o en su derogación por una costumbre local.

Esta idea sobre la falta de cumplimiento de las leyes indianas está ya presente en un memorial del siglo XVI, elevado al rey por Fray Alonso Maldonado, en el que al plantear diversas cuestiones relativas al gobierno y manera de vida indianos, especialmente con referencia a los indígenas, enjuiciaba severamente a las autoridades "por que solo hacen leyes sin tener cuidado de la ejecución dellas"¹⁰ y aparece refirmada en la centuria siguiente por Campuzano Sotomayor, quien al instar la ejecución de las leyes dadas en beneficio de los in-

⁹ Real Academia de la Historia (en adelante: RAH), *Colección Juan Bautista Muñoz* (A-112), t. 67, fs. 117. Véase también García-Gallo, *La ley*, cit., 213-14.

¹⁰ Archivo General de Simancas, *Patronato Real*. Caja 22, fs. 77.

dios, decía que "no se pierden las Repúblicas por falta de leyes, sino por falta de ejecutores".¹¹

En ninguna de estas circunstancias es de aplicación el recurso y la figura que estudiamos, pues la ley ha sido marginada sin recurrir a los mismos. Si bien el incumplimiento de hecho de las leyes constituye un fenómeno desdeñable para el conocimiento de la vida jurídica india, nuestro interés apunta, ahora, a estudiar aquellos casos en que se suscitó una oposición a la aplicación de determinada ley, pero fundada en derecho. Es precisamente entonces cuando la célebre fórmula adquirió su verdadero significado jurídico.

Para mejor comprender el asunto a desarrollar, es necesario recordar que el derecho indiano —especialmente hasta la Recopilación de 1680— no era un ordenamiento legislativo sistemático e integral al alcance de jueces y funcionarios, ni tampoco es posible hallar una conciencia clara sobre la existencia de un conjunto objetivo de normas. Más bien, éstas se exhibían, alegaban e intimaban conforme se planteaba determinada cuestión. A veces se trataba de normas de validez general, pero con frecuencia lo eran de alcance particular, dadas por el rey o la audiencia para resolver otros casos y que se pretendían aplicar analógicamente. De ahí que una vez exhibido cierto despacho real, cabía luego de obedecerlo, darle cumplimiento, o en su defecto, suplicarlo.

De tal modo, el recurso de suplicación llegó a constituir una de las piezas necesarias del orden jurídico y alcanzó, incluso, la categoría de "derecho fundamental" de los súbditos.¹² Es innegable que, en ocasiones, se hizo abuso del mismo para retardar el cumplimiento de la norma o dejarla caer en el olvido. Pero esto es propio también de todos los recursos o derechos consagrados en cualquier orden jurídico,

¹¹ Fr. Baltasar Campuzano Sotomayor, *Planeta católico sobre el salmo 18*. Madrid, 1646, pp. 147-148.

¹² Véase así como —con independencia de sus razones y resultados— la rebelión de Gonzalo Pizarro en el Perú se hilvanó, jurídicamente, en torno al derecho de los súbditos a suplicar las leyes que desconocieran sus privilegios y fuesen contrarias al bien común. Sobre esto se ocupa Lohmann Villena, cit., pp. 41-42 y 106-107. Véase asimismo Mario Sánchez Barba, *Historia Universal de América*. Madrid, 1963, t. I, pp. 511-523. Otro ejemplo lo encontramos en el escrito que presentaron varios vecinos de Buenos Aires, encabezados por Jhoan Andrea de León, en 1617, contra el Bando de 6 de junio de 1615 (Archivo General de Indias —en adelante AGI—, Charcas 112).

La suplicación de las Leyes es incluida en el cuadro general de los derechos humanos en la legislación india por María Angélica Figueroa Quinteros, *Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena* en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, N° 2. Santiago de Chile, 1967, pp. 94-98.

sin que por ello sólo haya que pensar en suprimirlos o escarnecerlos.

También debe considerarse el recurso en el plano de la ordenación política general, desde donde se advierte que daba al rey y a sus funcionarios la posibilidad de enmendar una decisión errónea, sin por ello dañar su investidura, ni causar el desprestigio de la ley. Ello se hacía, sobre todo necesario, cuando las normas se expedían a pedido de parte o por medio de informes parciales, sin un conocimiento directo de la realidad ni del problema específico. Esto era, por cierto, frecuente y explicable en el gobierno de las Indias, debido a las largas distancias y a la imposibilidad de reunir, con anterioridad a la sanción de la ley, todos los elementos de juicio necesario para hacerla inconvencible.

De tal manera, el recurso en estudio, anidado dentro del orden jurídico indiano, se convirtió en un instrumento clave para su funcionamiento, posibilitando la modificación de las normas ya sancionadas, y otorgando al súbdito un derecho que, al integrar el cuadro de las garantías existentes, lo protegía psicológica y efectivamente, según veremos.

El recurso de suplicación descansaba en la idea de que los mandatos legislativos que adolecían de vicios, fuesen contrarios a Derecho, o perjudiciales a la comunidad, eran susceptibles de ser revisados a pedido de parte interesada, por el propio legislador. A mi juicio, es forzado tratar de incluir a esta especie de suplicación dentro de una clasificación sistemática de los recursos y mucho más darle ropajes procesales modernos. Era un recurso propio de un orden jurídico distinto al actual, que quedaba netamente adscrito a la esfera legislativa, sin entrar en la vía judicial, aunque su tramitación ofreciera rasgos típicos de este procedimiento.

Esta aparente falta de precisión, por otra parte, no disgustaba a los hombres de derecho de la época. Véase cómo ello asomaba en este párrafo, contenido en un recurso entablado en 1682: "... es conforme a la voluntad de Su Majestad que sus vasallos por el bien público de aquellas provincias y por el medio de la aplicación permitida en todos derechos propongan el que les asiste natural y civil con los daños irreparables a su política conservación para que no se pongan en práctica los nuevos impuestos antes de ser oídos en aquella especie de ruego, que vestido de Justicia admite la benignidad real y tienen prevenido su denuncia por diferentes leyes..."¹³ Este curioso párrafo

¹³ AGI, Charcas 282, Transcripto en Roberto Levillier, *Correspondencia de la ciudad de Buenos Aires con los reyes de España*. Madrid, 1918, t. III, p. 132. En letra bastardilla van aquellas palabras que he querido destacar dentro de la trans-

unía intencionadamente los elementos que, con posterioridad, la mente del jurista racionalista procuraría deslindar: el derecho subjetivo del súbdito, la gracia o merced del príncipe y la administración de justicia. De tal modo, una adecuada recreación histórica debe partir de aquella mentalidad, comprendiéndola, sin deformarla con ingredientes postizos y anacrónicos.

Esto no impide, sin embargo, hacer alguna precisión sobre el vocablo *súplica*, que ya entonces se presentaba en varias acepciones. Una primera, significaba pedido, merced o gracia. Otra servía para denominar a un recurso judicial especial, el de segunda suplicación. Es pues una tercera la que nos corresponde aplicar en nuestro estudio. Es obvio señalar que las voces *súplica* y *suplicación* las usaré en este último sentido, aunque a veces las otras acepciones se cruzarán en nuestro camino.

Súplica y *gracia* aparecían, conceptualmente difirenciadas, cuando a fines del siglo XVIII un regidor se oponía a que la prerrogativa de recibir la paz en la Iglesia fuese tramitada por el Cabildo por vía de la suplicación de la real cédula que había suprimido ese derecho y postulaba, en cambio, que se pidiese al rey "como gracia y merced en atención a los continuados méritos y servicios que tiene contrahidos esta Ciudad".¹⁴ Sin embargo, junto a esta ajustada delimitación de conceptos, nos encontramos en otros casos en que la *súplica* marchaba casi unida con la *gracia*.¹⁵

Por último, cabe señalar que *súplica*, tal como la venimos considerando, se diferenciaba, a primera vista, de la *apelación* en razón de que mientras ésta se interponía ante el superior, aquella se hacía directamente ante el mismo legislador que había expedido la norma. Así lo establecía la doctrina,¹⁶ pero la praxis no ofrecía la misma claridad

cripción, norma extensiva a todo este trabajo, salvo cuando hubiera indicación en contrario.

¹⁴ Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires*. Buenos Aires, 1907-1925, serie 3a. t. IX, pp. 538-541.

¹⁵ Véase, por ejemplo, la súplica que el Cabildo de Buenos Aires hizo en 1697 al gobernador para que el bando de expulsión de portugueses no se hiciera extensivo a dos maestros carpinteros (*Acuerdos Buenos Aires*, 1a. XVIII, 413-414).

¹⁶ "Súplica es distinta cosa de la apelación por que la apelación es, cuando se le provoca al Legislador ante su Superior. Súplica es la que se interpone ante el mismo Legislador para que ponderadas las razones, que a los vasallos asisten sobresea en lo mandado..." (Fray Casimiro Díaz, *Espejo de Parrochos de Indias*, Parte II, pp. 66-67. Mss, sin fecha, puede ubicarse en la primera mitad del siglo XVIII, en RAH, R. 70).

En análogo sentido, aunque referido a los recursos judiciales, se pronuncia Juan de Hevia Bolaños, *Primera y segunda parte de la Curia Filipica*, Madrid, 1652, p. 190.

II. LAS NORMAS REGULADORAS

En el derecho castellano

El escaso conocimiento acerca de la proyección del derecho medieval en América ha hecho pensar que el célebre aforismo "obedecer pero no cumplir" respondía a una situación particular del Nuevo Mundo y se trataba de una fórmula que las circunstancias indianas habían acuñado, al ritmo encontrado de gobernantes y gobernados. Muy por el contrario, estamos en presencia de una antigua figura que los civilistas y canonistas de la Baja Edad Media conocían y utilizaban.¹⁷

La carencia de estudios integrales que nos muestren la evolución de esta figura, sobre todo en el derecho medieval castellano,^{17bis} nos impide saber hasta qué punto la fórmula trasplantada a América se apartó de su modelo, pero de cualquier modo es posible afirmar que las características del Nuevo Mundo le dieron desarrollo original, aun cuando sin modificar los fundamentos doctrinarios ni alterar sustancialmente los principios legislativos.

En los años finales del XIII y durante los siglos XIV y XV surgió y se desarrolló en Castilla esta fórmula de "obedecer y no cumplir", referida a las cartas libradas por el rey contra Derecho, fuero o perjudiciales a las partes.¹⁸ En las Partidas encontramos esbozado el recurso de manera muy clara: "Si contra derecho comunal de algún Pueblo, o a daño del fueren dadas algunas cartas, non deben ser cumplidas las primeras. Ca non han fuerza, porque son a daño de muchos; más debenlo mostrar al Rey, rogandole, e pidiendo merced, sobre aquello

¹⁷ Para Jesús Lalinde Abadía es "fórmula original castellana" (*Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970, p. 136).

^{17bis} B. González Alonso, en un planteo previo para el estudio de la cuestión, dice sobre los orígenes legislativos de la fórmula: "Se formó, sobre la base proporcionada por el Espéculo y las Partidas, en los años finales del siglo XIII y en el transcurso del XIV, merced al diálogo de los procuradores de las Cortes con la monarquía en torno a las cartas desaforadas y, en general, contrarias a Derecho (cartas, no leyes). Tras décadas de titubeos, de búsqueda y ajuste semántico, la cláusula queda fijada y se ritualiza". (*La fórmula "obedézcase, pero no se cumpla" en el derecho castellano de la Baja Edad Media en Anuario de Historia del Derecho Español*, t. L, Madrid, 1980, pp. 485-486).

Sobre la fórmula en Vizcaya, véase Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1980, p. 293; y en Navarra, Jesús Lalinde Abadía, *El régimen virreino-senatorial en Indias en Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXXVI, Madrid, 1967, p. 206.

¹⁸ Jesús Lalinde Abadía, *La creación del derecho entre los españoles en Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXXVI, Madrid, 1966, pp. 330-333; Gustavo Villapalos, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*. Madrid, 1976, pp. 194-208.

que les envía mandar en aquella carta. Empero si después el Rey quisiere, en todas guisas, que sea, deben cumplir lo que el mandare".¹⁹

Como se advierte, están aquí descritos sumariamente los pasos esenciales de la suplicación: la carta contra derecho o en perjuicio del común no debía ser cumplida; el rey debía ser informado de ello; y el segundo mandato ejecutado sin más. Pero al mismo tiempo se observa la falta del acto formal de "obedecer" y la ausencia del vocablo *suplicar*. Este último aparece sustituido por el de *ruego* o *merced*, lo que aparentemente nos ubicaría en una acepción distinta de la que venimos considerando. Pero ¿acaso no es posible suponer que la voz *súplica*, en sentido análogo a gracia o merced, haya ido adquiriendo con el tiempo su propio carácter de derecho subjetivo, cuya realización era exigible en justicia?

La misma ley del código alfonsí agregaba con referencia a las cartas reales: "E si son contra derecho de alguno señaladamente, así como que le tomen lo suyo sin razón, e sin derecho, o que le fagan otro tuerto conocidamente en el cuerpo, o en el aver; *tales cartas non han fuerza ninguna, nin se deben cumplir*, fasta que lo fagan saber al Rey aquellos a quienes fueron enviados, que les envíe decir la razón por que lo manda fazer. Ca todo home debe sospechar, que pues que el Rey entendiere el fecho, que les non mandara cumplir la carta".

Es decir, que el no cumplir el despacho real no tenía el sentido de rebeldía, ni tampoco significaba el desprecio hacia la norma, sino por el contrario se encuadraba dentro de una actitud de escrupuloso control de la juridicidad, tanto en lo que respecta al individuo como a la comunidad.

En los siglos XIV y XV fue desarrollándose en Castilla este principio, referido a las cartas libradas por el rey contra Derecho, fuero o perjudiciales a las partes. Varias disposiciones fueron configurando la materia impuesta por el propio rey. Este conjunto de normas se recogió luego en la Recopilación de 1567, consagrándose un título completo bajo la denominación "De las provisiones y cédulas que se dan contra derecho y en perjuicio de partes."²⁰

Como se exponía allí claramente, la voluntad real era que "la nuestra justicia florezca" y de tal manera, se disponía que las cartas que el rey libraba contra derecho, ley o fuero usado, no tuvieran valor ni

¹⁹ 3a. XVIII, 30. José Luis Bermejo Cabrero, *La idea medieval de contrafuero en León y Castilla en Revista de Estudios Políticos*, N° 187, Madrid, 1973, pp. 303 y sígs.

²⁰ Libro IV, título XIV.

fuesen cumplidas (ley I), agregando luego que si en "nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley, fuero, o derecho, que *la tal carta sea obedecida y no cumplida*", aun cuando ésta contuviera cláusula derogativa y su estilo fuera de la mayor firmeza (ley II).

El mismo principio relucía al disponerse que ningún juez despojase de su posesión a persona alguna sin primeramente ser llamado, oído y vencido por derecho. Se agregaba entonces que "si pareciere carta nuestra por donde mandáremos dar la posesión, que uno tenga a otro, y la tal carta fuere sin audiencia, que *sea obedecida y no cumplida*".²¹

No cabe analizar ahora las circunstancias históricas en las que surgió esta legislación, ni señalar las características que ofrecían, en la Baja Edad Media castellana, las cartas reales frente a los fueros y leyes, o al Derecho mismo. Sin duda, ambas situaciones diferían de las que se dieron en las Indias a principios del siglo XVI. Pero lo que a nuestro intento conviene puntualizar es que esas disposiciones formaban parte inseparable de la normativa castellana en el momento en que ésta se extendió al Nuevo Mundo. García-Gallo, al estudiarla, afirma: "La obediencia y el no cumplimiento subsiguiente de la ley, no era, pues una corruptela que diese aparente legalidad a una situación anárquica de hecho, caracterizada por el desprecio de las disposiciones del monarca y el 'espíritu de soberbia' de los súbditos. Constituía un verdadero recurso por vicio intrínseco de legitimidad, y como tal regulado por las leyes castellanas".²²

Esta idea no quedó enclaustrada en la letra de los cuerpos legales, sino que alcanzó a formar parte del sentimiento popular, como lo revela Calderón de la Barca en "La vida es sueño", haciéndole decir a Segismundo:

"En lo que no es justa ley
no ha de obedecer al rey."

Los inicios de la suplicación en Indias

La sólida creación legislativa castellana se extendió a Indias, como consecuencia natural de la aplicación del derecho del reino conquistador, pero bien pronto cobró fisonomía y desarrollo propios, debido a las peculiaridades en que se desenvolvía la vida en el Nuevo Mundo

²¹ Libro IV, XIII, 2.

²² García-Gallo, *La ley como fuente*, cit., 209.

y a la naturaleza del gobierno a que estuvieron sometidas estas tierras, tan vastas y alejadas de la Corte.²³

El desconocimiento de la realidad americana y de sus problemas obligó, al rey y al consejo, como es sabido, a legislar en base a las informaciones obtenidas, las que generalmente eran deficientes para adquirir un conocimiento cabal de aquella realidad, por estar inspiradas en intereses locales o particulares, o por provenir de personas que enfocaban la cuestión desde puntos de vista distintos y hasta encontrados. A ello se sumaba lo heterogéneo de la vida indiana, que impedía reducir a reglas generales el gobierno de esas vastísimas tierras. De tal manera, como veremos, la suplicación de las leyes adquirió su propia categoría dentro del orden jurídico americano.

Bien pronto encontramos ya la primera ley indiana al respecto. Es la real cédula de 13 de diciembre de 1508 dirigida a Diego Colón, Almirante de las Indias y su gobernador. Decía: "Porque podría ser que por yo non ser bien informado, mandé despachar algunas cartas para las dichas Indias; en caso que viniese perjuicio a nuestro servicio, yo vos mando que veáis las tales cartas y las obedezcáis, y en cuanto al cumplimiento, nos lo hagáis luego saber, para que sobre ello os envíe a mandar lo que se haga. Pero en rescibimiento nuestro segundo mandado, obedecedlas y cumplidlas enteramente como os lo enviare a mandar, sin poner en ello dilación alguna."²⁴

Al año siguiente, una nueva real cédula de 14 de agosto de 1509, esta vez dirigida al gobernador Nicolás de Ovando, volvió sobre la cuestión a raíz de la consulta que éste le formulara acerca de ciertas provisiones que llevaba Francisco de Tapia y cuyo cumplimiento había suspendido el gobernador. El rey decía entonces, en su respuesta, que esas disposiciones "*primero deben ser obedecidas y no cumplidas, y después consultadas*", dejando en claro que se proveería luego en base a la información recibida.²⁵

Como vemos, ya en los albores del derecho indiano encontramos explícitamente señalado por mano del rey la extensión del "obedecer y no cumplir" a las Indias. No se trata pues, de una práctica o costumbre introducida por los súbditos, sino que desde el principio lo dispuso la Corona con toda claridad. Como en el derecho castellano,

²³ Ibidem. También Tomás y Valiente, quien sostiene que en Indias el recurso tuvo "muy superior eficacia" que en Castilla (*Manual*, cit., 291 y 339).

²⁴ *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas en América y Oceanía*, Madrid, 1883, t. XXXIX, pp. 185-186.

²⁵ Ibidem, XXXI, 456. El original en AGI, Indiferente 418 (libro 2, fs. 40-42).

el recurso quedaba limitado a las cartas reales y condicionado al cumplimiento del segundo mandado.

Pero es indudable que en seguida fue adquiriendo una extensión e importancia insospechada. El conquistador, que había realizado la empresa con su esfuerzo, dominando la realidad indiana, lo llegó a considerar como un verdadero derecho subjetivo, haciendo uso, y también abuso, del mismo.²⁶ A su vez la Corona, imposibilitada de dictar normas con la firmeza y fluidez de quien conoce la realidad, debió acudir a esta figura, incorporándola a su política legislativa, para mantener el prestigio de la ley y de su propia autoridad y evitar el desmedro que podrían significar los despachos erróneos o perjudiciales.

De tal manera, la misma Corona se vio obligada a cuidar de ese equilibrio para que el recurso, al tiempo que fuera un derecho para los súbditos, no se convirtiera en un abuso, utilizado por intereses egoístas o bastardos. Y asimismo para que, otorgando una flexibilidad a la ley nueva, no fuese un medio de practicar el incumplimiento masivo de los mandatos reales. De ahí que, al estudiar las sucesivas leyes dictadas en los siglos XVI y XVII, en las que se recogía el recurso y la fórmula estudiada en sus diversas modalidades, haya que atender con preferencia a las circunstancias de cada caso antes que dejarlo todo librado a supuestos criterios legislativos.

El principio amplio de "obedecer y no cumplir", consagrado en las cédulas de 1508 y 1509, desencadenó algunos abusos y la Corona no tardó en percatarse de ello, expresándolo llanamente: los ministros y otras personas utilizaban esta fórmula para dilatar o impedir el cumplimiento de las cédulas y provisiones de gobierno. Fue entonces cuando se inició un movimiento tendiente a restringir los efectos del recurso de suplicación, aunque sin afectar lo sustancial del mismo.

El primer síntoma de este cambio se percibe en la real cédula de 5 de junio de 1528, dirigida al gobernador, ministros y vasallos de Santa Marta. Este despacho, luego de señalar aquellas maliciosas dilaciones y trabas, disponía que los mandamientos, cédulas y provisiones debían guardarse y cumplirse, bajo graves penas "*pero si fuesen cosas de que convenga suplicar, vos damos licencia para lo poder hacer, sin que por esto se suspenda el cumplimiento y ejecución de ellos, salvo si no fuere el negocio de calidad que del cumplimiento de ello se seguiría escándalo conocido o daño irreparable, en tal caso permitimos*

²⁶ Así el licenciado Zuazo decía en 1518 que en la época del Gobernador Ovando "venían acá [a la Isla Española] muchas cédulas e provisiones reales para que allá en Castilla fuesen algunas personas proveídas de indios, de todas suplicaba, de que quedaron resabiados muchos privados de Sus Altezas" (*Gongora, El Estado Indiano*, cit., 250).

que habiendo lugar de derecho suplicación, e interponiéndose por quien y como deba, *podáis sobreseer el dicho cumplimiento*, y no en otra manera alguna so la dicha pena".²⁷

Como se advierte, aquí se reafirma la existencia del recurso de suplicación, considerándose como un verdadero derecho, pero frente al anterior principio de "obedecer y no cumplir" se estableció el de "obedecer y cumplir", salvo si de la ejecución se siguiera "escándalo conocido o daño irreparable", en cuyo caso cabía suspender la ejecución de la norma suplicada.

Me inclino a creer que las razones invocadas en la propia cédula son suficientes para explicar el cambio de orientación, que, como veremos, tiende a mantenerse. Pero no puede desecharse la aguda reflexión de Mario Góngora, al considerar que las cláusulas restrictivas de esta cédula responden a que estaban dirigidas a una autoridad inferior y no a una audiencia.²⁸

Casi de inmediato, la nueva orientación vino a recibir confirmación con motivo de las ordenanzas sobre los indios de 4 de diciembre de 1528. Allí se mandaba cumplir y ejecutar las mismas "*sin embargo de cualquier apelación o suplicación que por la dicha tierra o vecinos particulares de ella fuese interpuesta*".²⁹ Pocos meses después, el 24 de agosto de 1529, una cédula dirigida a la Audiencia de Nueva España volvía sobre la cuestión. Decía que en previsión de que algunas personas, tratando de aprovecharse de los indios, cargándolos con excesivos trabajos, "*suplicasen de las dichas ordenanzas, o de alguna de ellas, o pusiesedes algún inconveniente o impedimento en su ejecución y cumplimiento por manera que no hayan efecto*", mandaba que las ordenanzas se guardasen inviolablemente y se ejecutasen en su totalidad "*sin embargo de cualquiera apelación o suplicación que de cualquiera de ellas se hubiese interpuesto o interpusiese*". Por último para que esta disposición fuera notoria a todos, disponía que se pregonase públicamente en las ciudades, villas y lugares de la Nueva España.³⁰

Como vemos, el categórico texto transcrito, dirigido esta vez a una audiencia, no deja lugar a dudas sobre el interés de la Corona para que se ejecutasen las disposiciones relativas a los indígenas y también sobre el conocimiento que tenía acerca de los escollos que iban a encontrar estas ordenanzas en su cumplimiento. De ahí los recaudos adoptados, limitando el recurso, pero sin suprimirlo.

²⁷ *Cedulario Indiano, recopilado por Diego de Encinas (1596)*. Reproducción facsimilar. Madrid, 1945, II, 107-108.

²⁸ Góngora, *El Estado Indiano*, 263.

²⁹ *Cedulario Indiano*, IV, 262.

³⁰ *Idem*, IV, 262-263.

Esta decisión, pues, seguía la línea más restringida iniciada el año anterior, acentuada en esta ocasión por estar en juego una materia tan delicada, como el buen tratamiento del indigena, que ofrecía en la práctica tantas dificultades. Este mismo criterio se advierte en la real provisión de 21 de marzo de 1551, dirigida al gobernador de Tierra Firme, sobre libertad de los indios y su reducción a pueblos. Luego de dictar las disposiciones pertinentes a esta materia, el mandato real agregaba: "... lo cual así haced y cumplid *sin embargo de cualquier apelación o suplicación que de esta nuestra carta se interponga...*"³¹

Así como la Corona cuidaba de cortar los excesos que pudieran desnaturalizar el recurso, también atendía a que, por el contrario, la suplicación no se viera obstaculizada por sus propios ministros. Una real cédula de 30 de marzo de 1557 recogía la queja de los vecinos de Santo Domingo, en el sentido de que la Audiencia no les admitía suplicaciones. Aquellos pedían que se les concediera el derecho de que "cuando mandaremos dar algunas provisiones en perjuicio de la dicha Isla, o de algunos de sus vecinos particulares de ella se pudiese suplicar de ellas, conforme a lo dispuesto por las leyes de nuestros Reynos". La cédula, luego de recoger la queja en los términos indicados, mandaba a la Audiencia que conforme al caso "hagais justicia cerca de lo susodicho".³² Aún cuando la disposición final pudiera parecer algo equívoca, sin embargo, no resulta aventurado considerarla como una reafirmación del derecho de suplicar.

De esta manera llegamos a ver consolidado, ya a mediados del siglo XVI, y a través de las leyes, el régimen de la suplicación, transplantado desde Castilla, pero difundido y asimilado a la realidad indiana. Sobre la práctica del recurso en esta época hay interesantes testimonios.³³

La idea, desde entonces predominante, de aceptar la suplicación, pero sin obstar a la ejecución de la ley, sufrió alguna modificación con la real cédula de 3 de junio de 1620, dirigida a la Audiencia de Lima, en la que reapareció el "obedecer y no cumplir" originario. En efecto, el rey al contestar una consulta de dicha Audiencia, decía textualmente: "Siendo mulato como decis lo es Joan Ochoa a quien yo proveí por Portero de esa audiencia, y hijo de mulata, le quitareis el dicho oficio sin embargo de la cédula que tiene mía para servirle, y en todas las que se despachasen, en que interviniesen estos vicios de obrepción, o subrepción que son engaño, *obedecereis las tales cédulas, pero no las*

³¹ *Idem*, IV, 277-278.

³² *Idem*, II, 108-109.

³³ Véase Góngora, *El Estado Indiano*, 249-251.

ejecutareis, ni cumplireis, y luego me dareis cuenta de la causa por que los haceis, para que en todos casos y materias florezca la justicia y cumplimiento de las leyes."³⁴

Como se aprecia, por vez primera, se introducía en la legislación indiana, lo relativo a los vicios de obrepción y subrepción, y se disponía que, existiendo los mismos, las cédulas se obedecieran, pero no se cumplieran, dando inmediatamente al rey la causa de ello. ¿Era volver a un régimen de mayor amplitud en la materia? ¿Era que sólo se procedía así ante el evidente engaño padecido al proveer el oficio? ¿Era que se confiaba a la Audiencia hacer lo que no se hubiese otorgado a otra autoridad? No parece que conscientemente se buscara volver a un régimen de mayor libertad, ni que ésta decisión se adoptara por estar dirigida a la Audiencia, aunque ambas cosas, desde luego, no pueden descartarse de plano. Tal vez, lo más acertado sea suponer que, habiéndose padecido un evidente error, atribuido al engaño, en el sentido de designar a una persona inhábil para el cargo, el rey quería, con esta norma, prevenir otros errores de la misma índole. Se trataba pues, de una solución excepcional, para casos no corrientes y perfectamente determinados, y no significaba, a mi juicio, volver a caer en la posibilidad de propiciar un incumplimiento masivo de las leyes. No hay duda, sin embargo, que este caso particularísimo provocó el dictado de una norma general analógica, y desde este origen humildísimo se llegó a configurar una de las características de la figura jurídica que estudiamos.

La idea de que se trataba de una solución excepcional, y no de una nueva orientación, está presente, muy poco después, en la real cédula del 15 de junio de 1622 dirigida al Conde de Priego, Virrey de Nueva España, en la que con toda precisión, se enunciaba el principio del cumplimiento de las leyes. Dicho Virrey había expuesto hallarse con muchas cédulas que, al ofrecer diversos inconvenientes, sus antecesores no habían aplicado. Meticuloso en su mandato, solicitaba que mientras se conocían los motivos de su inejecución se sobreseyese en su cumplimiento, sin hacerle cargo de omisión en sus funciones. La respuesta real fue categóricamente negativa: "... porque no conviene hacerse esta novedad guardareis, cumplireis y ejecutareis las cédulas que están dadas aunque no hablen con vos y si la ejecución de alguna tuviere inconveniente después de haberla ejecutado avisareis del que fuese para que visto se provea lo que convenga".³⁵

³⁴ AGI, Lima 571 (lib. 18, fs. 280-288). Se recoge asimismo en *Provisiones reales para el gobierno de Indias* (Biblioteca Nacional de Madrid, Mss. 2989, pp. 1237-1238).

³⁵ AGI, México 1065 (lib. 7, fs. 28).

Algunos meses después una nueva real cédula, fechada en 17 de abril de 1623, le encargaba al Virrey Conde de Priego que tuviera buenas relaciones con los oidores y dejara a la Audiencia proceder en las cosas de justicia, conforme a derecho. Tanto por el estilo como por su contenido, el mandato real rezuma cierto disgusto acerca de su conducta y no dejaba de hacer una suave reprimenda a su *alter ego* mexicano. Luego de ello agregaba este párrafo, sustancioso para nuestro tema: "Y porque la ejecución y cumplimiento de mis órdenes y cédulas Reales es la parte principal para que se acierten los negocios y materias que comprenden, *las cumplireis y obedeceréis sin hacer novedad* y si acaso se ofreciese alguna cosa de consideración que por tenerla presente os parezca se debe alterar o mudar lo dispuesto por las dichas mis cédulas *sin sobreseer la ejecución* me avisareis de ello y las causas que os mueven para que se mude y altere lo acordado *dando ejemplo con la observancia y obediencia* la que generalmente deben tener todos los ministros en el ejercicio de sus oficios porque es menor inconveniente el que puede tener la dilación de esperar mi respuesta que dejar de obedecer lo que yo con tanto acuerdo tengo resuelto y mandado."³⁶

No parece existir contradicción alguna entre estas cédulas, expedidas con escasa diferencia de tiempo, y dirigidas a autoridades superiores de los dos distritos más importantes del Nuevo Mundo: la Audiencia de Lima y el Virrey de Nueva España. Si bien en una —la limeña de 1620— se consagraba el "obedecer y no cumplir", y en las otras "el obedecer y cumplir", las circunstancias que rodeaban a los casos que las habían originado eran bien distintas. En el primero se trataba, como vimos, de un error esencial, perfectamente determinado, que viciaba la provisión de un oficio. En el segundo, se pretendía obtener una licencia para el incumplimiento masivo de varias leyes, por inconvenientes no precisados aún. En el tercero, nos enfrentamos con un texto redactado con el fin de marcar la buena senda a un Virrey conflictivo. En el mismo no sólo se reafirmaba el principio de "obedecer y cumplir", sino que se lo fundaba en que las leyes se habían hecho "con tanto acuerdo" y en que los ministros en el ejercicio de sus oficios debían dar "ejemplo con observancia y obediencia". Es decir, argumentos de razón y autoridad.

La reacción de la Corona era —naturalmente tenía que ser así— distinta ante cada evento. Lo que preocupaba a una mentalidad casuística, como la que predominaba entonces, era dar la respuesta adecuada a cada caso, aun cuando se perdieran o diluyeran algunos prin-

³⁶ AGI, México 1065 (lib. 7, fs. 62-63).

cipios generales. De tal manera, utilizaba, como vemos, el "obedecer y cumplir" y el "obedecer y no cumplir" de acuerdo a las circunstancias que enfrentaban. Parece pues impropio intentar forzar estos textos, separados entre sí por apenas tres años, para tratar de establecer, en base a ellos, la ratificación o no de las líneas legislativas provenientes del siglo anterior.

Aun cuando sin aludir directamente al "obedecer y no cumplir", es también elocuente la real cédula de 12 de septiembre de 1622, dirigida a varias audiencias y gobernaciones del sur del continente. Informado el rey de que algunos mandatos no se ejecutaban, dispuso que se hiciera por cada una de esas autoridades una revisión de todos los despachos recibidos desde 1614, con una relación sumaria de su contenido, manifestándose "cuales son los que se han ejecutado y cuales han mostrado inconvenientes que hayan obligado a suspenderlos, y por qué causas, y lo que convendrá proveer acerca de ello". De tal manera, concluía, vista la materia por el Consejo y hecha la consulta "se determine lo que más conviniere..."³⁷ Como se advierte, la solución parecía menos estricta que la adoptada coetáneamente para México —en las cédulas de junio de 1622 y abril de 1623— pues al admitirse la posibilidad de que se hubiese suspendido la ejecución de algunas cédulas, se conformaba con ello, sin exigir su inmediato cumplimiento, aun cuando se reservara siempre la decisión final, una vez conocidas las causas que la había motivado.

El "obedecer y no cumplir" no quedaba sólo limitado a aquellas disposiciones que adolecieran de vicios intrínsecos, sino que comprendía a otras que carecieran de algunos requisitos formales. Así por real cédula de 17 de mayo de 1564, dirigida a las Audiencias de Lima y Charcas, se dispuso que "todas y cualquier cédula nuestra de licencia de armas que en esa tierra tuvieren cualquier persona o personas y por nos estuvieren dadas y se dieran de aquí adelante en cualquier manera, no estando señaladas de los del nuestro Consejo de las Indias no las cumplaís porque así conviene a nuestro servicio".³⁸

Este criterio se generalizó en el siglo siguiente, con dos nuevas reales cédulas. La de 15 de diciembre de 1614, remitida al Virrey de Nueva España, en la que se le decía que no debía cumplir "ninguna cédula ni despacho de otro que no fuese pasado por el de Indias";³⁹ y la de 23 de abril de 1626 al Virrey del Perú —enviada también a audiencias y gobernadores de la América del Sur— en la que man-

³⁷ AGI, Indiferente 429 (lib. 37, fs. 44v.-45). Fue recogida en *Provisiones reales*, fs. 1429-1430.

³⁸ *Cedulario Indiano*, II, 114v.-115.

³⁹ AGI, México 1065 (lib. 6, f. 113).

daba que no se cumpliera "ninguna cédula provisión ni otros despachos de ningún Tribunal ni Consejo sin estar pasado por mi real de las Indias y si algunas se hubieran hecho guardar y ejecutar las *hareis suspender* hasta tanto que me dais cuenta de las que son y yo mande lo que se hubiere de hacer de ellas".⁴⁰ El rigorismo de esta segunda cédula llegaba a disponer la suspensión, aun de aquellas que se hubiesen ejecutado.

También atendía a este género de vicios la real cédula de 22 de septiembre de 1627, dirigida en general a virreyes, presidentes y gobernadores y destinada a establecer los requisitos que debían contener los despachos reales de confirmación de oficios vendibles y renunciabiles. Disponía que en caso de carecer de ellos "como quiera que *han de obedecer el despacho* que se les presentare *han de suspender* como se lo mando *su cumplimiento* hasta darme aviso de lo que cerca del se les ofreciere para que habiendolo entendido mande proveer lo que fuere justicia..."⁴¹ Otra vez nos encontramos aquí con el "obedecer y no cumplir", consagrado, como el anterior, para materia muy circunscripta. Nuevamente quedaba en evidencia el casuismo que gobernaba la política legislativa de la Corona.

Cabe agregar que el régimen de la suplicación fue también aplicado, por disposición real, a aquellas bulas o breves pontificios que hubieran pasado directamente a las Indias, sin haber sido vistas por el Consejo. En tal caso se instruía a las audiencias, en 1563, para que "ante todas cosas *supliquen de ellas para ante Su Santidad*", no consientan su ejecución, y a la mayor brevedad las remitiesen al Consejo "con las *suplicaciones* que se hubiesen interpuesto cerca de ello".⁴²

El "obedecer y no cumplir", hasta ahora referido a las cédulas y cartas reales que llegaban al Nuevo Mundo, se extendió también a disposiciones dadas por las autoridades locales. Si la práctica nos ofrece, como veremos, abundantes ejemplos de ello, también la legislación peninsular y criolla se ocupó del asunto, aunque en forma muy

⁴⁰ AGI, Indiferente 429 (lib. 37, fs. 83-84). Al Virrey de Nueva España se le envió un texto igual en la real cédula de 12 de abril de 1626 (AGI, Indiferente 536, lib. 2, fs. 400v.-401).

⁴¹ AGI, Indiferente 429 (lib. 37, fs. 143).

⁴² *Cedulario Indiano*, II, 45. También real cédula de 21 de octubre de 1571 a la Audiencia de México (Idem, II, 44-45) y real cédula de 29 de mayo de 1581 a la misma (Idem, II, 46).

Las suplicaciones contra las Bulas del Papa se admitían en derecho, pero no contra las ejecutorias de pleitos litigados y fenecidos entre partes en la Curia Romana (Juan de Solórzano y Pereira, *Política Indiana*, Madrid, 1647, lib. IV, cap. XXV). Sobre la suplicación y el obedecer y no ejecutar de letras y Bulas Apostólicas, véase Pedro Joseph Parras, *Gobierno de los regulares de la América...*, Madrid, 1783, t. II, pp. 41-52.

aislada. Así encontramos, en el primer caso, una disposición real, en 1563, dirigida al gobernador de Tierra Firme, en la que le decía que los despachos del Virrey que no estuviesen refrendados por alguno de los escribanos de Cámara de la Audiencia de Lima "no los cumpla".⁴³ Y también una real cédula de 16 de enero de 1627, enviada a las audiencias de las jurisdicciones de Nueva España, en la que las instruía para que cuando los virreyes y presidentes quisiesen seguir adelante en las provisiones de oficios y mercedes de rentas a personas que no las merecían, en tal caso "les obedezcan y me den cuanta particular de ello en mi Consejo de las Indias para que visto en él provea del remedio que más convenga".⁴⁴

Esta misma idea es la que, indudablemente, inspiró la singular real provisión de la Audiencia de Charcas de 4 de abril de 1606. Al morir el Virrey del Perú, la Audiencia entendió que recaía en ella el gobierno interino de su distrito hasta tanto el rey proveyera otra cosa, por lo que entró en conflicto con la Audiencia limeña, que pretendía lo mismo. Fue, en tales circunstancias, cuando expidió la mencionada Provisión advirtiendo a los gobernadores, corregidores y cabildos del distrito que si recibiesen algunas providencias en materias de gobierno emanadas de la Audiencia de Lima "las obedezcan en la forma acostumbrada y sobre el cumplimiento las remitan a esta Audiencia para que en ella se provea y mande lo que convenga".⁴⁵

Como se aprecia, nos encontramos ante un numeroso conjunto de disposiciones dictadas desde los inicios de la colonización hasta mediados del siglo XVII que, teniendo por punto de referencia al caso planteado, no permiten deducir principios generales ciertos ni autorizan a hacer una sistematización general de los mismos. No obstante, evidencian la difusión alcanzada por la fórmula "obedecer y no cumplir", con sus variados matices, y el rango concedido al recurso de suplicación.

El ordenamiento en los "Sumarios" de Aguiar y Acuña y en la Recopilación de 1680

¿Cómo fue utilizado este conjunto de cédulas en los trabajos recopiladores del siglo XVII? Los autores, tanto de los *Sumarios* como de la Recopilación de 1680, aunque tal vez sólo conocieron parcialmente esas numerosas disposiciones, llevaron a cabo una inteligente tarea de ordenamiento y consolidación de las mismas. Los primeros, en forma

⁴³ *Cedulario Indiano*, II, 115.

⁴⁴ AGI, Indiferente 536 (lib. 2, fs. 424-425).

⁴⁵ AGI, Charcas 47.

más escueta, pero sin duda precursora, y la segunda, más amplia, siguiendo las huellas trazadas por la obra asignada a Aguiar y Acuña. A mi juicio, su resultado fue la afirmación del "obedecer y no cumplir" y del recurso de suplicación, pero no por un mero capricho, sino posiblemente aquilatando también el terreno de la praxis.

Ambos cuerpos representan pues una etapa fundamental en esta evolución legislativa, ya que, como es sabido, no sólo fijaron las normas, sino que al extraerlas de oscuros cedularios, dieron notoriedad a muchas de ellas, quitándoles el polvo del archivo. A su vez, al mantenerse sólo la parte dispositiva de aquellas y dejar de lado el primitivo destinatario, quedó olvidado el origen casuístico y el alcance local que habían tenido. Pero fue, sobre todo, la Recopilación quien estableció el marco legal que rigió nuestra materia hasta el fin del periodo hispánico, con muy pocas variantes.

Los *Sumarios* de Aguiar y Acuña, publicados en 1628,⁴⁶ incluyeron en el libro II, título I, cuatro leyes sobre la materia. Dos de ellas abordaban la cuestión sustancial. La 15 expresaba que "se ejecuten, y guarden en las Indias las cédulas, y provisiones reales, que se dieren, sin embargo de suplicación: y si tuvieren inconveniente, se avise al Rey, después de ejecutadas; no siendo el daño irreparable, o escandaloso". A su vez, la ley 30 disponía que "las cédulas que constare, que hubo obrepción, o subrepción, sean obedecidas y no cumplidas". Como las fuentes citadas y el texto en sí pararían a la Recopilación, formando las Leyes 22 y 24 del libro II, título I, es conveniente dejar para entonces su análisis, señalando sólo por ahora el claro precedente que significaron.

Las otras dos leyes de la obra de Aguiar —las 28 y 29— se referían a la necesaria intervención del Consejo de Indias mediante la firma o el pase en todas las provisiones, cédulas o cualquier otro despacho a ejecutarse en las Indias. En caso de faltar este requisito, no debían cumplirse. También en la materia recogió la Recopilación estas normas, aunque no las siguió con la misma fidelidad que en el caso anterior.

Los autores de la Recopilación reunieron el conjunto de cédulas estudiado, reduciéndolas a siete leyes, seis de las cuales fueron ubicadas en el título I del libro II, que trata precisamente de las leyes en general. En cuatro de aquéllas lucía expresamente el principio de "obedecer y no cumplir", o al menos de no cumplimiento; en otra se complementaba o matizaba con alguna condición; y en la restante, si bien

⁴⁶ *Sumarios de la Recopilación General de las Leyes, Ordenanzas, Provisiones, Cédulas...* por el licenciado don Rodrigo de Aguiar y Acuña. Madrid, 1628.

se sustentaba el criterio opuesto, no debe olvidarse que se trataba de la relativa a las disposiciones dadas en favor de los indígenas. De tal manera, en la Recopilación renació aquel principio que, habiendo alcanzado auge inicial, tuvo que ser limitado ante los abusos que se habían producido. Veamos sucintamente cómo se presentaron estas leyes ya recopiladas.

La ley 22 recogía, generalizada, la parte dispositiva final de la real cédula de 1620: "Los Ministros y Jueces *obedezcan y no cumplan* nuestras Cédulas y Despachos, en que intervinieron los vicios de obrepción y subrepción, y en la primera ocasión nos avisen de la causa por que no lo hicieren." Fundándose en esta cédula —que como se recordará tenía un origen muy particular— la Recopilación daba una acogida amplia al "obedecer y no cumplir", ubicándolo a la cabeza del régimen que adoptaba en esta materia. Si bien aquella cédula no era, acaso, la más representativa de aquel criterio, ni la que pudiese expresar mejor el carácter de la legislación dada sobre la materia, lo cierto es que la adopción del texto resultaba adecuado para definir un sistema que la realidad indiana había asimilado y contribuido a desarrollar.

La ley 24, a su vez, recogía a la letra, con algunas pocas modificaciones de estilo, la parte dispositiva de la cédula de 5 de junio de 1528, de aquella recordada disposición que había reaccionado en su tiempo contra el "obedecer y no cumplir" de principios del siglo XVI y prefirió establecer el "obedecer y cumplir", aunque admitiendo la suspensión de la ejecución cuando se pudiera ocasionar "escándalo conocido o daño irreparable".

Otra cédula que menciona esta ley es, sin duda, la del 15 de junio de 1622 y no la del 5 del mismo mes y año, como se lee en todas las ediciones de la Recopilación. Me atrevo a afirmarlo así, no sólo porque no he encontrado ninguna cédula de esa última fecha referente a nuestra materia,⁴⁷ sino, sobre todo, porque la ley análoga de los *Sumarios* (lib. II, tit. I, ley 15), que ha servido de guía al recopilador, menciona precisamente aquélla del día 15. De ser pues ésta, sólo cabe recordar que, como hemos visto, también se hallaba en la línea del "obedecer y cumplir".

¿Estaban acaso en pugna las leyes 22 y 24? Consideradas desde el punto de vista histórico, es evidente que responden a épocas y circunstancias distintas. Lo mismo habría que decir con respecto a la autoridad a la que iban dirigidas. Pero incorporadas esas cédulas a la

⁴⁷ He revisado, sin éxito, en el AGI los distintos cedularios generales y los correspondientes a México y Perú.

Recopilación, se borraban esas diferencias de origen y ambos preceptos alcanzaban el mismo pie de igualdad, fuerza y generalidad.

La lectura de estas leyes recopiladas, dejando a un lado sus orígenes, nos permite apreciar que partían de criterios opuestos: la 22, del "obedecer y no cumplir" cuando hubiera vicios de obrepción y subrepción; y la 24, del "obedecer y cumplir", salvo cuando de su ejecución se siguiera "escándalo conocido o daño irreparable". Ello no implicaba necesariamente que fueran textos contradictorios, sino más bien respondían a puntos de vista distintos, que podían conciliarse, mucho más adentro de un ordenamiento jurídico naturalmente más inclinado hacia la tónica que hacia el sistema, y preocupado por brindar las más variadas soluciones que resolvieran los casos concretos antes que construir una clara e inequívoca estructura normativa. Tal vez, la mejor prueba de que el recopilador obró adecuadamente en esto es que no hayamos encontrado, en la práctica, oportunidad alguna en que estas leyes hayan sido puestas en pugna.

A su vez, las leyes 23, 39 y 40 del mismo título I, recogiendo las cédulas pertinentes, se ocupaban de establecer que las cédulas, provisiones y despachos —y las pragmáticas castellanas, agregaba la 40— que se ejecutasen en las Indias debían llevar el pase del Consejo de Indias. De carecer del mismo, disponían expresamente las leyes 23 y 39 que aquellas fuesen obedecidas y no cumplidas. Esta fórmula no aparecía, sin embargo, de manera tan expresa en las cédulas que les servían de fuente e, incluso, no se mencionaba en la del 20 de noviembre de 1645,⁴⁸ lo que evidencia, una vez más, el interés del recopilador por perfilar claramente esta figura jurídica.

La ley 5, siempre del mismo título, recogía las disposiciones de 4 de diciembre de 1528 y 24 de agosto de 1529 bajo el siguiente enunciado: "Que las leyes que fuesen en favor de los indios *se ejecuten sin embargo de suplicación*". Luego de señalar el propósito de atender a la conservación y acrecentamiento de las Indias, y a la conservación y buen tratamiento de los naturales, expresaba que se había dispuesto reunir en la Recopilación "todo lo que está ordenado y dispuesto en favor de los Indios", añadiendo a ello lo que ha parecido necesario y conveniente. Se remarcaba que era voluntad real que todo ello se guardase inviolablemente y "particularmente las leyes que fuesen en favor de los Indios", por lo que mandaba a todos los miembros que "las guardan y cumplan, y hagan guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo, *sin embargo de apelación o suplicación*..."^{48 bis}

⁴⁸ AGI, Lima 572 (lib. 22, fs. 329).

^{48 bis} Una aplicación de este principio en el Río de la Plata véase en un dicta-

Ya en otro lugar de la Recopilación —libro III, título II, ley 9— se incluía un ajustado extracto de la cédula de 1627, instruyendo a las audiencias sobre la conducta a seguir acerca de ciertas provisiones de oficios y mercedes que hicieron desarregladamente los virreyes y presidentes.

Por último, se pueden apreciar otras aplicaciones del principio "obedecer y no cumplir" en las leyes 20 y 24 del título XIV del libro IX. La primera lo extendía a cualquier disposición que pretendiera quitar de la Casa de Contratación la guarda de los bienes de difuntos. La segunda debía aplicarse a cualquier licencia de vecinos canarios que quisieran pasar a las Indias, no constando en las mismas que el mencionado individuo era originario de dichas islas.

En conclusión, la Recopilación, al cristalizar las leyes anteriores y ofrecer una selecta muestra del intenso movimiento legislativo registrado en nuestra materia, produjo una fijación favorable a la vigencia de la fórmula "obedecer y no cumplir", aunque sin dejar de incorporar algunas cédulas de la corriente contraria, y sin desmerecer en ningún caso el recurso de suplicación.

Los nuevos presupuestos del siglo XVIII

Durante el siglo XVIII el movimiento legislativo sobre la materia fue escaso y poco sustancial. La más importante norma la constituyó la real cédula de 13 de noviembre de 1717, que modificó lo dispuesto por la ley 23 del tit. I, lib. II de la Recopilación, pero sólo a fin de adecuar el régimen del pase del Consejo a las nuevas estructuras de la organización política de la Monarquía. A su vez, las reales cédulas de 25 de agosto de 1751 y 6 de febrero de 1770 reiteraron preceptos ya conocidos acerca de la materia.⁴⁹ Esta apreciable inmovi-

men del fiscal Villota en 1800 (Abelardo Levaggi, *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires*, Manuel Genaro de Villota, Buenos Aires, 1981, p. 98).

⁴⁹ El texto de la cédula de 1717 en *Cedulario americano del siglo XVIII*. Edición, estudio y comentarios por Antonio Muro Orejón. Sevilla, 1969, t. II, pp. 520-522. Véase Manuel Josef de Ayala, *Notas a la Recopilación de Indias*. Transcripción de Juan Manzano. Madrid, 1946, t. II, p. 18. Asimismo, el comentarista Lebrón (Ver Concepción García-Gallo, José Lebrón y Cuervo, *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, Estudio, edición e índices en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1970, t. XL, p. 410).

Las cédulas de 1751 y 1770 en Juan Joseph Matraya y Ricci, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales* (1819). Re-edición facsimilar por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1978, Nº 665 y 925.

Por reales cédulas de 5 de abril de 1694 y 28 de octubre de 1713 se había reiterado la exigencia del pase del Consejo para todos los despachos a cumplirse en

lidad legislativa se debe, sin duda, a que la Recopilación había, muy poco antes, consolidado este régimen, y no se percibían fuertes estímulos para modificarlo.

En realidad, los nuevos vientos que soplaban, con más intensidad en la segunda mitad de la centuria, no eran propicios a figuras y recursos como los que venimos estudiando, que estaban sustentados, como veremos, en principios que empezaron a revisarse resueltamente. Las nuevas concepciones —sobre todo la exaltación del poder regio en detrimento del que correspondía a los reinos y pueblos, y el papel absoluto que se le atribuía a la ley emanada del príncipe —dejaron bien pronto sus huellas en el lenguaje y estilo de los escritos. Bajo esta nueva mentalidad, la figura del "obedecer y no cumplir" y el recurso de suplicación fueron presentando cierta incompatibilidad con la obediencia a la autoridad que se predicaba por todas partes. El cambio fue sutil, pero aparece reveladoramente en algunos testimonios. Veamos.

Ya en la segunda mitad del siglo XVII es posible hallar alguna temprana muestra de la nueva orientación. En 1667, al tratar de exaltar las buenas aptitudes y méritos de los criollos, Pedro Bolívar y de la Redonda decía que "obsequiosos con prontitud obedecen" las cédulas y mandatos reales que llegaban a América, donde "no se ha dejado de poner en ejecución imposición alguna, que se haya mandado, *sin abrir, ni aun mover los labios a suplica*".⁵⁰ Sin duda, esta expresión pecaba de inexactitud, pero lo que ahora interesa puntualizar es que había sido estampada en un alegato en que se trataba de presentar a los criollos como los mejores vasallos del rey. Ello significa que, ya por entonces, se considerara que la mejor manera de servir al Príncipe era obedecer con prontitud sus mandatos, sin suplicarlos. Constituye pues un síntoma de la trastocación de los valores.

Es al promediar el siglo XVIII cuando se percibe, ya en forma más decidida, la nueva orientación, en consonancia con las doctrinas que si no atacaban directamente al recurso, al menos trataban de socavarlo sutilmente.

Un buen ejemplo de ello lo ofrece el informe que en 1743 elevaba

las Indias (Muro, *Cedulario*, cit., I, p. 526 y II, p. 387). Otra real cédula de 26 de noviembre de 1719 volvía sobre la cuestión, esta vez disponiendo que "no se dé cumplimiento a despacho alguno, que no vaya sobrecartado por el Consejo, o dirigido por la vía reservada..." (Matraya, *Catálogo*, cit., Nº 445).

⁵⁰ Pedro Bolívar y de la Redonda, *Memorial, informe y discurso legal, histórico y político al Rey Nuestro Señor en su Real Consejo de Cámara de las Indias, a favor de los Españoles, que en ellas nacen, estudian y sirven, para que sean preferidas en todas las provisiones eclesiásticas y seculares, que para aquellas partes se hicieren*. Madrid, 1667.

el Cabildo de Buenos Aires al rey con relación a los perjuicios que irrogaba a esa jurisdicción la concesión de licencias reales para llevar cueros y sebos a Europa, de modo franco y libre, sin intervención suya ni del gobernador. En base a ello, pedía el Cabildo que por esta "reverente súplica" se le concediese la *gracia* de denegar totalmente esas licencias y que además S.M. se diera por bien servido cuando el ayuntamiento "replique y suplique" de otras licencias otorgadas. Pero si el lenguaje empleado era ya elocuente, donde más se patentiza la nueva mentalidad es cuando, en vez de aferrarse a la sólida doctrina que amparaba el derecho a la suplicación, prefería, a modo de fundamento, recurrir al decreto real de 10 de febrero de 1715 dirigido al Consejo de Indias. En esta disposición, el rey exhortaba al cuerpo a replicarle con entera libertad aquellas resoluciones que estimase inconvenientes. De ahí deducía nuestro Cabildo que, siguiendo las mismas aguas, no podría ser considerado como inobediencia a los reales mandados.⁵¹

Detengámonos por unos momentos para advertir cómo un estilo genúflexo iba irrumpiendo en las actas y escritos en que aparecía articulada la figura jurídica estudiada. Veamos así lo que se asentaba en un acta capitular de 1745, en Santiago del Estero, al momento de suplicarse una real provisión de la Audiencia de Charcas: "Acordamos unánimes y conformes se represente con *la veneración debida* a su Alteza las patentes propuestas razones para que a vista de ellas se *digne mandar lo que fuere de su beneplácito*, cuya determinación espera este Cabildo para *su pronto rendido obediencia*..." O lo que se registraba en el Cabildo de Buenos Aires, un cuarto de siglo después, al suplicar el ayuntamiento una cédula con un supuesto vicio de obrepción. Los capitulares sintieron entonces la necesidad de aclarar que la decisión adoptada era "en servicio del Rey; sin que se entienda ser el ánimo de este ilustre cuerpo no obedecer el mandato superior del señor D. Francisco Bucareli, que suscribe a continuación de dicho Real despacho, hallándose de Gobernador y Capitán General de esta Provincia porque *este Ayuntamiento siempre se ha manifestado muy pronto con su obediencia a la ejecución de los Superiores mandatos*..."⁵²

Otra vez, en 1804, el Cabildo porteño exponía las vacilaciones que le acometían cuando debía optar entre "su lealtad y *la ciega obediencia que manifestó siempre a las reales órdenes y rescriptos de V.M.*"

⁵¹ Buenos Aires, 8 de noviembre de 1743 (Copia en A.G.N., IX, 19.2.2, fs. 245-247).

⁵² Academia Nacional de la Historia, *Actas capitulares de Santiago del Estero*. Buenos Aires, 1941, t. I, pp. 472-473, *Acuerdos Buenos Aires*, 3a., IV, 208-209.

y los "innumerables daños y perjuicios" que ocasionaba la ejecución del despacho suplicado.⁵³ Esta disyuntiva de los hombres de la última época del periodo hispánico no había sido tal para los de anteriores centurias, pues éstos no habían advertido antagonismo alguno entre los dos extremos propuestos en esta duda.

No deja de ser ilustrativo, por último, lo ocurrido en 1810, en el Cabildo de Tucumán, cuando un regidor se encontró en dificultades para llevar adelante su suplicación contra una resolución del gobernador. El primer obstáculo lo halló en otro regidor, quien se opuso a que se le entregasen los testimonios que había solicitado para entablar la pertinente acción, dando como razón de que "se debe obedecer al inmediato Jefe...". No obstante, aquel pudo hacer prevalecer su argumento en el sentido de que el ejercicio de este derecho en nada se oponía a "*la ciega subordinación, obediencia y respeto* que el señor Regidor suplicante sabe rendir al Jefe inmediato y demás superiores de cuyas resoluciones y sentencias se apela y suplica sin causar agravios ni deshonor al Juez a *quo* por que así lo prescriben las leyes". Los alcaldes apoyaron su petición, en cuanto a la expedición de los testimonios reclamados, pero agregaron que "para que *no resulte un átomo de desobediencia* que se cumpla y guarde lo declarado por el Señor Gobernador Intendente de la Provincia entre tanto las resultas de la súplica". El regidor suplicante, al fin, no tuvo más remedio con transar con esta exigencia y así respondió que "interpuesta y admitida la súplica debe suspenderse toda ejecución, pero que sin embargo *se conforma a fin de que no se le atribuya el menor desobediencia*".⁵⁴

Antes que una vana cuestión de palabras o actitudes cortesas, este vocabulario refleja un modo de pensar y sentir que nos indica una evidente declinación del recurso en sus propios fundamentos.

El uso de algunas expresiones, como "esta reverente súplica" u otras análogas, también aparecía en representaciones que tenían un carácter bien distinto, como la que el Consulado de Buenos Aires elevó al Rey en 1796, a propósito de una real orden de 5 de agosto de ese año. Esta resolución no satisfacía en todos los puntos los deseos del Consulado, por lo que se resolvió efectuar la pertinente suplicación. La larga nota, escrita en esta ocasión, contenía dos párrafos que vale

⁵³ Archivo General de la Nación, Buenos Aires —en adelante AGN—, Archivo del Cabildo, 1804 (IX.19.5.3, fs. 169-170).

⁵⁴ Universidad Nacional de Tucumán, *Documentos coloniales. Actas capitulares de San Miguel de Tucumán*, Tucumán, 1946, I, 27-28.

la pena transcribir porque reflejan como aún imperaban los principios clásicos acerca del recurso, ya en las postrimerías de la centuria.

Señalaba en tal sentido: "La Junta no se tomaría la confianza de dirigirlo a V.M. si las leyes no la autorizaran en términos tan expresos, para representar, después de obedecidos los Reales Rescriptos los inconvenientes que su ejecución puede preparar al bien general de los vasallos: Porque siendo éste el único objeto, a que se terminan, la voluntad del Soberano suspende su efectivo cumplimiento, hasta que combinados los motivos, que se tuvieron presentes para expedirse con las circunstancias locales, y nuevos fundamentos, que se representan, recaiga, después de un examen completamente instruido la resolución final, que debe observarse en lo sucesivo".

El Consulado agregaba: "Convencida la Junta por este principio fundamental tan repetido en la sabia legislación de estos Dominios, y aun mucho más del Paternal Amor, con que V. M. propende a la mayor felicidad de sus Pueblos, ha creído muy propicio de su obligación hacer presentes a V.M. los inconvenientes, que se seguirían al Comercio, si se llevase a efecto el citado Real Orden, y las fundadas razones que tuvo, así en el señalamiento de sueldos, como en los diversos puntos que comprende la referida Propuesta de 29 de octubre de 95."

El recurso obtuvo un éxito parcial en el Ministerio, concediéndosele al Consulado algunas de las mejores peticionadas, pero la nueva real orden de 10 de abril de 1798, le prevenía que "no debió suspender con ningún pretexto *el cumplimiento* de la citada Real Orden..."⁵⁵

Pese a todos estos contratiempos, la figura del "obedecer y no cumplir" persistió hasta el final de la época hispánica, advirtiéndose sus huellas aún después de 1810. Así, por ejemplo, Manuel Belgrano decía en 1811, al recibir una comunicación de la Junta de Buenos Aires ordenándole dejar el mando del ejército patriota, que había tenido "impulsos de *obedecer y no cumplir*" dicha orden; y en 1815, el general San Martín justificaba la resistencia del Cabildo de Mendoza ante la designación de su sucesor, recordando que "con arreglo a las despóticas leyes españolas, aun las reales órdenes podían suspenderse siempre que de su cumplimiento resultase escándalo, como sucedía en el caso en cuestión".⁵⁶ En fin, algo más lejos, en Nueva Granada, se interpretaba en 1818 una real orden, recordando el principio de que

⁵⁵ AGI, Buenos Aires 586.

⁵⁶ Sobre estos episodios, véase, respectivamente, Museo Mitre, *Documentos del Archivo de Belgrano*, Buenos Aires, 1914, t. III, p. 362; y Bartolomé Mitre, *Historia de San Martín y de la emancipación sud-americana*, Buenos Aires, 1890, t. I, p. 436.

"las disposiciones reales en casos semejantes al presente, *han de obedecerse pero no ejecutarse*..."⁵⁷

Bajo el nuevo régimen de gobierno, representativo y republicano, que se instauró en los Estados que se fueron formando a partir 1810, desprendiéndose de la Monarquía, la antigua figura del "obedecer y no cumplir" y el recurso de suplicación perdieron rápidamente su razón de ser.

III. LOS FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS

La suplicación de las leyes encontraba sus fundamentos doctrinarios tanto en la autoridad del derecho común como en la razón expuesta por teólogos, moralistas, políticos y juristas. Aparecía enraizada con las calidades exigidas a la ley para que tuviera valor y con la concepción que hacía compartir la potestad legislativa entre el rey y el pueblo. Así la suplicación gozó de sólida base doctrinaria hasta el siglo XVII. Aun cuando no aparecieron francos impugnadores, se percibe desde mediados del siglo XVIII una actitud crítica, manifestada especialmente en cuestiones conexas con nuestro tema, como la autoridad absoluta del rey, el estricto cumplimiento de la ley, la falta de potestad legislativa en el pueblo, etcétera. Todo esto infuyó ciertamente desde el punto de vista teórico, aunque la nueva concepción no llegó a obrar por entonces sobre la realidad de manera muy perceptible.

Pese a la fuerte base doctrinaria —que convergía desde distintos campos— no es dable encontrar en la literatura jurídica de época una fundamentación teórica sobre la suplicación, no sólo por la falta de un tratado especial sobre la materia, sino también por el carácter asistemático que en general aquella tenía, más interesada en ofrecer reglas para la reflexión y decisión del caso, que en presentar esquemas totalizadores y comprensivos, más aptos para la tarea expositiva que para suscitar la creación jurídica. A ello se unió la circunstancia de que ningún autor con inclinaciones sistemáticas —en todas las épocas los hubo— llegase a abordar la cuestión.

De ahí que sólo es posible extraer fragmentariamente las opiniones de los autores, expuestas a veces al tratar de otras cuestiones jurídicas. Ellas no ofrecen, pues, el grado de plenitud apetecido ni responden a todos los interrogantes que hoy nos formulamos acerca del tema, ni realizan todas las distinciones que un jurista, con mentalidad

⁵⁷ José María Ots Capdequí, *Las instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la independencia*, Madrid, 1958, p. 31.

racionalista, hubiera efectuado. Se explicará así cierta obligada desconexión, que es necesario aceptar en este punto para no incurrir en una forzada y ahistórica sistematización.

Era doctrina antigua, consolidada en el orden jurídico bajomedieval, que las leyes —empleado el vocablo en sentido genérico— debían reunir determinados requisitos para que tuvieran fuerza de obligar. Ya San Isidoro había dicho que la ley debía ser honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres del país, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, manifiesta, clara y dada en utilidad común de los ciudadanos.⁵⁸ Y Santo Tomás de Aquino enunciaba el principio según el cual “en caso de ser perjudicial al bien común la estricta y literal observancia de la ley no debe ésta observarse, y si la urgencia de las circunstancias no permite recurso al superior, la misma perentoriedad de obrar lleva aneja la dispensa o interpretación de la ley”.⁵⁹ Estas ideas, desarrolladas por los teólogos y juristas, y admitidas por los legisladores, llevaron a la formación de una sólida doctrina, paralelamente avalada por su aceptación en los cuerpos castellanos.

Las leyes, pues, que carecían de las calidades requeridas no tenían fuerza para ejecutarse y cabía entablar contra ellas la suplicación ante el legislador. Estaban llamados a ejercer esta acción tanto los ministros encargados de su ejecución, como los súbditos, directamente afectados por la norma en cuestión. Este verdadero derecho lo era tanto por el ejercicio de una potestad legislativa compartida, como por un imperativo de conciencia, y hasta por una obligación legal que el propio rey les imponía, según hemos visto.

Este recurso quedó reducido, ya en la elaboración legislativa en Castilla e Indias, a todo tipo de mandato gubernativo que no alcanzase la categoría de leyes propiamente dichas, las que por ser promulgadas en Cortes contenían ya el consentimiento del reino y no podían ser revisadas por medio de este recurso. El mismo concepto se hacía extensivo a las pragmáticas, dado el carácter que investían, aunque en este caso estamos en presencia de un acto de autoridad del rey y no de consentimiento del reino. No en balde ellas simbolizan, en el terreno legislativo, el avance hacia el absolutismo.

De todas maneras, aun con estas excepciones, el campo de aplicación de la suplicación fue amplísimo, sobre todo en Indias donde, hasta

⁵⁸ San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, lib. V, ca. XXI (ed. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1951, p. 115).

⁵⁹ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2a. parte, secc. 1a, cuestión 96, art. 6. El texto castellano según edición Madrid, 1881, t. II, p. 641.

la Recopilación, hubo muy pocas leyes y pragmáticas, siendo los despachos o mandamientos ordinarios el tipo más frecuente de legislación.

La exposición de Castillo de Bovadilla

El importante conjunto de leyes castellanas e indianas sobre la materia no fue acompañado con un desarrollo análogo de la literatura jurídica, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. La obra que, tal vez, debe centrar nuestra atención es la *Política de Corregidores y señores de vasallos* de Jerónimo Castillo de Bovadilla, ya que publicada por primera vez en 1547, fue reeditada varias veces a lo largo de los siglos siguientes y gozó en Indias de una difusión y autoridad sólo comparable a la *Política Indiana* de Solórzano.

Castillo de Bovadilla dedicaba al tema pocas pero sustanciosas páginas dentro del capítulo X, libro II, bajo el expreso título “De la obediencia y cumplimiento de los mandatos reales”. Puntualizaba, en primer lugar, que el corregidor —a quien iba dirigido el libro— debía observar y cumplir las cédulas, cartas y provisiones reales que recibiese, aun cuando fuesen contra la utilidad pública y contra la justicia civil “pues no hay cosa más peligrosa ni de mayor daño, que la desobediencia y desprecio del súbdito para con su Príncipe”. Agregaba que “la inobediencia a los Reyes es crimen gravísimo, que las leyes y los autores llaman de sacrilegio”. De tal manera, advertía al corregidor que fuera “muy obediente a las Provisiones y Mandatos Reales, sin aguardar segunda, tercera, ni cuarta carta o jución...”, y que a su vez dirigiera a los súbditos por la misma senda de la obediencia.

Este principio quedaba empero limitado en los casos que el rey mandase alguna cosa contra la conciencia, la Fe o la iglesia, la ley natural, “notorias leyes”, Derecho y Fueros. También extendía la limitación a aquellos mandatos reales que carecieran de causa y fundamento; y aquellas órdenes del rey, dadas por algún enojo, sevicia o pasión, en las que sin orden e inadvertidamente mandase quitar la vida a alguno.

Luego de enunciar estas “limitaciones” al principio general, Bovadilla afirmaba que “en Derecho hay muchos casos, en los cuales se ha de sobreeser la ejecución de la sentencia, o Provisión, o Cédula, o mandato Real, y del Pontífice”, Agregaba que “en estos casos, y en otros, donde le constara al Corregidor de la injusticia, o falsedad, o contradicción de los mandatos, Cédulas y Provisiones Reales, quieren las leyes civiles, y reales, y los sacros cánones, que los jueces supliquen de ellas, e informen al Rey, y a su Consejo, o Tribunales donde

emanaron, de lo que convenga, para que mejor informados provean recta e irreprochable justicia, y aguarden segunda jución; pues es cosa cierta que la verdad controvertida, y de una y otra parte examinada resplandece más". Finalmente, decía que "no se dice contravenir a los mandatos reales, o pontificiales, el que por honra, o utilidad del Príncipe, o de la República, o de la justicia de las partes, deja de cumplirlos, ni el que los cumple en otra forma de como se le manda".⁶⁰

Como vemos, la exposición de Castillo de Bovadilla empezaba encareciendo el observar y cumplir las leyes, considerando crimen gravísimo su omisión. Luego limitaba el principio absoluto con seis razones graves, para finalmente abandonar el estrecho criterio inicial de dar, por vía de analogías, amplio cauce a la posibilidad de suplicar y sobreseer en la ejecución de los mandatos reales. Esta exposición, algo descuidada en la terminología utilizada, debe ser comprendida dentro de un modo de razonar de la tópica y no del sistema jurídico. De ahí que no se aportase reglas o ideas, cuya aplicación analógica podía hacerse sin ninguna dificultad, tanto en lo que respecta al estricto cumplimiento de las leyes —desarrollada en la primera parte— como la posibilidad de incumplimiento, a través de las múltiples causas señaladas en la segunda parte, según fuera la conveniencia de decidir recatemente el caso planteado.

La literatura jurídica del siglo XVII

Gaspar de Escalona y Agüero aborda el tema al ocuparse de las atribuciones del virrey para determinar la ejecución o no de ciertas normas. Sostenía que el virrey era "ejecutor mixto" aquellos negocios que no se hubieran ventilado ni sustanciado en el Consejo, por lo que tenía facultad de inquirir los fraudes y vicios que contuviera, y en su caso suspender el cumplimiento. Apoyaba su afirmación en diversas autoridades y en las reales cédulas de 3 de junio y 22 de septiembre de 1627. Escalona decía que la razón de ello estribaba en que "no es bien que prevalezca el engaño ni se sustente el beneficio en favor del doloso y malicioso impenetrante que adulteró la verdad o la disimuló a su Príncipe o señor natural, ni por ello goce el beneficio o lleve premio, antes castigo". En tales casos, "es necesario sobreseer, dar aviso al Príncipe, y esperar su jución segunda".⁶¹

El jurista limeño extendía esta facultad virreinal de suspender el

⁶⁰ He utilizado la edición de Madrid, 1775, pp. 383-388.

⁶¹ Gaspar de Escalona y Agüero, *Tratado de las Apelaciones del gobierno del Perú en Revista del Archivo Nacional del Perú*, t. II, entrega I, Lima, 1921, pp. 99-102.

cumplimiento dando los motivos de ello, a la ejecución de cédulas y despachos en los que el rey solicitaba arbitrios para socorrer sus necesidades, siempre que ello pudiera ocasionar inconveniente o daño considerable. Citaba en su apoyo una real cédula de 10. de noviembre de 1591 dirigida al Virrey del Perú.

También Solórzano y Periera en su *Política Indiana* (1647), trataba el asunto al ocuparse de estos altos magistrados. Luego de señalar el amplio poder de que disponían, decía que con todo "deben siempre reconocer que es sobre la ayuda la del Rey que los envió, y a quien representan, y que entonces la harán mayor, cuando más sujetos se mostrasen a sus órdenes y mandatos y más se ajustaren al cumplimiento de sus leyes".

Después de sentar esta regla general, continuaba: "Lo más que conforme a Derecho pueden hacer, es *suspender la ejecución y cumplimiento de estas órdenes, o de otras nuevas, y extraordinarias juciones que se les enviaren*, y replicar una vez, y otra, si de verdad entendiesen que de tratar de ejecutarlas, puede resultar algún grave inconveniente en daño de la República, y del mismo Rey que se las envía, o si notoriamente echaren de ver que son injustas, o sacadas, mas que impenetradas, por falsas relaciones, o sugerencias, porque en tales casos, no incurren en crimen, ni aún en nota de inobediencia, antes son vistos ajustarse a la voluntad real, que siempre se presume ser, de que sólo se obre y haga lo que convenga, como elegantemente lo enseña Casiodoro en una de sus Varias, dando licencia para semejantes contradicciones, cuando son a fin de que se haga lo que se debe de razón y justicia; y muchos textos y autores, que largamente discurren sobre este punto, y permiten que puedan replicar los inferiores, y más cuando son de tan gran puesto como Virreyes, hasta que se les parezca, que han sido bien entendidos".

Pero finalmente, después de consagrar esta excepción, Solórzano volvía por la senda inicial, al señalar que "lo más seguro" era obedecer y ejecutar los mandatos del Príncipe.⁶²

En diversos pasajes de la *Política Indiana*, Solórzano aludía a este recurso. Así afirmaba que los virreyes y gobernadores no debían cumplir las cédulas exhortativas o de recomendación para proveer encomiendas cuando adolecieran de vicios de obrepción, y subrepción, dando cuenta de ello al rey. Pero aún más "debía ser oído cualquiera del pueblo" que se opusiera a su cumplimiento alegando existir otros que tengan más derecho y razón para obtener la remuneración. En cam-

⁶² Juan de Solórzano y Periera, *Política Indiana*, libro V, cap. XIII, N° 31-32 (ed. Madrid, 1776).

bio, se debía obedecer y cumplir cuando dependiendo la materia de la voluntad real, como era el caso de la concesión de encomiendas, aquella estuviera explícitamente determinada.^{62 bis}

Dentro de la misma corriente, otro de los difundidos autores del XVII, Alonso de Villadiego resumía la cuestión sosteniendo que aunque "la obediencia ha de ser tan grande a los mandatos del Rey, y de sus Consejos", con todo "hay cosas en que el juez debe suspender la ejecución de ellos, como si fuesen contra la ley de Dios, o natural, o contra la Fe, o contra conciencia, o si fuese contra leyes, o derecho expreso, y fueros". Agregaba que eran las mismas leyes quienes disponían que "las tales no valgan, y que sean obedecidas, y no cumplidas", esperándose el segundo mandato.⁶³

El tema también interesaba a los autores de obras destinadas a iluminar las conciencias de príncipes y ministros, los que apoyados en la Teología, la Moral, y sin prescindir de la Política, ofrecían sus puntos de vista. Una de las más conocidas, *El gobernador cristiano* de Fray Juan Márquez, sostenía en 1612 que "las voluntades de los reyes han de ser puestas en razón, y no se ha de presumir que se fundan en el antojo, sino en cierta persuasión de que lo que ordenan conviene al bien público". De tal modo, dentro de un terreno complejo, regido por la casuística, procuraba dar a los ministros algunas reglas para cuando considerasen inconveniente ejecutar determinadas órdenes reales. Así decía que si el mandato a cumplir era de notoria injusticia, el buen ministro debía suspender la ejecución y, dando sus razones, negarse a llevarla a cabo. Si, en cambio, se trataba de una materia dudosa, debía proponer al Rey su opinión, y de insistir éste en la suya, finalmente ejecutada. Quedaban aún otros casos en que el ministro debía atender a la condición del Príncipe, para determinar la conveniencia o no de contradecirlo.⁶⁴

En las opiniones expuestas, como vemos, la facultad de "obedecer y no cumplir" aparecía como atributo del ministro del rey, ya fuera virrey, corregidor o juez, es decir de aquellos que tenían a su cargo la ejecución del mandato. No significaba, sin embargo, desconocer la

^{62 bis} III, IX, 32 y sigts.; III, XVII, 32-33; y III, XIX, 11. Referencias concretas a cuestiones de suplicaciones y sobre lo relativo al cumplimiento de las disposiciones, véase en II, XII, 12 y 27; III, XXVIII, 19; III, XXIX, 42; IV, XIII, 15, IV, XVI, 22 y sigts.; IV, XXIII, 14-15; IV, XXVI, 6; y V, II, 29. Acerca de las suplicaciones de bulas, decretos o breves apostólicos véase IV, II, 14; IV, XXV, 29-30, 33 y 35; y VI, VII, 10.

⁶³ Alonso de Villadiego, *Instrucción política y práctica judicial*. Madrid, 1617, fs. 93 y vta. (cap. V, I, N.º 84-92).

⁶⁴ Fray Juan Márquez, *El gobernador cristiano deducido de las vidas de Moisés y Josué, príncipes del pueblo de Dios*. Salamanca, 1612, pp. 51-54.

posibilidad de que se valieran del recurso quienes, sin ser ministros u oficiales del rey, se sintieran agraviados o perjudicados por el mandado.

Así el mismo Villadiego aconsejaba al corregidor dejar en libertad al cabildo que no quisiese recibir a un nuevo regidor, agraciado con la merced real, para que obedeciendo la provisión, suplicase de su cumplimiento, alegando las causas y esperando el segundo mandado.⁶⁵

A su vez, el obispo Palafox, aconsejaba a los curas sobre la obediencia que debían prestar a los superiores seculares, les decía: "Las Provisiones Reales las obedezcan también con grande cuidado, y puntualidad, y aunque sea contra su intento, no muestre disgusto el Cura, ni obre con irreverencia. Si fueren dignas de alguno reparo, las obedezca, y en cuanto a su cumplimiento suplique de ellas, y avise a su Prelado. Nunca tome por sí solo la pendencia, ni se acompañe, ni obre en esto sin orden del Superior en cosas que miren al ministerio."⁶⁶

No dejan de ser aprovechables los fundamentos doctrinarios que exponía, en 1639, Francisco Pizarro y Orellana en pos de justificar la actitud asumida un siglo atrás por Gonzalo Pizarro, con motivo de la ejecución de las Leyes Nuevas en el Perú. Ellos nos permiten apreciar una interpretación amplia de la doctrina de la suplicación.

Empezaba señalando el error del Virrey Núñez Vela al haber proseguido la ejecución de las mencionadas ordenanzas, desoyendo las justas causas con que habían suplicado "los moradores de aquel Reino". Porque, decía, "en todos Derechos disponen los legisladores que la voluntad del Superior no se debe ejecutar en lo que se hubiere dispuesto, o decidido, fundado en siniestras relaciones". Y habiéndose suplicado de las Ordenanzas "se había de aguardar segundo mandato".

Agregaba luego: "De estos principios nació el remedio de la suplicación y no ejecución de las órdenes de los Superiores; porque o la falsa relación, o la ignorancia de las costumbres, o la ocurrencia de los casos pide se sobresea en lo mandado cuando nace evidente daño en la ejecución". Sostenía que "cuando se sobresee suplicando, sólo se intenta saber la voluntad del Príncipe, si fue de usar de potestad ordinaria, o absoluta; pues se debe presumir engañado por lo injusto del precepto; así se ha usado siempre, y se guarda en todas partes el uso de suplicar al rescripto de los Príncipes". Indicaba luego la extensión alcanzada por este recurso en el ámbito secular y canónico, y finalizaba su argumentación estableciendo la legitimidad de la súplica

⁶⁵ Villadiego, fr. 93 vta. (cap. V, I, 92).

⁶⁶ Juan de Palafox y Mendoza, *Carta pastoral y dictámenes de curas de almas*. Madrid, 1656, fs. 86. El libro corresponde ya a la época en que Palafox era Obispo de Osma, aun cuando naturalmente recogería su experiencia indiana.

entablada por Gonzalo Pizarro "en nombre de los habitantes de aquel Nuevo Mundo".

Olvidando quizá que precisamente las Ordenanzas en cuestión no admitían suspensión por ser leyes a favor de los indígenas, decía que "la suplicación de la ley, y la suspensión de su ejecución demás de tenerla aceptada y mandaba guardar, los Señores Reyes de España cuando se procede en derogación de Derecho de tercero, es aceptada conclusión de los Doctores, que aunque no sea admita [sic] apelación de la ley: pero alegando la causa que justifica la suplicación, es conforme a justicia necesaria la suspensión hasta cerciorarse al Príncipe de la injusticia del rescripto o daño proveniente de la ejecución de la ley".⁶⁷

El parecer de un obispo rioplatense

La doctrina de la suplicación fue, en fin, sintetizada con saber y sencillez, por el Obispo del Río de la Plata, Fray Martín Ignacio de Loyola, en un parecer que se le solicitó en 1606 con motivo del cumplimiento, en Buenos Aires, de las reales cédulas sobre permisión de comercio y expulsión de extranjeros.

El Obispo, al examinar la cuestión, dijo que había de enderezar "la proa al servicio de su Majestad", y así orientado dio un dictamen que, como verdadero modelo de aplicación de esa literatura de raíz teológico-jurídica, resulta de mucho interés transcribir, aprovechando su razonable extensión. Decía así:

"Primeramente: se ha de presuponer que todas las cédulas de Su Majestad han de ser obedecidas, respetadas y reverenciadas porque esto no sólo es dictamen de la razón pero aún precepto divino y natural y doctrina de todos los libros sagrados".

"Lo segundo digo que no se han de ejecutar algunas cédulas reales con todo el rigor que la letra parece significar, sino antes se han de interpretar con la epiqueya que es una equidad natural, la cual según la teología verdadera ha de declarar las leyes humanas positivas civiles y canónicas."

"Lo tercero digo que para la interpretación dicha y moderación de las dichas leyes y cédulas se ha de mirar el fin de la ley y del Príncipe Supremo y éste es el norte por donde en esta materia se deben gobernar los Gobernadores y criados de Su Majestad considerando que cuando cesa el fin de la ley y de su Majestad contrarie [sic],

⁶⁷ Francisco Pizarro y Orellana, *Varones ilustres del Nuevo Mundo...*, Madrid, 1639, pp. 373-375.

cesa la razón de la ley contrarie y por consiguiente la misma ley y en tal caso no se debe guardar en ninguna manera según la Theología verdadera".

"Lo cuarto se debe presuponer que el fin que tiene el Rey Nuestro Señor como católico y cristiano en las cédulas que despacha es el servicio de Dios Nuestro Señor y el bien y aumento de la república y de sus vasallos y si alguna cédula emanase contraria de este fin sería por falsa y siniestra información y los gobernadores la han de reverenciar pero no ejecutarla en cuanto es repugnante al dicho fin y deben dar cuenta y relación fiel y verdadera a Su Majestad".

"De lo cual se colige lo que se debe responder al caso presente del auto proveído por el Señor Gobernador en el cual se ve claramente el celo que tiene del cumplimiento puntual y literal de la cédula real... Pero no obstante todo esto digo no conviene se guarde el dicho auto cuanto a algunas cosas y en particular acerca de los navíos de permisión y de los portugueses casados y de los que ha años que están en esta tierra sirviendo en oficios mecánicos y de la agricultura porque de su cumplimiento se seguirá la total destrucción de la ciudad en lo espiritual y temporal y de esta Gobernación y aún de la de Tucumán, lo cual contraviene directamente al fin de Su Majestad que es el bien y aumento de esta ciudad y gobernaciones y de los vasallos, que tiene en ellas, antes conviene sobreseer y suspender la ejecución del dicho auto y informar al Rey Nuestro Señor de la pobreza de esta tierra y como hasta que haya más caudal en ella no se puede guardar el rigor y la letra de la dicha cédula en cuanto a estas cosas y pues Su Majestad con tanta grandeza de liberalidad favorece a los extranjeros, mejor lo hará con sus vasallos."⁶⁸

En este parecer el Obispo, recogiendo la doctrina de teólogos, canonistas, políticos y juristas, hacía una cuidadosa y certera aplicación de los principios vigentes a un caso vital para los intereses de la naciente ciudad de Buenos Aires. Constituía la ajustada síntesis de un modo de pensar que, aunque resulta difícil fijarle término, tiende a deslucirse en los primeros tramos del siglo XVIII. Sirvió, en su momento, no sólo para dar solución al dificultoso caso planteado, sino que es probable que haya tenido alguna repercusión mayor, ya que al menos un traslado del dictamen llegó al propio Consejo de Indias.⁶⁹

⁶⁸ *Acuerdos Buenos Aires*, 1^a, I, 193-194.

⁶⁹ Se halla en AGI, Charcas 45, y se ha tenido en cuenta en la transcripción.

Una exposición de la primera mitad del siglo XVIII

En una obra inédita de la primera mitad del siglo XVIII, compuesta por Fray Casimiro Díaz, se recogía nuevamente la doctrina clásica, en una de las expresiones más claras y sintéticas sobre el tema. Pero en este caso, por las razones indicadas, no debemos creer en que haya alcanzado difusión entre sus contemporáneos. De ahí que sea más importante por lo que recoge que por lo que, eventualmente, llevo a transmitir.

"Súplica —decía fray Casimiro— es la que se interpone ante el mismo Legislador para que ponderadas las razones, que los Vasallos asisten sobresea en lo mandado, y así en estos casos en que la ley es gravosa, y principalmente cuando hay opinión probable a favor de los vasallos tiene lugar la súplica, y no obliga dicha ley hasta que el legislador pasadas las razones no determine."

Agregaba en seguida el fraile agustino: "Y aun que parece una vez que cesa la obligación de la ley es cuestión de nombre decir no aceptación, o decir súplica hay gran diferencia, porque el no aceptar la ley el Pueblo dice suspensión de ley *authoritate populi*, pero al decir suspensión de ley por súplica dice reconocimiento, y obediencia. *En no aceptar el Pueblo la ley se despreja la autoridad del Príncipe, en suplicar de ella se la exalta* pues se pone en sus manos para que juzgue lo más conveniente."

Luego continuaba señalando los efectos y derivaciones de orden moral: "Este grado de súplica en las leyes se extiende aun cuando la ley es justa, y los súbditos no tienen opinión probable para escusarse de darle cumplimiento, pero con una diferencia, que cuando la ley es justa notoriamente obliga aun interpuesta la súplica, sino se siguen daños de su ejecución pero cuando es probable tan solamente lo justo de la ley se suspende con la súplica, y no pecan los súbditos en no obedecerla."⁷⁰

Los nuevos rumbos doctrinarios de la segunda mitad

La tónica general en los autores dieciochescos se inclinaba, como es sabido, a sostener el principio absoluto de la autoridad del rey, a subrayar el estricto cumplimiento de los mandatos del príncipe, y aun a desprejar la motivación de las leyes. Bajo estos postulados se estrechó la senda por que marchaba la suplicación, de la que poco o nada se ocupa la literatura jurídica de la centuria, como si prefiriese

⁷⁰ Fray Casimiro Díaz, *Espejo de Parrochos*, cit., Parte II, pp. 66-67.

desentenderse de asunto tan incómodo. Esto ya se observa en la primera mitad del siglo, pero indudablemente se hizo más vigoroso en las últimas décadas, de donde se pueden escoger algunos ejemplos representativos.

En una obra destinada a la práctica judicial, el Conde de la Cañada decía que "las leyes reciben todo su valor de la boca del Soberano y con la publicación llegan a los vasallos con la más eficaz obligación de ser obedecidas, guardadas y cumplidas. Ningún influjo tiene en la ley por su esencia y por sus efectos la aceptación del Pueblo; pues ni la puede resistir ni dejar de obedecerla". Agregaba que "la potestad de establecer leyes está privativamente en el Príncipe, y en la misma ha de estar necesariamente su revocación. *Los vasallos son notoriamente inferiores, y sólo les toca obedecer al soberano*, pero no enmendar ni reformar sus establecimientos; pues si se les permitiese la potestad y autoridad de alterarlo y revocarlos, vendríamos a reconocer en el Pueblo una superioridad incompatible con la soberanía del Príncipe".⁷¹

Si el Conde de la Cañada podía representar a la corriente que exaltaba la autoridad del rey, unas palabras de Bacallar y Sanna pueden resumir el criterio de los que propugnaban el estricto cumplimiento de las leyes: "Observar una ley con todas las circunstancias de su estatuto, *aunque sea falsa y errada*, indica mejor armonía en el ánimo, que observar ninguna".⁷²

Otras expresiones, esta vez de Juan Baltasar Maziel, nos acercan a nuestro tema, para apreciar las diferencias sutiles, pero efectivas, con que la nueva mentalidad se iba apartando de la doctrina clásica de la suplicación. Decía Maziel en el Buenos Aires virreinal y en consonancia con las antiguas ideas, que "cualquiera orden y precepto del Soberano contrario a la ley natural y divina puede y debe arrojarse, sin perjuicio de la obediencia y fidelidad debida". Pero, agregaba, siempre que lo que el Príncipe manda no sea de aquellas cosas intrínsecamente malas y manifiestamente contrarias al Derecho Divino y Natural "el súbdito debe obedecer y ejecutar el precepto, aun cuando a su juicio le pareciese injusto". Esta "obediencia", lejos de ser pecaminosa, era —para Maziel— "laudable y meritoria". Terminaba la cuestión expresando que "para decirlo de una vez, no debo obrar como hombre que juzga, sino como súbdito que no examina ni debe exami-

⁷¹ Conde de la Cañada, *Apuntamientos prácticos para todos los trámites de los juicios civiles*. Madrid, 1793, p. 11.

⁷² Vicente Bacallar y Sanna (Marqués de San Felipe), *Monarquía Hebrea* (1746) edición utilizada. Madrid, 1776, t. II, p. 208.

nar y que, por consiguiente, no duda ni debe dudar de la justicia de lo que hace" el soberano.⁷³

La nueva mentalidad tiene, en fin, distintos modos de ser apreciada y hasta se refleja en la labor de los glosadores o comentaristas de la Recopilación indiana. Obsérvese, por ejemplo, como José Lebrón, en la glosa de las leyes 22 y 24 referentes a nuestra tema,⁷⁴ se encargaba de mencionar la existencia de la real cédula de 17 de abril de 1623, adscripta a la corriente del "obedecer y cumplir" y que seguramente resultaba muy oportuno tener en cuenta para un letrado o ministro dieciochesco en la expedición de los negocios que se le ofrecían. El espíritu de aquella cédula, redactada en circunstancias muy especiales como hemos visto, se acomodaba mejor a los hombres de esta época, que otras de más apego a la doctrina clásica. De ahí que podían hacer uso de la misma normativamente, desprendiéndose de las condiciones en que fue expedida.

Resta sólo por decir que estas tendencias doctrinarias representativas del siglo XVIII no fueron necesariamente predominantes en la realidad indiana, en lo que a nuestro tema respecta. Pues no hay que olvidar que obras clásicas, como la de Bovadilla, Solórzano⁷⁵ o Villadiego seguían ejerciendo gran influencia y fueron objeto de reediciones en este siglo. Por otra parte, el tema de la suplicación pasó desapercibido para críticos como Juan Francisco de Castro, o para autores de manuales, como Berni o Jordán de Asso y de Manuel.⁷⁶ Desde este punto de vista, se explica la persistencia del recurso de suplicación, en la práctica indiana, aun en una época en que la fundamentación doctrinaria había sido peligrosamente socavada.⁷⁷

⁷³ Juan Baltasar Maziel, *Reflexiones sobre la famosa arenga que se hizo en Lima por un individuo de la Universidad de San Marcos...* (publicada por Juan Probst, Juan Baltasar Maziel, el maestro de la generación de Mayo, Buenos Aires, 1946, pp. 422-428).

⁷⁴ C. García-Gallo, *José Lebrón y Cuervo*, 410.

⁷⁵ Por ejemplo, en una representación del Cabildo de Buenos Aires al gobernador, en 1774, destinada a que se suspendiera el cumplimiento de una orden del Virrey del Perú, sobre establecimiento de una aduana, se le alentaba a adoptar esa actitud con la adecuada cita de Solórzano (*Acuerdos Buenos Aires*, 3^a, V, 191).

⁷⁶ Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765; Joseph Berni, *Instituta civil y real*, Valencia, 1745; e Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771. Estos autores, aunque señalaban las calidades que la ley debía reunir según la doctrina clásica, no mencionaban el tema de la suplicación y se limitaban a decir, con respecto a la ley, que "todos los que viven bajo el dominio de este Rey, están obligados a obedecerla" (pp. LXVI-LXVII).

⁷⁷ Así el obispo rioplatense Azamor y Ramírez afirmaba en una representación a la Audiencia en 1784 que todos los derechos —el canónico, el civil, el real, incluido el indiano—, permitían obedecer y no cumplir las disposiciones de la auto-

SEGUNDA PARTE: LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO

En esta segunda parte me propongo estudiar las características que ofrecía el recurso de suplicación y, en su caso, la figura del "obedecer y no cumplir". Dado que el tema no fue abordado íntegramente por ninguna obra de literatura jurídica indiana, teórica o práctica, se hace necesario atender fundamentalmente a los casos registrados, que en esta ocasión se limita a una región de la Monarquía. Ello nos permitirá no sólo conocer sus modalidades sino, al mismo tiempo, mostrar la vitalidad que poseía.

La tramitación del recurso, aun cuando presentaba rasgos propios del proceso judicial, se diferenciaba del mismo sobre todo por la mayor flexibilidad que ofrecía en sus distintas fases, pero especialmente en lo relativo a los plazos⁷⁸ y también a los efectos de determinados actos.⁷⁹

I. EL ACTO DE HACERLO Y LAS FÓRMULAS UTILIZADAS

La notificación del despacho y su ejecución

La intimación del despacho, con la consiguiente exigencia de su ejecución, constituía el momento en que empezaba a moverse este mecanismo que nos proponemos estudiar. El despacho iba dirigido a una autoridad, que era la encargada de ejecutarlo. Era pues ésta la primera que, luego de obedecerlo, procedía a examinarlo y a determinar si debía cumplirlo o no. En este último supuesto, entablaba la pertinente suplicación.

Estos mismos pasos se hacían luego extensivos, según los casos, a otras autoridades —como oficiales reales—, órganos representativos

ridad que produjeran daño grave, hasta tanto se consultase sobre ello al rey (Daisy Ripodas Ardanaz, *El Obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad*, Buenos Aires, 1982, pp. 181-182 y 184). A su vez, los fiscales Villota y Caspe opinaban en el Buenos Aires de 1808, ante la pretensión del virrey Liniers de que se le pasasen unos autos judiciales que "aún los cartas y provisiones de S.M. no deben cumplirse, cuando son contra derecho, ley o fuero usado, cuando previenen el sobreseimiento aún temporal de los pleitos pendientes, o mandan sacar los autos de las Chancillerías, y audiencias en perjuicio de las partes". La Audiencia resolvió de conformidad (Levaggi, *Los escritos...* cit., 566-568).

⁷⁸ Sobre la idea de que no era un recurso ceñido a plazos o términos precisos, véase *Acuerdos Buenos Aires*, 2^a, V, 621-622 y VI, 29).

⁷⁹ Archivo Municipal de Córdoba, *Actas Capitulares*, Córdoba, 1880-1884 y 1952-1954, X, 478.

—como cabildos, consulados o vasallos— directamente interesados en la cuestión.

De no haber merecido objeción alguna y ser aceptada llanamente, la norma quedaba ya firme, al menos para los que habían recibido su notificación.

Para comprender la importancia que este acto tenía, tal vez haya que recordar que durante esa época, principalmente en los siglos XVI y XVII, el derecho positivo no era considerado necesariamente como un ordenamiento sistemático de leyes objetivas, sino que las normas se hacían jugar contraponiendo unas a otras, muchas de índole particular que trataban de aplicarse analógicamente. De tal manera no es infrecuente observar, sobre todo en nuestros cabildos, cómo se invocaban e intimaban unas y otras, con el fin de dar determinada orientación jurídica a una cuestión planteada.⁸⁰

La trascendencia de la presentación de la cédula o despacho está señalada en una real cédula de 9 de julio de 1567 dirigida a la Audiencia del Nuevo Reino de Granada. La misma se había originado en la información llegada al Consejo de Indias, en el sentido que esa Audiencia no daba cumplimiento a lo que estaba dispuesto y practicado en otros tribunales sobre la necesidad de asentar al dorso de las provisiones o cédulas "la presentación y respuesta de ellas". Con tal motivo, el despacho real, reiterando lo ya acordado, disponía que cuando "algunas cédulas y provisiones nuestras se presentaren en esa audiencia ante vosotros, respondáis a ella y hagáis asentar la presentación y obediencia con lo a ellas respondido, y que los escribanos de ella las vuelvan a las partes que las presentaren..."⁸¹ Esta práctica de asentar al dorso del despacho, en un acta capitular, o en otro documento, al acto de presentación de la cédula, con los resultados de la intimación, no sólo permitía darle firmeza, sino que era, en su caso, la constancia fehaciente que servía de cabeza a la tramitación del recurso de suplicación.

Lo expuesto es tan sólo una noción esquemática de la cuestión, pues no siempre aparecía con las características esbozadas. No es raro en-

⁸⁰ Como ejemplo de ello, puede verse el Cabildo del 1º de enero de 1629 en Buenos Aires (*Acuerdos Buenos Aires*, 1º, VII, 12-17) y los del 1º y 5 de octubre y 22 de noviembre de 1649 en Córdoba (*Actas Córdoba*, IX, 657-671 y 683-685). En el mismo sentido, dice el P. Bayle que en Nueva Sevilla (Guatemala) sabían de la existencia de una real cédula que ordenaba despoblar la ciudad y, para resistirla, impedían su intimación (*Los cabildos*, cit., 34).

⁸¹ *Cedulario Indiano*, II, 108. Esto mismo se trasluce en la redacción de la ordenanza 42 del Cabildo de Buenos Aires de 1795 (*Estatutos y Ordenanzas de la ciudad de la Santísima Trinidad Puerto de Santa María de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1939).

contrar, por ejemplo, consultas directas de autoridades encargadas de ejecutar una ley señalando los inconvenientes y daños que originaría su cumplimiento, sin emplear la vía del recurso de suplicación.⁸² No está demás recordar, por otra parte, que algunas cédulas no llevaban mandato de ejecución imperativa, sino facultativa, para que el ejecutor, en última instancia, determinara la conveniencia de su cumplimiento.

Si bien lo corriente fue que la notificación se hiciera con las nuevas normas que se iban a ejecutar, también se intimaron, a veces, con idéntico fin, disposiciones antiguas, que no habían sido presentadas con anterioridad a los protagonistas del caso y que alguna de las partes sacaba a relucir en apoyo de sus pretensiones.⁸³

La separación entre obedecer y cumplir: significado de cada uno

Actualmente en el lenguaje académico y corriente, *obedecer* es "cumplir la voluntad de quien manda", no pudiéndose, por tanto, establecer distinción alguna entre obedecer y cumplir. Sin embargo, no ha sido siempre así. Parece haberse perdido —o al menos no está claramente recogida en los diccionarios de la lengua— una antigua acepción del vocablo *obedecer* con el significado de tributar homenaje de sumisión y respeto a alguien, reconociéndole por superior, y que hoy es equivalente a la voz *acatar*. Esta última acepción fue en realidad la que tuvo en cuenta la legislación castellana e indiana para crear la fórmula que venimos estudiando.⁸⁴

⁸² Veamos estos casos. En 1669 el Corregidor de Potosí le escribía al Virrey del Perú acerca de los inconvenientes que, a su juicio, ocasionaría la ejecución de la real provisión de 26 de agosto de 1669, sobre trabajo de los indios. Decía que "es tan dañosa el día de hoy que no me he atrevido a pasar a darla cumplimiento sin representar a V.E. ante los grandes inconvenientes que de hacerlo resultaran". El Virrey insistió y la provisión se publicó (AGI, Charcas 59).

El 20 de mayo de 1696 la Audiencia de Charcas le decía al Rey, con respecto a una real cédula que se le había dirigido sobre la forma de tributar el indígena que la "tiene obedecida con la veneración y respeto que debe", pero que ha decidido suspender su publicación hasta que el rey determinase lo conveniente, en atención a los perjuicios que se podrían irrogar de la ejecución de aquella (AGI, Charcas 25).

El 16 de octubre de 1726 el gobernador del Tucumán, don Baltasar de Abarca y Velasco peticionaba al rey para que se excusase a la provincia de ejecutar la real cédula de 31 de agosto 1721, sobre incorporación a la Corona de todas las encomiendas que fuesen vacando. Decía que dicha cédula se había recibido y obedecido, pero su cumplimiento ocasionaría perjuicio a los vecinos, por ser las encomiendas el único modo de premiar y retribuir sus servicios (AGI, Charcas 200).

⁸³ Como ejemplo: Buenos Aires, 1629 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1º, VII, 11-18); Córdoba, 1652 (*Actas Córdoba*, X, 110-114); y Corrientes, 1653 (*Academia Nacional de la Historia, Actas capitulares de Corrientes*, Buenos Aires, 1941-1946, t. II, 219-241).

⁸⁴ Altamira es quien ha señalado agudamente esta cuestión. Sostiene que esta

Lo cierto es que en la época referida se advierte con mucha claridad la separación que se hacía entre *obedecer* y *cumplir* una disposición, y ello se manifestaba no sólo en aquellos casos en que aparecía la suplicación sino en muchos otros.

La separación era tan patente que cuando, por ejemplo, el gobernador de Buenos Aires recibía en 1707 una Provisión de la Audiencia de Charcas que juzgaba desfavorablemente una actuación judicial suya, dispuso estampar en ella "el obedecimiento", pero en seguida, por auto, mandó "se suspendiese el hacerlo notorio a las partes, respecto de estar libres y desembargados hasta dar cuenta a V.M."⁸⁵ Lo mismo se apreciaba cuando el cabildo, al recibir un mandado real, procedía a obedecerlo y dejaba para tratar en otro acuerdo lo relativo al cumplimiento, pues la dificultad de la materia o la ausencia de algunos capitulares obstaba a una decisión inmediata y hacía preferible tratarlo y resolverlo con más reflexión y consulta.⁸⁶ Con razón esta separación se exteriorizaba cuando se trataba de suplicar la norma presentada.⁸⁷

El acto de obedecer representaba el acatamiento y reconocimiento que se prestaba a la autoridad real, y era forzoso hacerlo para no incurrir en rebeldía.⁸⁸ Constituía, pues, lo primero que debía hacer quien recibía un despacho procedente de aquélla. Hasta a veces hemos observado la reiteración por dos o tres veces del mismo acto con el propósito de darle más solidez.⁸⁹

Aun cuando la terminología usada no fuera siempre muy precisa, lo cierto es que nadie dudaba en distinguir este acto de la posterior ejecución. Como decía Vargas Machuca en 1653, al referirse a la cuestión, las obligaciones del "buen y leal vasallo" terminaban con el obedecimiento de la cédula.⁹⁰ Resulta ilustrativo, al respecto, lo ocurrido en Buenos Aires en 1633, cuando se le presentó al gobernador rioplatense, don Pedro Esteban Dávila, una Provisión de la

acepción "se tiene bien ganado un puesto en el Diccionario de la Academia (*Diccionario*, cit., 218). Además, un minucioso análisis de las distintas acepciones que el Diccionario de la Real Academia da del vocablo "obediencia", tal vez nos permita obtener favorables conclusiones en el sentido indicado.

⁸⁵ AGI, Charcas 212. Otros ejemplos de separación entre el obedecer y el dar cumplimiento: Córdoba, 1580 (*Actas Córdoba*, I, 327-328); Buenos Aires, 1607 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1^a I, 322-323); Córdoba, 1619 (*Actas Córdoba*, VI, 70-71); y Corrientes, 1634 (*Actas Corrientes*, I, 286-287).

⁸⁶ Ejemplos: Córdoba, 1649 (*Actas Córdoba*, IX, 668); Buenos Aires, 1729 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2^a, VI, 24).

⁸⁷ Como ejemplo: Tucumán, 1570 (*Actas Tucumán*, I, 28-33).

⁸⁸ García-Gallo, *La ley*, 208.

⁸⁹ Como ejemplo: Corrientes, 1653 (*Actas Corrientes*, II, 225).

⁹⁰ *Actas Corrientes*, II, 227.

Audiencia de Charcas por la que se prorrogaba el plazo del visitador don Andrés de León Garavito, cuya permanencia en Buenos Aires no resultaba grata a aquél. Cuenta el propio León Garavito que "hecha notoria la orden en mi presencia por el escribano, que [el gobernador] a vulto respondió, no la obedecía, y lo firmara, a no advertirsele la obligación de su oficio, pues le quedaba el camino permitido por leyes en la súplica, para excusar el cumplimiento en medio de no faltar a la obediencia".⁹¹

En fin, ello se advertía continuamente, como cuando se afirmaba que no era inobediencia el haber suplicado, o se decía, ante otra norma, que se obedecía "como Despacho de su señoría y en su ejecución fue la suplica".⁹²

Plazo para interponer el recurso

No existía un plazo establecido dentro del cual debía hacer la suplicación. Pero la práctica observada permite afirmar que debía efectuarse en el mismo acto del obedecimiento, o a lo más dentro de un breve término. En el caso de los cabildos, se extendía hasta el siguiente acuerdo. Una vez entablada la suplicación, tampoco había plazo para deducirla formalmente ante el legislador. La falta de toda alusión a esta cuestión por parte de la literatura jurídica y la inexistencia de casos al respecto, nos afianza en la idea de que esta materia se regía por cauces ajenos a la rigidez de los recursos judiciales.

Por último, cabe señalar que algún aislado testimonio permite relacionar este plazo con el que la doctrina jurídica clásica prescribía para que la ley entrase en vigor: dos meses a partir de su publicación. En efecto, en una junta mexicana, reunida en 1727 para tratar problemas mineros, se expresaba que "luego que el príncipe estableció la ley, la promulgó, y pasado un bimestre, no la suplicó sino que la consintió su pueblo, al mismo tiempo que dejó obligados a sus súbditos, civil y eficazmente, con fuerza coactiva a guardarla, quedó su legislador con fuerza directa, naturalmente ligado a su cumplimen-

⁹¹ Andrés de León Garavito, *Memorial discursivo en que se muestra la obligación que V. Majestad tiene en justicia, conciencia y razón política de reformar el gobierno de la Provincia del Río de la Plata*. Madrid, 1635, fs. 45-46.

⁹² Los casos corresponden, respectivamente, a: Corrientes, 1648 (*Actas Corrientes*, II, 117); y Santiago del Estero, 1777 (*Actas Santiago del Estero*, III, 535-536).

Esta distinción aparece presente también en un ejemplo tardío: el de la constitución de la Junta de Gobierno de Montevideo en 1808 (véase Museo Histórico Nacional, *La Junta montevideana de Gobierno de 1808*. Contribución documental. Montevideo, 1963, pp. 137 y 261 especialmente).

to...".⁹³ El texto es claro, si bien en este caso lo que se perseguía era la ejecución y no la suspensión de la ley.

Algunas fórmulas utilizadas

La práctica fue acuñando varias fórmulas adecuadas para este acto de obedecer y suplicar las leyes. La idea sustancial que nutría a todas ellas estaba expresada por Alonso de Villadiego, al decir que en los casos en que "al Corregidor le pareciere injusta la carta, o provisión real, la debe obedecer y no cumplir, respondiendo con mucho acatamiento, que la obedece, y cuanto a su cumplimiento, con el debido respeto, no ha lugar de cumplirse, por las causas y razones que tuviere justas que alegar, suplicando de ella, y que siéndole todavía mandada otra cosa, está presto de lo cumplir".⁹⁴

Dentro de las numerosas variantes que pueden advertirse en las fórmulas, tal cual han quedado registradas en las actas capitulares u otros documentos, cabe distinguir algunas solemnes y extensas, y otras más sencillas y lacónicas. De las primeras escojo sólo dos, para su transcripción.

La primera es la registrada en el Cabildo de Buenos Aires, en 1677, a raíz de la presentación de una real cédula sobre la libre compra de la corambre. Una vez leída "todos los dichos capitulares y dicho teniente general con ellos se pusieron en pie y mandaron se obedeciese, y habiéndola entregado yo el presente escribano al capitán Pedro de Rojas regidor decano de este Cabildo el suso dicho estando en pie la besó y puso sobre su cabeza y dijo que en nombre de este Cabildo la obedecía y obedeció como carta y cédula real de su Rey y señor natural a quien la divina majestad guarde y conserve muchos años, y en cuanto a su cumplimiento todos los dichos capitulares y justicia mayor y ordinarios unánimes y conforme dijeron que suplicaban de su tenor y forma para ante su Majestad en su Real Consejo de las Indias para que con su contenido no se innove del estilo forma posesión y dominio que por este Cabildo se ha observado de tiempo inmemorial a esta parte hasta que su majestad informado de la verdad y habiéndole oído sobre los particulares que contiene la dicha Real cédula provea lo que fuere servido".⁹⁵

La otra es la que corresponde al recurso entablado por el Obispo de Córdoba del Tucumán, don José de Zavallos, en 1737, al notifi-

⁹³ Toribio Esquivel Obregón, *Biografía de don Francisco Javier de Gamboa*, México, 1941, p. 175.

⁹⁴ Villadiego, *Instrucción política*, cap. V, N° 91.

⁹⁵ *Acuerdos Buenos Aires*, 1ª, XV, 66.

carse de una Provisión de la Audiencia de Charcas, disponiendo no se cobrasen las cuartas funerales durante las vacantes del obispado. Al recibirla el Obispo, "puesto en pie y destocado la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza, y obedeció como a carta y provisión real de Nuestro Rey y Señor Natural, a quien la divina Majestad guarde y prospere muchos años en aumento de mayores Reynos y Señoríos, como la cristiandad ha menester, y en cuanto a su cumplimiento por lo que toca a su particular, dijo que su ingreso a este dicho Obispado no fue vacante ni muerte, sino por promoción de su antecesor y por lo que mira a sus sucesores y derechos de su Iglesia hablando con el debido respeto, suplica rendidamente de dicha real Provisión y Cédulas Reales en ella insertas por las razones y fundamentos de derecho que son los siguientes..."⁹⁶

Junto a estas fórmulas solemnes y extensas, descubrimos otras mucho más sencillas, como la que utilizó al suplicar, en 1663, un alcalde cordobés desplazado de su oficio. Dijo entonces que "obedece en todo la dicha real provisión y que hablando con el respeto debido suplica de ella por ser ganada con siniestra relación y protesta ocurrir ante los señores presidentes y oidores de la Real Audiencia del puerto de Buenos Aires a alegar de su Justicia con los autos..."⁹⁷ O aun la más lacónica que se registró en los libros capitulares de Córdoba en 1588, cuando los capitulares "dijeron que sobre el mandamiento que su señoría envió suplicaban e suplicaron del y si necesario es suplican una y dos y tres veces y las que de derecho ha lugar..."⁹⁸ O esta otra contenida en un acta capitular santiagueña de 1776, en la que se expresaba que ante una resolución del gobernador "dimos nuestro obediencia como a mandatos superiores suplicando en cuanto a su ejecución por los motivos que tenemos expuestos..."⁹⁹

No faltaban fórmulas, en las que no aparecía la palabra *suplicación*,¹⁰⁰ ni tampoco otros casos en los cuales, sin utilizarse fórmula propiamente dicha, el trámite y sus efectos tenían las modalidades de este recurso.¹⁰¹ Por último, se detectan algunos que ofrecen cierta

⁹⁶ AGI, Charcas 372. Otros ejemplos de estas fórmulas en: Corrientes, 1653 (*Actas Corrientes*, II, 224); Buenos Aires, 1706 (AGI, Charcas 212); Buenos Aires, 1774 (*Acuerdos Buenos Aires*, 3ª, V, 99-100); y Santiago del Estero, 1776 (*Actas Santiago del Estero*, III, 522).

⁹⁷ *Actas Córdoba*, XI, 41.

⁹⁸ *Actas Córdoba*, II, 71. El uso de la misma expresión "suplican y requieren una, dos y tres veces y las demás que a su derecho convengan..." en Córdoba, 1607 (Biblioteca Nacional de Buenos Aires, Colección de copias del Archivo General de Indias, t. 181, 3752).

⁹⁹ *Actas Santiago del Estero*, III, 523.

¹⁰⁰ Córdoba, 1652 (*Actas Córdoba*, X, 211-212).

¹⁰¹ Es el caso de suplicación de la real cédula de 26 de febrero de 1680 sobre

semejanza con los que venimos considerando, aun cuando se trataban de meras suspensiones en la ejecución de los mandatos reales, sin el trámite y terminología característicos de nuestro recurso.¹⁰²

II. NORMAS QUE PODÍAN SER SUPPLICADAS

El recurso de suplicación se podía interponer, como hemos visto, contra las provisiones, cédulas y órdenes reales, que no tuvieran el rango de leyes propiamente dichas o pragmáticas.¹⁰³ Aquella clase de normas fueron las más frecuentemente expedidas para Indias, y en cambio son escasas las que tuvieron el segundo carácter. Una importante excepción a esto último lo constituyó la misma Recopilación de 1680, que fue promulgada por real pragmática, otorgándose a todas sus normas reunidas la fuerza y valor de leyes propiamente dichas.

La suplicación tampoco cabía contra los despachos que contuviesen ejecutorias ganadas en juicio contradictorio, es decir, una vez oídas las partes de acuerdo a derecho.¹⁰⁴

Podían ser objeto de suplicación tanto las normas dictadas de oficiencia, se observa su práctica cotidiana en el gobierno local.

Salvo, pues, estas excepciones, el recurso podía entablarse, con amplitud contra todos los mandamientos de gobernación, aun cuando no trajera aparejado la suspensión de la ejecución. Así la vemos practicarse contra cédulas¹⁰⁵ y órdenes¹⁰⁶ emanadas del rey; provisiones

traslado a Buenos Aires de mil familias de indios de las misiones jesuitas del Paraná y Uruguay (AGI, Charcas 131).

¹⁰² Como ejemplo: Buenos Aires, 1740 (AGI, Charcas 215); y Buenos Aires, 1781 (AGI, Buenos Aires, 308).

¹⁰³ Sobre la autoridad de las pragmáticas, García-Gallo, *La ley*, 186.

En una representación de 12 de junio de 1615, suscripta por Jhoan Andre de León y otras personas, dirigida al gobernador del Río de la Plata, Hernandarias, se sostenía un criterio opuesto al indicado en el texto. Se decía que "los mandatos y ordenanzas que S. M. manda se guarden y cumplan en sus Reynos y señoríos tiene dispuesto y ordenado por sus leyes aunque sean premáticas inviolables que si sus súbditos y naturales vasallos se sintieren por agraviados, apelando y suplicando sean oídos, y que las dichas ordenanzas sean obedecidas y no cumplidas hasta tanto que se vuelvan a ver proveer" (AGI, Charcas 112).

¹⁰⁴ Se deduce ello de lo expuesto por Solórzano y Pereira, *Política Indiana*, V, XXV; y de Vórdoba, 1969 (*Actas Córdoba*, X, 658).

¹⁰⁵ Como ejemplos pueden citarse: Córdoba, 1607 (Biblioteca Nacional, Colección de copias, cit., 181, 3752); Buenos Aires, 1624 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1^a, VI, 84-89); Buenos Aires, 1681 (Idem, 1^a, XV, 443 y sigts); Tucumán, 1684 (*Actas Tucumán*, I, 223-235); Asunción 1694 (AGI, Charcas 30); Buenos Aires, 1729 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2^a, VI, 26-27 y 117-118); y Buenos Aires, 1791 (Idem, 3^a, IX, 534 y 538-541).

¹⁰⁶ Como ejemplos: Buenos Aires, 1796 (AGI, Buenos Aires 586); y Buenos Aires, 1804 (AGN, Archivo Cabildo, IX, 19.5.3., fs. 169-170).

de la audiencias;¹⁰⁷ ordenanzas,¹⁰⁸ bandos,¹⁰⁹ despachos¹¹⁰ y órdenes¹¹¹ pachos¹¹⁵ de los gobernadores. Es decir, que no se trataba sólo de un recurso entablado ante la lejana Corte, sino que, con harta frecuencia, se observa su práctica cotidiana en el gobierno local. de los virreyes; y autos,¹¹² mandamientos,¹¹³ provisiones¹¹⁴ y otros des-

Podrán ser objeto de suplicación tanto las normas dictadas de oficio, como aquellas expedidas a petición de parte. Ambas, sobre todo estas últimas llevaban generalmente una relación del asunto tal como lo había planteado el peticionante, lo que permitía, o al menos facilitaba, el conocimiento de los motivos que habían llevado al dictado de aquella, y hacía posible su eventual contradicción.

La suplicación, finalmente, podía ser dirigida contra la norma en su totalidad o sólo contra parte de ella. Dado que la cédula frecuentemente resolvía sólo una cuestión, lo ordinario era que el recurso se dirigiera contra toda la norma, pero también se dieron casos de suplicaciones parciales.¹¹⁶

III. LOS PROTAGONISTAS DEL RECURSO

Ante quien se entablaba

La suplicación se entablaba ante la misma autoridad que había sancionado la norma, para que revisara su decisión. De tal manera, los

¹⁰⁷ Buenos Aires, 1642 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1^a IX, 269-270); Mendoza, 1643 (Junta de Estudios Históricos de Mendoza, *Actas Capitulares de Mendoza*, Mendoza, 1961, II, 175-176); Córdoba, 1644 (*Actas Córdoba*, IX, 659-668); Buenos Aires, 1706 (AGI, Charcas 212); Tucumán, 1719 (AGI, Charcas 210); Córdoba, 1737 (AGI, Charcas 372); y Montevideo, 1808 (*La Junta*, cit., 83, 133 y 137).

¹⁰⁸ Buenos Aires, 1615 (AGI, Charcas 33).

¹⁰⁹ Montevideo 1791 (RAH, Colección Mata Linares, XIX, 123-124).

¹¹⁰ Santiago del Estero, 1772 (*Actas Santiago del Estero*, III, 281-289). Buenos Aires, 1755-1756 (AGN, IX.18.2.4).

¹¹¹ Buenos Aires, 1774 (*Acuerdos Buenos Aires*, 3^a, V, 169); Montevideo, 1808 (*La Junta*, cit., 261).

¹¹² Buenos Aires, 1673 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1^a, XIV, 13); Buenos Aires, 1741 (Idem, 2^a, VIII, 281); Buenos Aires, 1807 (Item, 4^a, II, 758-759).

¹¹³ Córdoba, 1588 (*Actas Córdoba*, II, 69-71); Córdoba 1595; (Idem, II, 409-411); Mendoza, 1604 (*Actas Mendoza*, I, 293-294).

¹¹⁴ Se trata de provisiones de oficios: Tucumán, 1570 (*Actas Tucumán*, I, 28-33); Córdoba, 1586 (*Actas Córdoba*, I, 570-571).

¹¹⁵ Córdoba, 1575 y 1579 (*Actas Córdoba*, I, 210-213 y 312); Santiago del Estero, 1777 (*Actas Santiago del Estero*, III, 535-536).

¹¹⁶ Como ejemplos: Córdoba, 1586 (*Actas Córdoba*, I, 570-571); Buenos Aires, 1615 (AGI, Charcas 33); Buenos Aires, 1729 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2^a, VI, 117-118); Buenos Aires, 1791 (Idem, 3^a, IX, 538-541); y Montevideo, 1791 (RAH, Colección Mata Linares, XIX, 123-124).

o gobernador. No obstante, en algunas oportunidades hubo recursos de esta naturaleza planteados ante una autoridad superior, distinta del legislador. Así mandatos del gobernador fueron suplicados ante la audiencia, el virrey o el propio rey; y otros del virrey fueron llevados a rey. Pero, en la praxis conocida, esto último fue tan sólo una excepción de aquel principio general.

Entre los casos examinados, una parte sustancial de los recursos se tramitaron en América. Sólo llegaron a la Península testimonios y noticias de éstos, y algunos otros planteados ante el rey, entre los que no faltaron asuntos muy significativos.

Quienes lo hacían: autoridades reales, cabildo y vecindario

En cuanto a quienes podían ejercer la suplicación, es necesario recordar, en primer lugar, que las leyes indianas sobre la materia estaban dirigidas a virreyes, audiencias y gobernadores, y sólo en casos muy aislados a otros ministros y vasallos. Ejemplo de esta última era la mencionada real cédula de 1528, dirigida a la provincia de Santa Marta. Pero esta circunstancia no fue obstáculo para que, desde un primer momento, hubiera una interpretación más amplia de su texto, en el sentido de que la posibilidad de adoptar la figura jurídica del "obedecer y no cumplir" y de ejercitar el recurso de suplicación, no quedara sólo reservado a aquellas autoridades superiores. Así aparecía extendida a otros órganos, como los cabildos, y también a los vasallos afectados o perjudicados por alguna norma, cuyo cumplimiento se les intimaba.

El sentido amplio con que fueron interpretadas aquellas cédulas desde un principio se confirmó al incorporarse éstas a la Recopilación. Así, por ejemplo, la recordada ley 5 (del tit. I, lib. II) era dirigida a "los Virreyes, Audiencias, Gobernadores y a los demás Jueces y Justicias" y la 22, a "los ministros y jueces". Aun cuando no surgía, de manera explícita, el derecho a suplicar por parte de los particulares afectados, lo cierto es que había reconocimiento general en tal sentido¹¹⁷ y no se sabe que haya sido desconocido o cuestionado en algún momento.

La mayor parte de los casos que he reunido corresponden a suplicaciones efectuadas por los cabildos. Este resultado cuantitativo hay que apreciarlo con cuidado, pues desde luego la documentación ca-

¹¹⁷ Alude a ello, de manera no demasiado clara, la real cédula de 30 de marzo de 1557, enviada a la Audiencia de Santo Domingo (*Cedulario Indiano*, II, 108-109).

pitular ha sido una de las más utilizadas en este trabajo. Con todo, la abundancia de casos se explica si tenemos en cuenta que, especialmente durante los siglos XVI y XVII, en torno de los ayuntamientos se desenvolvía la vida jurídica de las ciudades y su zona rural inmediata.

En los cabildos se suscitaban las suplicaciones no sólo por los asuntos que más directamente le concernían —elecciones, atribuciones, recepción de autoridades reales, etcétera—, sino también por aquellos otros que afectaban los intereses comunes de la ciudad y su campaña. De tal modo, la presentación de cédulas, provisiones o despachos de recursos se efectuaban, según los casos, ante el rey, virrey, audiencia gobierno llevaba a los capitulares, luego de obedecerlos, a examinar su contenido para determinar lo relativo a su cumplimiento. En aquellos casos en que ofrecían inconvenientes para la ejecución, la deliberación del cuerpo cobraba un valor significativo, adoptándose finalmente el criterio a seguir por mayoría de votos. Luego era el mismo Cabildo, o el Procurador General, quien promovía la cuestión ante la autoridad pertinente.¹¹⁸

El vecindario también tenía intervención en aquellas cuestiones que afectaban los intereses comunes. Ello se hacía generalmente por medio del Procurador General, quien haciéndose eco de la opinión de aquél, o asumiendo de oficio su defensa, planteaba en el seno del cabildo la inconveniencia de ejecutar determinada norma, y aun acompañaba al cabildo, para dar mayor fuerza al pedido, en su recurso de suplicación.

La intervención de los vecinos se hacía más directamente, aunque con escasa frecuencia, a través de la presentación de una petición conjunta o colectiva,¹¹⁹ y especialmente con la reunión del cabildo abierto. El más significativo de estos cabildos fue el celebrado en 1681 en Buenos Aires, para considerar la súplica de la real cédula de 26 de febrero de 1680, que establecía nuevos impuestos sobre el ganado vacuno, la corambre, el vino y la yerba, para atender la obra del nuevo fuerte de Buenos Aires. Concurrieron en la oportunidad

¹¹⁸ Ejemplo de deliberación, sin regulación de votos en *Acuerdos Buenos Aires*, 2^a, V, 319-322. Otras: Buenos Aires, 1621 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1^a, V, 18-28); Córdoba, 1575 (*Actas Córdoba*, I, 210-213).

Véase un episodio interesante al respecto: Buenos Aires, 1708-1711 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2^a, II, 262-286, 358-359, 427-448 y 498). Dos curiosos casos de empate en Córdoba, 1575 y 1652 (*Actas Córdoba*, I, 210-213 y X, 211-212).

¹¹⁹ Véase la representación del vecindario de Buenos Aires al Cabildo sobre los perjuicios que le ocasionaba la real cédula e instrucción de 26 de diciembre de 1804, referente a la amortización de capitales y venta de bienes raíces de obras pías para colocar su importe en la Real Caja de Consolidación (AGN, Archivo del Cabildo de Buenos Aires, 1805, 19.5.4, fs. 419-426).

28 vecinos, los que acordaron en forma unánime, obedecer dicha cédula, pero suplicarla ante el rey; pedir al gobernador que, mientras tanto, se suspendiese su cumplimiento; y encomendar al Procurador General que llevase adelante el recurso.¹²⁰

Fue precisamente esta cuestión, que afectaba los intereses de varias regiones vecinas, la que dio lugar, por excepción, a que se acordase hacer la gestión en común entre varios cabildos, llegándose a designar un único apoderado para dar unidad y fuerza a la petición, y al mismo tiempo hacerla menos onerosa.¹²¹

Los cabildos, por otra parte, se mantuvieron siempre en actitud vigilante, para detectar cualquier disposición que, aunque no fuera presentada a su seno, pudiera afectar al común. Así cuando, por distintas razones, no estaban en condiciones de entablar por sí mismo la correspondiente súplica, estimulaban, para que lo hiciera, a la autoridad encargada de su ejecución. En 1803, en el Cabildo de Buenos Aires, al tenerse conocimiento que había llegado a manos del Virrey una real orden mandando suspender la obra del muelle emprendida por el Consulado, el Síndico Procurador pidió —y el Cabildo lo acordó— que se solicitara al Virrey “se sirva obedecer y no cumplir la dicha real orden, permitir que continúe la obra del muelle hasta que mejor informado su Majestad resuelva lo que tuviese por consiguiente”. Pocos días después, el Virrey anunciaba al Ayuntamiento “haber obedecido y suspendido el cumplimiento de la real orden...”¹²²

Otra vez, en 1806, el mismo Cabildo de Buenos Aires, fundándose en la necesidad de mantener el estado de defensa de la ciudad, acordó pedir al Comandante de Armas que “obedezca y no cumpla” la orden del Virrey para remitir a Montevideo las cañoneras y otros

¹²⁰ *Acuerdos Buenos Aires*, 1^a, XV, 443-449. Otro caso de convocatoria de cabildo abierto fue el producido en Santiago del Estero en 1772, con el fin expreso de considerar la suplicación de un despacho del Virrey del Perú. Pero se limitó a un pedido del Procurador General, ya que el ayuntamiento no aceptó dicha petición y resolvió dar cumplimiento a la orden virreinal (*Actas Santiago del Estero*, III, 281-289).

De notoria repercusión fue el cabildo abierto montevideano que el 21 de septiembre de 1808 dispuso que el decreto del Virrey Liniers relevando del gobierno político y militar a Francisco Xavier de Elío “debía obedecerse y no cumplirse”, elevando el gobernador “los recursos que la ley le franquea en estos casos” bien a la Audiencia o bien al Rey en la Suprema Junta (*La Junta*, cit., 261).

¹²¹ *Acuerdos Buenos Aires*, 1^a, XVI, 52 y 59-65.

¹²² *Idem*, 4^a, I, 256-257 y 264. Sobre este episodio informó el Virrey a las autoridades superiores en carta de 27 de agosto de 1803, expresando las causas por las que “me consideré en el caso de obedecer y suspender el cumplimiento de la Real Orden...” (AGI, Buenos Aires 131).

pequeños buques que de este puerto habían venido a Buenos Aires, para reconquistar la ciudad del poder de los ingleses.¹²³

Si las suplicaciones entabladas por los cabildos constituyen mayoría, no fueron pocas las que hicieron las autoridades reales —como virreyes y presidentes, audiencias, gobernadores y oficiales reales—, la jerarquía eclesiástica —como obispos y superiores de órdenes religiosas—, los cabildos eclesásticos, el Consulado, y en general los vasallos afectados personalmente por alguna medida.

IV. LAS CAUSAS INVOCADAS

La “respuesta” a lo mandado por el legislador y las razones alegadas

Para llevar adelante el recurso de suplicación, y sobre todo para obtener la suspensión de la ejecución, se tenía que alegar y acreditar causa justificada. No debe olvidarse que su finalidad era conseguir la revisión de una medida ya adoptada, y para ello era necesario exhibir los elementos más contundentes que convencieran al legislador acerca de su error en el dictado de la disposición originaria.

El suplicante daba así su “respuesta” al mandado legislativo. La contestación se dirigía más bien contra las motivaciones contenidas en la norma objetada, que eran analizadas y rebatidas. Aun cuando la motivación no aparecía en todas las disposiciones, ello era muy corriente en las originadas en peticiones particulares e indudablemente permitía, con más facilidad, detectar sus posibles vicios y alegarlos en la suplicación.

Un criterio contrario a la motivación de las leyes pareció ganar la pluma de los escritores del setecientos, si nos atenemos a lo que decía Juan de Cabrera.¹²⁴ Esta actitud estaba emparentada con la nueva concepción política que conquistaba terreno por esos días y significaba un ataque indirecto a la suplicación de las leyes.

La “respuesta” del suplicante podía ser extensa o breve, dada en el mismo acto de obedecer la norma o presentada con posterioridad, pero eso sí las causas alegadas debían ser graves y notorias para que fuese modificada la decisión del legislador. Veamos algunas de las que he recogido de la praxis rioplatense. Así, según los casos, se impugnaban las normas por ser contrarias al “derecho común y natural

¹²³ *Acuerdos Buenos Aires*, 4^a, II, 322.

¹²⁴ Juan de Cabrera, *Crisis política...* Madrid, 1719, p. 607.

de las gentes";¹²⁵ a la ordenanza de la ciudad;¹²⁶ a un privilegio otorgado;¹²⁷ a la costumbre;¹²⁸ o, uniendo estas causales, por contrarias a la ordenanza del fundador y costumbre inmemorial.¹²⁹ Era también muy frecuente que se alegase, conjunta o separadamente, la dificultad, inconvenientes o imposibilidad de dar cumplimiento a una norma determinada, haciendo una relación prolija de la situación en que se encontraba la ciudad o región, y señalando los perjuicios que se ocasionarían en caso de no modificarse el criterio adoptado por el legislador.¹³⁰ También se utilizó este recurso para impugnar el nombramiento de un funcionario inhábil o indeseable para la ciudad.¹³¹ No faltó, empero, quien prefiriese reservar las razones para darlas en su momento ante la autoridad pertinente, o quien se limitara a expresar que lo hacía "por causas importantes del servicio de su Majestad..."¹³²

Junto a las razones mencionadas, aparecían otras que iban dirigidas especialmente a atacar la norma, ya sea por la dirección que había tomado o por la forma en que había sido obtenida. Así se alegaba que existían defectos en el poder de quien la peticionó¹³³ o que la norma estaba dirigida a otro gobernador y no al suplicante.¹³⁴ Pero lo más frecuente era aducir que había sido despachada sin citación ni audiencia de las partes interesadas,¹³⁵ y que había sido obtenida

¹²⁵ Córdoba, 1607 (Biblioteca Nacional de Buenos Aires, Colección de copias... 181, 3753).

¹²⁶ Córdoba, 1588 (*Actas Córdoba*, II, 69-70); Buenos Aires, 1726 y 1774 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2ª, V, 558-559, y 3ª, V, 99-100).

¹²⁷ Buenos Aires, 1729 (*Actas Buenos Aires*, 2ª, VI, 26-27).

¹²⁸ Mendoza, 1643 (*Actas Mendoza*, II, 175-176); Buenos Aires, 1706 (AGI, Charcas 212); Tucumán, 1719 (AGI, Charcas 210); Buenos Aires, 1677 y 1729 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1ª, XV, 66 y 2ª, V, 19-20); Santiago del Estero, 1741 y 1776 (*Actas Santiago del Estero*, I, 394-396 y III, 522).

¹²⁹ Santiago del Estero, 1607 (*Actas Córdoba*, X, 474).

¹³⁰ Mendoza, 1604 (*Actas Mendoza*, I, 294); Córdoba, 1652 (*Actas Córdoba*, X, 114-127); Buenos Aires, 1680 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1ª XV, 443-449). Lo mismo las súplicas por el traslado de mil familias indígenas de las reducciones jesuitas del Paraná y Uruguay a Buenos Aires en 1680 (AGI, Charcas 131); y por la real cédula de 2 de septiembre de 1687, efectuada esta última por la ciudad de Asunción (AGI, Charcas 30).

¹³¹ Tucumán, 1570 (*Actas Tucumán*, I, 28-33) y Santiago del Estero, 1745 (*Actas Santiago del Estero*, I, 472-473).

¹³² Santiago del Estero, 1743 (*Actas Santiago del Estero*, I, 419-420); y Buenos Aires, 1629 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1ª, VII, 13), respectivamente.

¹³³ Buenos Aires, 1711 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2ª, II, 439).

¹³⁴ Buenos Aires, 1629 (*Idem*, 1ª, VII, 15-16).

¹³⁵ Santiago del Estero, 1607 (*Actas Córdoba*, X, 474); Salta, 1718 (AGN, IX.5.6.6).

con vicios de obrepción y subrepción,¹³⁶ es decir mediando engaño en la relación hecha al formular la petición del despacho.

Dentro de esa variedad de causas, no faltaba la súplica destinada a aclarar y no a impugnar el contenido de un despacho, como la entablada por el Cabildo de Mendoza en 1657 ante la Audiencia de Chile para que le aclarase si la designación contenida en una Provisión ya obedecida y suplicada correspondía o al hijo, ambos del mismo nombre.¹³⁷

Las razones invocadas debían, según los casos, estar avaladas con las probanzas pertinentes, de carácter documental o testimonial. A veces, era la parte interesada quien se adelantaba a ofrecerlas y otras, era la misma autoridad quien las exigía.¹³⁸

Un modelo de alegato jurídico

Como se comprende, la forma estrictamente jurídica de plantear el recurso y de llevarlo adelante, exigía a menudo la consulta o intervención letrada. Ello resulta evidente no sólo por aisladas referencias,¹³⁹ sino por la elaboración de los alegatos conocidos. Estas piezas jurídicas no diferían en mucho de las que los abogados solían presentar en pleitos particulares y constituían verdaderos escritos judiciales. Tal vez, sea de interés, para cerrar este capítulo, hacer el análisis de la técnica utilizada en uno de ellos, que nos sirva de modelo.

Veamos el que suscribió el Cabildo bonaerense en 1677, con motivo de la suplicación entablada contra la real cédula de 2 de octubre de 1676, que autorizaba al capitán Miguel de Vergara, dueño de na-

¹³⁶ Buenos Aires, 1609 (Biblioteca Nacional de Buenos Aires, Colección de copias... 135, 2412); Mendoza, 1643 (*Actas Mendoza*, II, 175-176); Buenos Aires, 1677 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1ª, XV, 70); Buenos Aires, 1706 (AGI, Charcas 212); Buenos Aires, 1711, 1717 y 1770 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2ª, II, 441; III, 455; y 3ª, IV, 208-209); Salta, 1718 (cit. nota 135); Buenos Aires, 1804 (AGN, IX.19.5.3. fs. 8); Buenos Aires, 1807 (*Acuerdos Buenos Aires*, 4ª, II, 758-759).

Sobre estos vicios véase: Gaspar de Villaroel, *Gobierno eclesiástico pacífico*, Madrid, 1656-57, Parte II, XVI, III, nº 127-134; Solórzano, *Política Indiana*, cit., III, IX, nº 42; Parras, *Gobierno de los regulares de la América*, cit., II, 42; y Prudencio Antonio de Palacios, *Notas a los títulos y leyes de la Recopilación de Indias*, t. I, f. 130. (Biblioteca de Palacio, Madrid, nº 1824).

¹³⁷ *Actas Mendoza*, III, 175-179 y 183.

¹³⁸ Véanse, como ejemplo, los siguientes casos: Buenos Aires, 1615 (AGI, Charcas, 33), con declaraciones testimoniales; Buenos Aires, 1706 (AGI, Charcas 212), con testimonio de los libros capitulares; Buenos Aires, 1729 y 1774 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2ª, VI, 19-20; y 3ª, V, 213, 229, 409-415) con prueba testimonial.

¹³⁹ Buenos Aires, 1642 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1ª, IX, 267-268); Corrientes, 1673 (*Actas Corrientes*, III, 265); y Buenos Aires, 1710 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2ª, II, 358-359).

vios de registro, a comprar libremente la corambre en el puerto de Buenos Aires.

El alegato en cuestión constaba de cinco puntos bien definidos. En el primero, se señalaba que la real cédula mencionada había sido obtenida con "siniestra relación", ya que no se habían expresado entonces las características locales de la explotación y comercio de cueros, tan diferentes a otras regiones indianas, en razón de que los vecinos de Buenos Aires gozaban, por costumbre inmemorial, de una singular modalidad en la propiedad del ganado —por causas que se exponían— y el Cabildo regulaba esa explotación y venta para evitar los abusos. En el segundo punto se invocaba el principio legal que autorizaba a obedecer y no cumplir una disposición contraria a Derecho, despachada sin citación ni audiencia del Cabildo y los vecinos, y perjudicial para sus intereses. Luego, la conclusión de ambos puntos era que dicha cédula, por ser contraria al modo que ha practicado el Cabildo, al bien común y a la utilidad pública, no podía ejecutarse hasta tanto fuese consultado el rey.

El punto siguiente se dirigía a señalar que nadie debía ser despojado de lo que poseía o de la autoridad que ejercía sin antes ser citado, oído y vencido en derecho; y en caso de no haberse procedido así, invocando las leyes reales pertinentes, la carta debía ser obedecida y no cumplida.

Finalmente, el último punto estaba destinado a demostrar que la cédula en cuestión era una "carta provisional incitativa" y como tal no podía derogar "estilos, ley, estatutos y costumbres" debidamente introducidos y practicados. Por eso, insistía en que debía suspenderse su ejecución hasta nuevo mandato real.¹⁴⁰

Como vemos, este extenso y meduloso alegato dirigía su ataque tanto hacia el fondo del asunto como a la obtención de la suspensión de la ejecución, que en este caso resultaba vital para los intereses locales, agrupados casi exclusivamente en torno a la venta y exportación de los cueros.

V. LOS EFECTOS DEL RECURSO

El recurso de suplicación apuntaba a dos objetivos: primero e inmediato, el de obtener la suspensión de la ejecución de la norma impugnada; el segundo y mediato, lograr que el legislador revocara su anterior decisión. Ambos eran difíciles de alcanzar, porque precisa-

¹⁴⁰ *Acuerdos Buenos Aires*, 1a., XV, 67-73.

mente constituían una excepción al principio del cumplimiento de las leyes que, como vimos, la Corona enunció continuamente. Y más aún tratándose de un recurso entablado ante la misma autoridad que ya se había pronunciado en la cuestión.

No obstante, teniendo en cuenta estas circunstancias, es relativamente apreciable el conjunto de casos que alcanzaron el éxito perseguido por los suplicantes. No sería posible ilustrar esta afirmación con datos estadísticos, por carecer de noticias sobre la suerte final de muchos casos, pero además no sería conveniente confiar a los números una cuestión que exige una penetración que aquéllos naturalmente no alcanzan a ofrecernos.

La suspensión de la ejecución de la norma

La suspensión de la ejecución de la norma era atribución privativa del encargado de cumplirla. Lo podía hacer por sí, al recibir el despacho,¹⁴¹ o a petición de otro funcionario, órgano o persona, que hubiera entablado en forma el recurso de suplicación.¹⁴²

Como hemos visto, las leyes admitían con relativa amplitud las suplicaciones, pero eran más restringidas en lo relativo a la suspensión de la ejecución. Esto era sólo aparente, si tenemos en cuenta que el ejecutor se podía amparar tanto en la posibilidad de que el cumplimiento de la norma ocasionaría "escándalo conocido o daño irreparable", como en que aquélla adolecía de "vicios de obrepción o subrepción", lo que no era difícil de hallar en normas cuestionadas, y en base a ello dejarlas de cumplir a la espera del segundo mandado.

Se recoge la impresión, a través de la praxis, de que era opinión dominante el que, admitida la suplicación entablada, se producía sin más la suspensión de la ejecución. Esto era, indudablemente, ir más allá de lo permitido por las leyes y dar al "obedecer y no cumplir" una extensión mayor de la prevista.¹⁴³ Es probable que esta circuns-

¹⁴¹ Ejemplos: véase carta del gobernador de Buenos Aires al rey de 10 de diciembre de 1689, con relación a la real cédula de 6 de abril de 1688 (AGI, Charcas 151); carta de la Audiencia de Charcas, de 20 de mayo de 1696, con relación a la real cédula de 21 de junio de 1693 (AGI, Charcas 25); suplicación del gobernador de Buenos Aires, José de Herrera y Sotomayor ante la real provisión de 25 de febrero de 1687 (AGI, Charcas 29); y suplicación del Consulado de Buenos Aires de la real cédula de 6 de agosto de 1796 (AGI, Buenos Aires 586).

¹⁴² Ejemplos: Buenos Aires, 1606 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1a., I, 196-198 y AGI, Charcas, 45); y Buenos Aires, 1807 (*Acuerdos Buenos Aires*, 4a., II, 758-759 y III, 5-6).

¹⁴³ Ejemplos: Buenos Aires, 1615 (AGI, Charcas, 112); Buenos Aires, 1655 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1a., X, 411-412); Buenos Aires, 1706 (AGI, Charcas 212); Buenos Aires, 1774 (*Acuerdos Buenos Aires*, 3a., V, 189); y Tucumán 1810

tancia haya llevado a acuñar una expresión que aparecía en algunas reales provisiones, en el sentido de que lo mandado debía cumplirse "sin embargo de suplicación" o de cualquier otro recurso.

No era, pues, inusual que los virreyes, audiencias, gobernadores, y cabildos dispusieran suspender la ejecución de los despachos que se les dirigían. Pero también hubo casos en que se admitía la suplicación, sin conceder la suspensión.¹⁴⁴ No faltaron tampoco los que otorgaban la suspensión con alguna modalidad,¹⁴⁵ para así evitar que la inejecución constituyera una manera de omitir indefinidamente el cumplimiento de la disposición suplicada. Uno de los casos más interesantes al respecto fue el ocurrido en Buenos Aires en 1615. En esta oportunidad, el gobernador y los oficiales reales, en acuerdo junto con los letrados, resolvieron admitir la súplica contra una ordenanza de Virrey del Perú, con la condición de que los recurrentes se presentaran ante el Virrey o el Rey en el plazo de un año, para sustanciar el recurso, bajo pena de ejecutarse aquélla.¹⁴⁶

El pronunciamiento del legislador

Obtenida o no la suspensión, el paso siguiente era lograr el pronunciamiento de la autoridad que había expedido el despacho supli-

(*Actas Tucumán*, I, 27-28). Esta misma idea la recoge una obra, de origen práctico, al sostener que la "súplica razonable de los súbditos suspende la obligación de observar la ley" (Fray Juan de Paz, *Consultas y resoluciones varias, theologicas, jurídicas, regulares y morales...* Sevilla, 1687, f. 172). En el mismo sentido, Pizarro y Orellana, *Varones ilustres*, cit. 374.

El Consulado de Lima, en una representación dirigida al Virrey en 1774, ponderaba la prudencia de los gobernadores en suspender las ejecuciones de los mandados cuando eran perjudiciales y señalaba que esta actitud había merecido la aprobación y el agradecimiento de los reyes (Facultad de Filosofía y Letras, *Documentos para la Historia Argentina*, t. V, Buenos Aires, 1915, p. 349. Dato proporcionado por el doctor José M. Mariluz Urquijo).

¹⁴⁴ Ejemplos: Buenos Aires, 1677 y 1681 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1a., XV, 92-95 y 459-460); Asunción, 1694 (AGI, Charcas 30); y Tucumán, 1810 (*Actas Tucumán*, I, 27-28).

¹⁴⁵ Buenos Aires, 1642 (*Acuerdos Buenos Aires*, 1a., IX, 267-270). En 1609, el gobernador de Buenos Aires admitía suspender la ejecución de un despacho, a condición de que los oficiales reales peticionantes diesen una fianza conveniente (Biblioteca Nacional de Buenos Aires, Colección de copias... 135, 2412). También la Audiencia de Charcas estableció una fianza para suspender la ejecución del nuevo impuesto establecido por real cédula de 26 de febrero de 1680 (AGI, Charcas, 282).

¹⁴⁶ AGI, Charcas 33. Otro caso análogo ocurrió cuando en 1755 los comerciantes bonaerenses lograron suspender la ejecución de un derecho aduanero, hasta que el Virrey del Perú decidiera la súplica entablada, asegurando su eventual cumplimiento mediante una fianza. Así lo dispusieron los oficiales reales, con dictamen letrado (AGN, IX.10.2.4).

cado.¹⁴⁷ Era frecuente que esa autoridad residiera a cierta distancia del lugar donde se había entablado el recurso. De ahí que su tramitación exigiera esfuerzos de toda índole.¹⁴⁸ Como no todos querían o podían hacer ese esfuerzo, muchos recursos quedaron en el camino. Se producía así un tamiz natural, dado por la conformidad de unos, la inercia de otros, la imposibilidad de algunos.

Cuando llegaba, por fin, a manos del legislador no por ello estaba asegurada a resolución final, pues a veces el recurso quedaba sepultado en el papeleo oficinesco, y otras veces olvidado ex profeso. En este caso, el silencio del legislador debía ser interpretado a favor del suplicante, si nos atenemos a lo que sostenía Fray Casimiro Díaz en la primera mitad del siglo XVIII: "Siempre y cuando, que interpuesta la súplica calla el Príncipe, y no insta en la ejecución de la ley se suspende, y cesa su obligación; *por que qui tacet consentire videtur*; y esto aun que la ley sea justa".¹⁴⁹

A manera de ejemplo, me ocuparé de destacar algunas de las decisiones adoptadas por el Consejo de Indias ante recursos de distinta naturaleza que se plantearon, los cuales son irreductibles a principios generales.

Cuando el Presidente de la Audiencia de Charcas suplicó contra la real cédula de 6 de julio de 1676, en defensa de las prerrogativas del Real Patronato, y una vez establecida su razonabilidad, el Consejo, oído el Fiscal, se limitó a proveer: "Que se coja la cédula de 6 de julio del año pasado 1676 y dése despacho para que se guarden las demás sobre la observancia del real patronato."¹⁵⁰

Un caso más sustancioso fue el originado en la real cédula de 26 de febrero de 1680, por la que se dispuso que se llevaran a Buenos Aires, para formar una nueva reducción, a mil familias de indios de las doctrinas del Paraná y Uruguay, con el objeto de procurar afian-

¹⁴⁷ Aunque, en principio, el recurso planteado era resuelto por la misma autoridad que había expedido la norma cuestionada, no siempre fue así. Un ejemplo lo tenemos con lo ocurrido en Corrientes en 1653, oportunidad en la que se aprovechó la visita de un oidor de la Audiencia de Charcas para que resolviese una suplicación entablada contra cédulas y provisiones (*Actas Corrientes*, II, 238-241).

¹⁴⁸ Con relación a otro recurso decía el Cabildo de Buenos Aires en 1710 que no había apelado de una decisión del gobernador ante el rey por "estar el recurso tan lejos que se pasan muchos años sin que haya ocasión de naos que vayan y vengan a este Puerto". Agregaba que "para estos recursos, tiene puestos en estos Reynos dos Tribunales tan superiores como el del Sr. Virrey y la Real Audiencia de las Charcas, que aún que el uno dista mil leguas de esta ciudad, y el otro quinientos, son más fáciles que los de España por estar la mar de por medio y las pocas ocasiones que hay de navios..." (*Acuerdos Buenos Aires*, 2^a II, 265).

¹⁴⁹ Díaz, *Espejo de Parrochos*, II, 66-67.

¹⁵⁰ AGI, Charcas 23.

zar la seguridad del Puerto. Apenas el gobernador del Río de la Plata, don José de Garro, intentó ejecutar el despacho, se hicieron presentes los inconvenientes que provocaría el traslado de las familias indígenas. El Padre Superior de las Reducciones del Paraná y Uruguay suplicó entonces de dicha cédula, ante el Rey, y pidió que entretanto se suspendiese su ejecución. Llevado el asunto al Consejo de Indias, fueron tan abrumadores los informes y testimonios acompañados, haciendo ver los inconvenientes del traslado, la importancia estratégica de la ubicación en donde se hallaban, la fidelidad de los naturales y sus constantes sacrificios en defensa de la tierra, etcétera, que no resultó difícil obtener del Consejo una resolución disponiendo que se recogiese la cédula y no se usase de ella.¹⁵¹

La real cédula de 26 de febrero de 1680 había establecido nuevos impuestos sobre el ganado vacuno, la corambre, el vino y la yerba, para atender la obra del nuevo fuerte de Buenos Aires. La medida fue resistida por varios cabildos rioplatenses, quienes suplicaron la cédula y llevaron, con gran esfuerzo, el asunto ante el propio Consejo, el que finalmente dispuso por real cédula de 11 de diciembre de 1685, que "en atención a las justas causas y razones que le representaron a su Majestad por estas provincias para la conservación de ellas", cesase la cobranza de dichos tributos.¹⁵² Pero como la necesidad de atender la fortificación de Buenos Aires continuaba y la Audiencia de Charcas no había sugerido la forma de reemplazar el gravamen derogado, volvió a plantearse la cuestión en el Consejo en 1701 y allí se insinuó la idea de establecer un impuesto limitado por seis años, que no gravase a los indios, mientras la Audiencia no propusiera otros medios o no se concluyese la fortificación.¹⁵³ Es decir, que se advierte como aquel recurso aún tuvo sus efectos algunos lustros después para adecuar la política legislativa del Consejo, tratando de no incurrir en errores superados.¹⁵⁴

Suerte distinta corrió la súplica que hizo en 1729 el Cabildo de Buenos Aires con respecto a la real cédula de 27 de octubre de 1728, sobre nuevos gravámenes impuestos para atender la fortificación de Montevideo. En este caso, sin llegar la representación capitular al Rey, fue suficientes una carta del gobernador de Buenos Aires, don Bruno Mauricio de Zavala para que el Consejo, recogiendo la opinión del Fiscal, decidiera —en conocimiento de los argumentos del

¹⁵¹ AGI, Charcas 131.

¹⁵² *Acuerdo Buenos Aires*, 1^o, XV, 443 y sigs., y XVI, 325; AGI, Charcas 282.

¹⁵³ AGI, Charcas 279.

¹⁵⁴ Lo mismo con relación al problema de traslado de familias indígenas (ver consulta del Consejo de Indias de 22 de noviembre de 1701, Charcas 154).

Cabildo— que continuase el cobro del nuevo impuesto, con el destino indicado, hasta la conclusión de la obra.¹⁵⁵

Pero junto a estos casos, en que el pronunciamiento del Consejo, afirmativo o negativo, ofrecía una solución determinada, se encuentran otros en que prefería esquivar ese pronunciamiento y dejar las cosas en el estado en que se encontraban, sin alterarlas por alguna razón que no se hace evidente en el expediente respectivo. A manera de ejemplo, veamos dos casos.

El primero, ocurrido a raíz de la suplicación entablada por la ciudad de Asunción contra la real cédula de 2 de septiembre de 1687, que dispuso aplicar la mitad de los tributos de las encomiendas de indios durante cuatro años para "la manutención y defensa de las costas de la mar del sur". La ciudad representó entonces su suma pobreza, la guerra que debía soportar por parte de los indios enemigos, y otros motivos, que llevaron al gobernador del Paraguay a suspender su cumplimiento. Una nueva real cédula de 18 de mayo de 1690, en sentido análogo, fue nuevamente suplicada y también suspendida en su ejecución. Al llegar un nuevo gobernador al Paraguay y encontrarse con esta situación, decidió dar cuenta al Rey —lo que parece antes no se había hecho—, informando de la escasa renta que se percibía de las encomiendas existentes. El Fiscal del Consejo se expidió presuntuosamente sosteniendo que se le debía hacer saber al gobernador la extrañeza por no haber cumplido con esas cédulas, ordenándole que "sin dilación las ejecute, sin excepción alguna". El Consejo, al parecer, vaciló, pues una primera resolución, luego testada, decía: "Con el señor fiscal", para luego inclinarse por otro temperamento más flexible: "que por ahora no haga novedad sin suspendo."¹⁵⁶

El otro caso, aunque diferente al anterior, nos presenta al Consejo en una análoga actitud de moderación y prudencia, prefiriendo tardar su pronunciamiento, si era necesario, para una instancia posterior. El Obispo de Córdoba del Tucumán, don José de Zavallos, había suplicado en 1737 de una real provisión circular de la Audiencia de Charcas, en la que, en virtud de varias cédulas, se disponía que no se cobrasen a los curas las cuartas funerales por el tiempo de la vacante de su antecesor. El Obispo llevó la cuestión a la Audiencia y al Rey, seguramente en razón de que la Provisión recogía disposiciones emanadas del propio rey.

El Fiscal del Consejo, luego de analizar la cuestión, dictaminó en

¹⁵⁵ AGI, Charcas 214.

¹⁵⁶ AGI, Charcas 30.

el sentido de que se hiciese saber a la Audiencia que "haga cumplir y ejecutar dicha ley, y cédulas; y que hecho, que sea, oiga a las partes interesadas sobre lo que representa el Rdo. Obispo resolviendo en justicia..." El Consejo fue mucho más cauteloso y lacónico: "Respóndase al Rdo. Obispo avisando el recibo, y que siga en la Audiencia en instancia."¹⁵⁷ Pese a la existencia de leyes precisas sobre la cuestión, el Consejo prefería dilatar su pronunciamiento hasta agotar el procedimiento en la Audiencia y recoger así seguramente una mayor información en un asunto que no apremiaba resolver. ¿No era acaso todo un arte de gobernar?

La firmeza del segundo mandado

Según hemos visto, la ley y doctrina establecían que, en aquellas cuestiones que no excedían al ámbito corriente de los negocios de gobierno y justicia, una vez tramitada la suplicación, el segundo mandado debía cumplirse invariablemente, sin posibilidad de intentar nuevo recurso. Esta idea acerca de la ejecución del segundo pronunciamiento se hacía presente, con frecuencia, en las fórmulas acuñadas o en los modos de expresión utilizados al momento de entablar la suplicación.¹⁵⁸ Sin embargo, no faltan ejemplos, excepcionales por cierto, en los que, al parecer, el segundo mandado fue también suplicado, sin que haya sido posible conocer el trámite ulterior de los mismos.¹⁵⁹

De esta manera, se daba punto final a la tramitación del caso, en cuyo desarrollo se habían podido dilucidar los vicios de la norma o los inconvenientes y perjuicios que su eventual ejecución pudiera provocar. Mientras para los súbditos, o quienes representaban sus intereses, era un cauce adecuado para formular sus reclamaciones contra la norma nueva, para el legislador era la oportunidad de dictar el pronunciamiento definitivo, provisto ahora de una mejor información sobre el asunto. En suma, un instrumento útil para gobernantes y gobernados.

¹⁵⁷ AGI, Charcas 372.

¹⁵⁸ Véase Villadiego, V, Nº 91. Ejemplos: Santiago del Estero, 1607 (*Actas Córdoba*, X, 474); Buenos Aires, 1609 (Biblioteca Nacional, Colección de copias, 135, 2412); Córdoba, 1575 y 1652 (*Actas Córdoba*, I, 211 y X, 123); Santiago del Estero, 1745 y 1777 (*Actas Santiago del Estero*, I, 472-473 y III, 535-536); Buenos Aires, 1774 (*Acuerdos Buenos Aires*, 3ª, V, 174-175). También la respuesta del Obispo de Córdoba del Tucumán, José de Zevallos de 16 de noviembre de 1737 (AGI, Charcas 372).

¹⁵⁹ Buenos Aires, 1711 y 1731 (*Acuerdos Buenos Aires*, 2ª, II, 439-441, y VI, 396-397). Asimismo, la nueva súplica del Consulado de Buenos Aires en 1798, insatisfecho de la forma en que se había resuelto su anterior súplica (AGI, Buenos Aires, 586).

APUNTES DE HISTORIA DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO *

Enrique TORROELLA DE LA ESTRADA, S.J.**

Es difícil reconstruir hechos y sobre todo recordar apellidos después de 53 años. Y más habiéndome separado completamente de ese medio, no por falta de cariño y aprecio, sino que mi nueva vida religiosa me absorbió por completo, tanto más que [me] tuve que hacer —lejos de la Patria, en Ysleta, Texas, separado totalmente del mundo, dedicado a la oración y al estudio— en primer lugar del Latín, después del Griego y a repasar todos los estudios, pues me hicieron empezar desde hacer palotes, hasta llegar a la Filosofía Escolástica por tres años. Total, dos de noviciado, tres de letras y tres de Filosofía, ocho años. Regresé a México por escaso un año para asistir a

* Estos apuntes fueron encontrados entre los papeles que el licenciado Genaro Ma. González tenía en su poder a su muerte (diciembre de 1981); le fueron enviados por su autor para servir a la Historia de la Escuela que el maestro González tenía encomendada elaborar. Por no haberse considerado la posibilidad de su publicación, el manuscrito original contiene muchos errores de puntuación y desorden en el uso de las mayúsculas. El P. Torroella los escribió rápidamente, como le venían los recuerdos de su mente, sin prestar mayor atención a estas cuestiones. Por lo mismo, hemos, en lo posible, subsanado los errores, unificado el uso de las mayúsculas y corregido la redacción cuando pareció ser absolutamente indispensable. En este caso lo indicamos con el uso de corchetes. Sea su publicación homenaje a un egresado de la Escuela que destacó brillantemente en su vocación, y sirvan para colaborar —como en el caso de "Miguel S. Macedo. Forja y temple de abogados" del licenciado Roberto Hernández Santamaría, (*Revista de Investigaciones Jurídicas* Nº 8, Vol. I, 1984)— con el conocimiento del pasado de la Escuela Libre, próxima a cumplir sus primeros 75 años.

** Nació en Tacubaya el 20 de febrero de 1901 y murió en la ciudad de México el 15 de abril de 1984. Ingresó a la Escuela Libre de Derecho en 1918, y en ella recibió el título de abogado el 8 de agosto de 1925. Perteneció a la sociedad de Jesús desde el 30 de noviembre de 1925 hasta su muerte. Rector de Bachilleratos y del Instituto Patria fue, asimismo, animador de la fundación del Centro Cultural Universitario, hoy Universidad Iberoamericana. Dominó el náhuatl, habiendo editado —traducido y perfeccionado— la *Gramática Náhuatl* de Remí Simeon (1962) y dejado inconclusa la edición del *Diccionario Náhuatl* del mismo autor. Era, a su muerte, operario del templo de la Sagrada Familia en la colonia Roma de la ciudad de México. (Datos tomados de la fotocopia de una reseña escrita por el P. Manuel Pérez Alonso, proporcionada por el P. Miguel Villoro Toranzo. Algunas notas son nuestras, otras proceden de dicha reseña. Vid. *Anuario* 84. Universidad Iberoamericana, p. 25) (J. del A.)

la clausura de nuestro Colegio: El Ciencias y Letras. El arbitrario ministro Bassols prohibió que se le diera el nombre de Patria "¿Cómo un Colegio de curas va a llevar ese distinguido nombre?" decía el fanático Bassols, hasta que cerró el plantel que estaba en la casa del ex presidente don Manuel González; alquilada, por cierto.

Entonces me tuvieron los Superiores ocupado con la extensión universitaria *Lex*, para los futuros abogados, en la plaza de Santo Domingo, a un lado del hermoso templo de los padres Dominicos. En las noches también asistía para ayudarlo con el grupo de UNEC —Unión Nacional de Estudiantes Católicos— al genial padre Ramón Martínez Silva que poco después sería señalado por los Obispos y Superiores de la Compañía de Jesús para instalar el Seminario Interdiocesano de México, en Montezuma, Nuevo México, antiguo hotel balneario, donde se formaron más de 15 de nuestros nuevos Prelados y 2 000 sacerdotes.

Yo vocación para Leyes en realidad no tenía. Cierta dificultad para expresarme, una carrera un poco desprestigiada por la cantidad de abogados venales y de actuarios turbios, movidos los tribunales más por dinero que por justicia. Pero hablando un día con Rafael Sánchez Navarro, que iba un año más adelantado que yo y estudiaba en la Libre, me contó el plan de estudios y que en primero y segundo años llevaban cursos de latín. Mi director espiritual entonces era el señor Pascual Díaz, que más tarde llegó a ser Arzobispo de México, [y] me dijo "¡Magnífico, estudia latín porque si lo dejas para más tarde te harás viejo y mucho trabajo te dará!" Qué justo el criterio de don Pascual y que magnífica inspiración. Aunque no me gustaba la carrera me inscribí para aprender latín. Mi inclinación natural hubiera sido la arquitectura pues poseo facilidad para dibujar y pintar.

Ya metido en los estudios me gustaron muchísimo y adquirí la facilidad de palabra que ahora tengo para la oratoria, [tan] necesaria para el sacerdote.

El plan de estudios entonces en 1º de la Libre era: Derecho Civil, Sociología, Economía Política y Latín.

Tuvimos como profesor de Civil al viejecito don Rafael Linares quien falleció a causa del tifo como varios de mis compañeros de clase. Fue una epidemia terrible al final de la primera guerra europea y se trató entonces de independizarnos de la tutela norteamericana. Le sucedió don Rafael Ceniceros y Villarreal que había sido líder del Partido Católico y había llegado a la primera magistratura de su estado, Durango. Era tío de José Ángel Ceniceros de quien me ocuparé después. La clase con el tifo se mermó, quedamos sólo 4 ó 5:

Navarro, Sánchez Navarro, un tampiqueño Ferrari, [y] un seminarista reventado que sabía mucho latín y filosofía pero que era de costumbres muy depravadas y sucio.

Cuando yo entré a inscribirme en mi nueva escuela, sentí repugnancia. Era un edificio viejísimo, mal oliente como todas esas casas del centro de México que apestan a letrina. El portero era un tal Alejo, un hombre muy sucio; decían —no me consta— que tenía varias mujeres, el hecho es que se veían por los corredores criaturitas sucias y gateando.

Juanito Gutiérrez era el secretario de la Escuela; mientras escribía con mucha velocidad en la máquina, interrogaba, inquiría de cada alumno su vida y sus milagros, así nos conocía muy bien. Yo llevé agradable amistad con él. Me decía, "mira Enrique, todos los muchachos que hay en la escuela son buenos. Algunos parranderos, no por malos, sino que están en la edad de esas cosas. Pero hay uno sólo que sí es malo: Portes Gil"; quien más tarde fue presidente interino de la República y nos dimos cuenta de su maldad. Hizo, que yo sepa, una sola cosa buena, reconocer como válidos los estudios de la Libre de Derecho. Juan Gutiérrez murió sin que yo lo pudiera auxiliar como sacerdote, pues estaba separado de la iglesia porque había tenido la desgracia de engendrar un hijo mongoloide y esto le hizo alejarse de la divina providencia de Dios. Había casado con una mujer que, según entiendo, no practicaba la religión y aunque él estaba en un bufete de lo más católico, pues era [el] de don Agustín Rodríguez y ahí trabajaban Herrera y Lasso y otros abogados fervientes católicos, él no lo era. Andando los años me encargó don Manuel Herrera y Lasso de la escuela "Patricio Sanz" para niños pobres, y Juan Gutiérrez fue el administrador. Eso sí, [fue] un hombre honrado a carta cabal.

Vuelvo al segundo maestro que tuvimos de Civil —don Rafael Ceniceros y Villarreal, que después figuró mucho y padeció más como jefe de la Liga de la Defensa Religiosa que fundamos el señor Bustos, el señor De la Peza, don Miguel Palomar y Vizcarra, René Capistrán—. Don Rafael, en cuanto a matrimonio civil, nos daba muchos apuntes acerca del matrimonio religioso y nos enseñaba los cánones del nuevo código de Derecho Canónico, recientemente publicado por Benedicto XV (Giacomo del Chiesa). Código del que decía don Miguel Macedo, el subdirector de la escuela,¹ de ideas enteramente

¹ Miguel S. Macedo (1856-1929) no era "subdirector", cargo que no ha existido nunca en la escuela, sino vocal de la Junta Directiva.

positivistas, que lo consultáramos en alguna duda o dificultad, pues era el código mejor hecho.

El otro maestro era Romeo Ortega, veleidoso. Había sido prefecto de la Congregación Mariana de nuestro colegio de Puebla pero después, por subir, olvidó la religión para caer en gracia a los gobiernos revolucionarios. Romeo Ortega, de Oaxaca, no se presentaba a dar las clases. La Escuela Libre tenía el mérito de que no pagaba a su profesorado, éste sentía un honor en ser designado maestro de la misma y ése era su mejor pago. Escribimos una carta los alumnos a la dirección suplicando que cambiaran al maestro que no acudía a clase. La dirección nos dio la razón y tuvo que renunciar muy a pesar suyo; dirigiéndose a mí me reclamó, pues me decía: "usted compañero es el único decente de ese grupo y también ha firmado la carta"; "maestro le conteste, nadie pone en duda sus conocimientos, pero ¿cómo quiere que aprendamos si usted no nos da clase?"

En eso designaron a Vicente MacGregor, muy inteligente, pero como éramos tan pocos nos daba la clase en su propia casa ubicada en Bucareli.

El otro maestro era don Luis G. Betancourt, ex piolatinista, por tanto sabía muy bien la lengua de Lacio.

Sociología estaba a cargo de don Manuel Herrera y Lasso quien en realidad era el padre de la escuela. Se había enfrentado a Luis Cabrera, director de jurisprudencia, porque quiso imponer exámenes trimestrales. El sistema de reconocimientos trimestrales hizo que los alumnos se pronunciaran en huelga y formaran la Escuela Libre de Derecho, llamando a don Luis Méndez como Rector² y escogiendo a los mejores abogados de México como profesores.

Mi padre, cuando vio la decisión de que me inscribía en la Libre [me dijo:] "Hijo eso no va a durar y vas a perder tres años de estudio". "Padre, le contesté, es necesario arriesgarse para que podamos tener un México libre y que valga la pena". ¡Cuánto me alegro de mi resolución! La escuela está no solamente floreciente, sino [es] la más prestigiada entre las escuelas de derecho de la capital.

En esto me enfermé y suspendí los estudios, y fui a Europa con mi hermano mayor Mario A. Torroella, quien se especializó en París en pediatría y fundó al venir esa cátedra en la escuela de medicina, que estaba entonces en el edificio de la antigua Inquisición. Yo aproveché el tiempo estudiando idiomas: francés, inglés, italiano y alemán.

² Don Luis Méndez fue Rector honorario de la Escuela; el primer rector en ejercicio fue don Agustín Rodríguez (1842-1920).

Regresé a la Escuela 2 años más tarde,³ di el examen de latín que debía y me incorporé con el grupo de tercer año, muy distinto al que tuve en mis primeros años. Éramos un grupo numeroso de 30 alumnos, muy buenas cabezas en general. Venían varios de la Normal de Maestros que querían tener un título de abogados, entre ellos estaban: José A. Ceniceros (que ha poco murió), los dos hermanos Bonillas, que llegaron hasta el grado de generales del ejército como jueces militares, Juan Manuel Torrea, mi gran amigo, hijo del general Torrea, discípulo de mi padre en el Colegio Militar. Colegio que gobernó don Enrique Torroella y Romaguera por más de 12 años; como subdirector y prefecto de estudios prácticamente era el director, pues el efectivo, el general Villegas, puesto por don Porfirio para pagarle su ayuda política, no hacía nada. Fue mi padre quien llevó el peso del Heróico Colegio Militar. También estaba el licenciado Francisco García de Letona, que según entiendo sigue litigando con mucho brío.

Al cincuentenario de jesuita el año 1975, [había cumplido] yo 50 años de recibido de abogado un poco antes, el 8 de agosto, puesto que di mi examen profesional en esa fecha [de] 1925; con esa ocasión nos reunimos en el templo de la Sagrada Familia de la colonia Roma, a la una de la tarde, todos los que pudimos; éramos once compañeros y faltaban dos que se encontraban en el interior de la República. Celebré la misa de Acción de Gracias pronunciando la homilía propia del caso. La celebración civil o mundana estuvo a cargo de Ignacio Vallarta y Bustos, nieto del inclito Vallarta que tanto suena en la historia. El banquete lo sirvieron en el Centro Asturiano, contra esquina de la iglesia, y asistieron nuestras familias; pronunciaron los compañeros discursos oportunos, especialmente Vallarta, el organizador, José Ángel Ceniceros, etcétera.

En el aula magna de la escuela de la calle de Correo Mayor, antes del Carmen, existía un óleo tamaño natural de don Sebastián Lerdo de Tejada. Un día preguntaba yo a una de las cuñadas por el héroe —la "mamá Lerdo como le decíamos allá en Tacubaya— me respondió "aquí en esta casa no se habla de ese señor, ni de su hermano Miguel, porque fueron las ovejas negras de nuestra familia, tan católica, oriunda de Jalapa, Veracruz".

Enrique Correa Martínez es de los que solían venir a estudiar con nuestro grupito que en realidad formábamos el Chaparro Torrea, muy listo, Francisco García Letona, el actual notario Pancho Morales y un servidor. Estos los constantes, a veces se nos unía otro esporádicamente.

³ En diciembre de 1921.

Mi padrino⁴ me recomendó con don Miguel Macedo, el cual me consiguió ser pasante o barrilete de don Emilio Rabasa, el gran constitucionalista: "Papaíto piernas largas". Era un hombre proporcionado, pero las piernas eran de gigante, parecía que andaba en zancos.

Trabajamos en ese despacho: don Emilio Rabasa, don Nicanor Gurria Urgell, también profesor de la Libre, don Ricardo Guzmán como penalista, con su hijo que era también pasante, Francisco Pérez Salazar, ocupado en defender los asuntos agrarios de su familia, tanto en Puebla como en Tlaxcala; Guillermo Arzapalo, abogado joven; Noé Graham Gurria, ahijado de don Nicanor, a quien éste ponía las grandes maltratadas estilo tabasqueño; dos señoritas mecanógrafas y yo. Nos hallábamos en las oficinas altas del Banco de Comercio cuyo subdirector era Eduardo Iturbide y Plancarte, hombre de mucha capacidad intelectual, muy listo para los negocios, casado con una señora Rubio. Los asuntos pequeños los llevábamos los pasantes que no teníamos sueldo fijo, sino lo que sacábamos de nuestros pequeños negocios.

En el tercer año nos daba cátedra Don Pedro Lascurain, un hombre íntegro que lo quemó el político borrachín traidor de Victoriano Huerta. No discuto si Madero era apto o no para la Presidencia, pero lo que sí es verdad [es que] era el Presidente Constitucional elegido por el pueblo. Cometió el mismo error que él criticó al imponer a Pino Suárez como vicepresidente, lo mismo que Don Porfirio había impuesto como vicepresidente a Ramón Corral. Pero bueno o malo era el hombre elegido por el pueblo, tanto por los Liberales, como por el Partido Católico, presidido por don Gabriel Fernández Somellera. Todo se vino abajo con el doble asesinato de Madero y Pino Suárez e hizo que los Estados Unidos intervinieran en forma efectiva atacando Veracruz y apoderándose del Puerto. Qué mayor estupidez de del caballero Rincón Gallardo de arrastrar a cabeza de silla la estatua de Washington que estaba en la plazuela de Dinamarca en la Colonia Juárez. Todos esos errores y falta de visión desencadenaron la Revolución Carrancista, teniendo como colofón la Constitución del año 17 que es una vergüenza constitucional. Su autor, el licenciado Macías, escribió algo muy aceptable, copiado en buena parte de la Constitución de los Estados Unidos del Norte, que no cabe duda es un monumento jurídico, pero se metió la masonería mexicana, tan desatinada en sus intervenciones políticas, desorganizando el proyecto de Macías, al grado que este Señor decía que no conocía su obra. Los ar-

⁴ Don José Miguel Castelló.

tículos persecutorios como el 3o. y el 130 son una ignominia para el Pueblo Mexicano. Esto me llevó a escribir mi tesis profesional sobre: *La Personalidad Jurídica de la Iglesia y el Artículo 130 de la Constitución Mexicana*. Adelante escribiré sobre esto.

Yo seguía en la escuela muy feliz, tanto por mis nuevos compañeros, que en nada se parecían a los de mi primera etapa, como de mis profesores, muy competentes. Los muchachos, chicos decentes de familias muy honorables, en general católicos, y muy estudiosos. Yo trabajaba de lleno en la Congregación Mariana de San Francisco y Santa Brígida de la cual era Prefecto eterno el lic. don Luis G. Ortiz y Córdova, abogado del Banco de Londres. Escribió un interesante libro sobre la Historia de la Congregación, e intentó, al menos dos veces, hacerse jesuita, pero yendo al noviciado padecía lo que nosotros llamamos murrias y se regresaba a México. Entiendo que una vez fue a Loyola y la otra entró en el Noviciado Mexicano Del Llano en Michoacán. Le reemplazó en la Prefectura el doctor Meneses, tío del Padre que ha sido Rector de la Iberoamericana, la Universidad nuestra, donde está el licenciado y jesuita Villoro como una fuerte columna, también exalumno de la Libre.

Una de las cátedras más agradables en 5o era la de don Federico Gamboa. Escritor famoso por su novela *Santa*, convertido al catolicismo. Cuando no sabíamos la lección le preguntábamos sobre la Reina de Holanda, donde había estado de ministro plenipotenciario y nos hacía amenísima la clase, sonriendo antes burlescamente porque se daba cuenta que en ese día no habíamos estudiado.

Había alumnos tan brillantes en la escuela como los Gaxiola, Pablo Macedo, Antonio Correa Martínez, etc. que eran el honor de la misma. Manuel Escobedo, compañero, no condiscípulo, desde el antiguo Colegio de Mascarones.⁵

Ya que se acercó el momento de escribir mi tesis profesional renuncié al empleo que tenía con Rabasa y propuse mi lugar a José Ma. Escalante y Mújica. Mi tesis fue el gran disgusto para don Emilio Rabasa que decía: "Cómo un alumno de mi Bufete escribe en una forma así en favor de la Iglesia." Él era muy anticlerical, muy juarista. A tanto llegó la cosa que no quiso presidir mi examen y cierto o fingido, sintió un malestar del riñón y se fue a tomar aguas de Tehuacán.

Acudí entonces al vicerector don Pedro Lascurain [para el] que, me parecía, yo no era santo de su devoción. El buen viejo aceptó de

⁵ El Instituto Científico de San Francisco de Borja, clausurado en 1914.

⁶ Cargo que tampoco ha existido en la escuela. Don Pedro Lascurain era, al igual que Macedo, miembro de la Junta Directiva.

muy buena voluntad. "Si Rabasa no quiere aquí estoy yo." El discurso que pronunció al final de mi examen fue algo muy emotivo y le quedé profundamente agradecido. Lástima que no se usaran entonces las grabadoras para haberlo conservado.

Había entre los examinadores de la tesis un tal Mimiaga,⁷ güero, bizco y desagradable, comecuras como pocos, que me había prometido reprobarme en el examen profesional por mi tesis. Don Nicanor Gurría, que no era católico prácticamente, pero que me estimaba por el servicio que le había dado en el despacho, me dijo "No permita que Mimiaga lo examine porque le va hacer pasar un mal rato"; estaba como examinador suplente. Se empeñó en que no entrara Mimiaga: antes de las 8 de la mañana se presentó en la escuela, ubicada entonces en Puente de Alvarado, y no se tranquilizó hasta que vio el jurado completo con los propietarios: don Pedro Lascrain, Herrera y Lasso, Trujillo, etc.⁸ Dios le pagó esta buena acción al maestro Nicanor, pues pude atenderlo y darle todos los sacramentos a la hora de su muerte en el Hospital Inglés.

Su sobrino y gran amigo mio, Noe Graham, a quien aconsejé no dejase a su novia Conchita Soberón y a cuyo hijo Luis, años más tarde, eduqué en el Colegio Patria, también se convirtió al catolicismo mucho antes de su muerte.

Mi vocación para la Compañía de Jesús permanecía firme. Me entrevisté con el R. P. Provincial Camilo Crivelli, uno de los grandes jesuitas que he conocido, autor de nuestro colegio de Ysleta College en el destierro, y después asistente de América Latina en el Gobierno del P. General Ledócoucki. Crivelli lo hubiera hecho muy bien como general. Italiano de origen, formado en San Luis Missouri, reunía grandes dotes de gobierno. Me puso como condición para recibirme que le presentara mi título de abogado y así lo hice. Inmediatamente después de mi recepción arreglé mis cosas para irme al noviciado; bajo el pretexto de ir a Estados Unidos a perfeccionar mi inglés y estudiar la cuestión petrolera me quedé en el Noviciado de Ysleta donde permanecí haciendo mis votos religiosos. Muchos años más tarde, siendo don Eduardo Trigueros rector de la Libre, le invité, con su tío don Aatanasio Saravia, a que fuera testigo de mi profesión religiosa el 2 de febrero de 1943. Era una muestra de agradecimiento por haber llevado honradísimamente la testamentaria de mi difunto padrino en favor de su viuda, doña Eugenia Ojeda de Castelló, quien fue una verdadera madre para mí. Me recibió la profesión solemne

⁷ Lic. don Luis Mimiaga.

⁸ Gilberto Trujillo, Rafael Ortega y Francisco Sordo Noriega.

de jesuíta el R. P. Provincial Francisco Robinson Burns, quien había sido mi profesor de Ética en Ysleta, años atrás.

Cuando me tocó fundar la actual Iberoamericana, invité para la ceremonia de inauguración al entonces Rector de la Libre Germán Fernández del Castillo, (presidió la ceremonia el obispo don Maximino Ruiz y Flores, en representación del arzobispo de México, y adornaba el salón una imagen preciosa de tamaño natural de Nuestra Señora de Guadalupe. El vicario General representaba al arzobispo Primado don Luis Ma. Martínez) y al lic. don Rodolfo Brito Foucher, rector de la UNAM, y a quien se debe la fundación de la Facultad Jesuítica del Centro Cultural de la calle de Hidalgo 120. Él quería que la Nacional tuviese un émulo para que así estudiaran más los muchachos. El discurso oficial de inauguración lo leyó el P. Alfonso Castiello asistiendo el P. Provincial y un servidor en la Sala Eugenia, construida por el arquitecto Nicolás Mariscal Barroso, mi sobrino político, con un legado que hizo mi madrina.

Éstos son los recuerdos que tengo de la querida Escuela Libre de Derecho cuya función social en México es apreciada por todos los mexicanos bien nacidos.

México, D. F., a 7 de abril de 1980

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA ESCUELA LIBRE DE MÉXICO*

GUSTAVO R. VELASCO, MANUEL SÁINZ LARRAÑAGA Y JOSÉ ARCE CERVANTES

La elección de nuestra capital para la reunión de la Tercera Conferencia Interamericana de Abogados llena de satisfacción a las instituciones jurídicas de nuestro país por la distinción que significa para México. La Escuela Libre de Derecho da la más cordial bienvenida a todos los señores asambleístas y hace votos por que los trabajos de esta sesión alcancen el éxito que es de esperarse, en bien de la ciencia del derecho y de la noble profesión de la abogacía.

Para presentar este trabajo, la Escuela Libre de Derecho ha tenido en cuenta que seguramente interesará a los señores congresistas saber qué materias comprende la enseñanza del Derecho, qué método se sigue y qué organización existe en una de las instituciones de nuestro país dedicadas a impartir instrucción en esta rama de los conocimientos.

La Escuela Libre de Derecho es solamente uno de los planteles que cultivan la ciencia jurídica en México. Antes de ella existió la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que ahora forma parte de la Universidad Autónoma de México y que ha contado con maestros insignes. Además, funcionan Escuelas de Derecho en varios Estados que integran la República Mexicana.

La escuela Libre de Derecho procede inclusive de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en cuanto que el número de alumnos que la fundaron salieron precisamente de esa ilustre Facultad debido a dificultades escolares que motivaron que acudieran a varios de los jurisconsultos más distinguidos de la época en solicitud de que les impartieran sus enseñanzas en un nuevo centro de estudios jurídicos.

* Publicado por vez primera en la *Memoria de la Tercera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados*. México, Talleres Tipográficos Modelo, 1945, tomo I, pp. 225-236. Por la rareza de esta publicación, el escaso conocimiento que de este artículo se tiene a la fecha y por la importancia de sus autores, se ha considerado conveniente que vuelva a ver la luz, esta vez en un órgano de difusión propio de la Escuela. De esta forma contribuirá a un mayor conocimiento de la Historia de la Escuela Libre, próxima a cumplir su 75 Aniversario.

Vencidas las dificultades naturales en una empresa de este género la Escuela se inauguró el 24 de julio de 1912. Sus primeros Estatutos sentaron el principio fundamental de que es una institución independiente del Poder Público y ajena a todo fin político o credo religioso y fijaron como objeto exclusivo de ella la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares. Poco tiempo después, el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, una de las corporaciones más antiguas y prestigiadas del país, recibió a la Escuela bajo su patronato, y unos cuantos años bastaron para que el prestigio que fué alcanzando determinara a varios Estados a reconocer los estudios hechos en ella. Por Decreto de 18 de enero de 1930 la Escuela obtuvo, asimismo, que el Gobierno Federal sancionara sus enseñanzas y desde esa fecha los certificados que expide y los títulos profesionales que otorga, poseen la misma validez que los de su hermana mayor, la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

La organización de la Escuela es democrática, como cumple a un establecimiento que cree que el mejor ambiente para la enseñanza es el que proporciona la libertad. El órgano supremo de la institución es la Junta General de Profesores, compuesta de todos los catedráticos en ejercicio. Como órgano permanente de gobierno existe una Junta Directiva, formada por el Rector de la Escuela, dos vocales propietarios y un suplente. El Rector es el responsable inmediato de la marcha de la Institución y de él dependen los funcionarios y empleados administrativos de la misma.

La Escuela Libre de Derecho ha logrado cumplir íntegramente el propósito de sus fundadores y se ha mantenido independiente del Poder Público, tanto en lo moral como en lo económico. Se sostiene con las cantidades con que contribuyen sus alumnos para cubrir los gastos, y con el producto de algunos donativos que ha recibido de profesores, ex alumnos y otros benefactores. Las cuotas que percibe la Escuela son menores que las que cobra un colegio particular de instrucción primaria, cosa que se explica mediante una circunstancia que revela el amor del Foro de México a la enseñanza de la ciencia jurídica y a la juventud estudiosa: ni los directores, ni los profesores de la Escuela reciben remuneración alguna por los servicios que prestan.

Como consecuencia de la circunstancia que señalamos, la casi totalidad de los profesores ejercen la profesión en alguna de sus manifestaciones, es decir, son abogados, miembros de la judicatura o prestan sus servicios en la administración pública. Con contadas excepciones, no han sido profesores profesionales que puedan dedicar todo su tiempo al estudio de la materia que les está confiada, sino que han de en-

contrar el necesario para prepararla, robándole a su descanso o al que emplearían en distracciones lícitas.

En la Escuela existe la más amplia libertad de cátedra. Cada profesor es libre para exponer sus ideas y para desarrollar las teorías que sustente, sin otra limitación que la que resulte del carácter fundamental del plantel. Puede, pues, afirmarse que la Escuela está abierta a todas las tendencias y a todas las corrientes espirituales, con la sola excepción de las que niegan la libertad y pretenden abolirla, porque ello sería tanto como negarse a sí misma.

Por lo que a los estudiantes se refiere, el principio fundamental de la Escuela es que se trata de personas responsables. En consecuencia, desde que se fundó, un artículo del Reglamento previene que "El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos". Este principio nunca ha sido olvidado y en la Escuela prevalece un ambiente estudiantil tranquilo y ordenado, aunque alegre y a veces bullicioso, como es natural tratándose de un plantel que imparte sus enseñanzas a cerca de 300 jóvenes de ambos sexos.

Una vez hecho el breve esbozo que antecede de la organización y caracteres fundamentales de la Escuela, procede pasar a lo que constituye la parte principal de este trabajo.

Desde los primeros días de la fundación del establecimiento, los profesores a los que los jóvenes fundadores de la Escuela entregaron la dirección de ésta, se preocuparon por formar un plan de Estudios completo y adecuado. El primer Plan fue aprobado el 9 de abril de 1913, es decir, unos cuantos meses después del nacimiento de la Escuela, que entretanto se limitó a continuar con las mismas cátedras de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Las materias que lo integraban se estudiaban en cuatro años solamente. Su parte central estaba formada por un curso de Prolegómenos de Derecho, que comprendía las nociones generales sobre Derecho, sobre ley, su aplicación, interpretación, retroactividad, etcétera, y nociones elementales de Derecho Constitucional; tres cursos anuales de Derecho Civil, en el que se seguía la división clásica de la Instituta, comparándolo con el Derecho Romano, excepto en la parte de matrimonio, en que debía compararse con el Derecho Canónico; dos cursos de Procedimientos Civiles; dos cursos de Derecho Penal y Procedimientos Penales en los años 2º y 3º, y primer curso, correspondiente al último año de estudios, de síntesis del Derecho en que se debía estudiar la "generalización, clasi-

ficación, coordinación y organización de los fenómenos jurídicos y de las ramas del derecho", según rezaba el Plan de Estudios.

Completaban el núcleo central que hemos señalado el estudio del Derecho Constitucional en un curso; el del Derecho Administrativo, también en un curso; y los Cursos de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Derecho Mercantil. Además, como disciplinas auxiliares, se estudiaban la Sociología en un año y la Economía Política en dos, de los cuales el primero se dedicaba a conocimientos teóricos y el segundo a las aplicaciones de la economía. Por último, merece mencionarse la existencia de un curso en que se estudiaban casos selectos de jurisprudencia.

La evolución incesante del Derecho y el progreso de la Ciencia Jurídica es natural, más aún, es debido, que se reflejen en los planes de estudios en las escuelas dedicadas a formar abogados. En la Escuela Libre de Derecho, durante los 32 años que lleva de vida, ha sido preocupación constante que el Plan de Estudios comprenda todas las materias que debe conocer el abogado, así como que la enseñanza de éstas se aborde en el orden más conveniente para su aprendizaje. No debe extrañar, por tanto, que unos pocos años después, en 1917, se haya hecho la primera modificación al Plan de Estudios original, agregando un año más a la carrera y distribuyendo las materias en forma distinta. Para el Derecho Romano, cuyo estudio era un mero proyecto en el Plan 1913, que lo mencionaba al final pero sin precisar cuántos años se le consagrarían ni en qué lugar de la carrera, se crearon dos cursos que deberían desarrollarse en los dos primeros años. También se agregó un curso de Historia del Derecho Patrio, que debería comprender no solamente la del Derecho Mexicano, sino sus antecedentes en los Derechos Romano, Canónico y Español. El curso de Síntesis del Derecho se transformó en el de Filosofía del Derecho y a los cursos teóricos de Procedimientos se agregaron otros dos prácticos, uno civil y otro penal, que tenían por objeto enseñar a los alumnos la redacción de escritos, diligencias y demás actuaciones, a fin de familiarizarlos con el procedimiento y de familiarles la tramitación de los asuntos que se les presentaran al iniciar el ejercicio de la profesión. Puede notarse aquí la preocupación por impartir a los alumnos una enseñanza que no sea puramente teórica, sino que sirva de puente con la realidad. Más adelante volveremos a encontrar este problema y veremos las diversas formas como se ha tratado de resolverlo, frente al vacío que es consecuencia de que no existe en nuestro país una reglamentación legal de la profesión de abogado, ni de la experiencia

que debe adquirir el estudiante que obtiene un título académico antes de empezar a ejercerla.

Merecen señalarse en el Plan de 1917 las disposiciones que lo seguían y que precisaban el contenido de cada materia y constituían valiosas directivas para el desarrollo de los programas.

Unos años después el desarrollo de nuevas ramas del derecho obliga a agregar una materia más con el nombre de Legislación Social, que debería comprender el estudio comparado de las legislaciones Agraria y del Trabajo de los principales pueblos cultos; el estudio de las leyes expedidas sobre esas materias en México; los problemas del trabajo y de la tierra en nuestro país y las diversas doctrinas que tienen directa conexión con los problemas sociales que las repetidas legislaciones tratan de resolver.

También se reformó el plan de estudios en el sentido de suprimir el curso de casos selectos. En sustitución parcial de él y también probablemente debido a la convicción de que los cursos prácticos de procedimientos no llenaban plenamente su objeto, se estableció la obligación para los alumnos que terminaran el 4º año, de ingresar en un bufete acreditado con el objeto de trabajar en él durante un año. Una vez transcurrido éste, debían comprobar la práctica con un certificado que acreditara el cumplimiento del nuevo requisito.

Con lo anterior llegamos al plan vigente hasta la fecha en sus líneas fundamentales, plan cuyo estudio se inició en 1934, que fue aprobado a principios de 1935 y que entró plenamente en vigor en 1937, una vez que se hicieron los ajustes necesarios tratándose de los alumnos que ya habían cursado parte de la carrera con sujeción al plan anterior.

Antes de exponerlo, conviene señalar que para la fecha en que se formuló ya se había expedido el decreto que reconoce los estudios de la escuela y que fija el número mínimo de materias que deben cursarse para que los títulos que expedimos sean revalidados. Sin embargo, esta exigencia no significó mayor dificultad, pues las materias señaladas por el decreto de reconocimiento, eran las que ya se estudiaban en la escuela y el nuevo plan no solamente las incluyó sino que agregó varias otras adicionales.

El Plan de 1935, que repetimos que continúa observándose hasta la fecha con las modificaciones que señalaremos después, conservó el periodo de cinco años como duración de la carrera, redistribuyó entre ellos las diversas materias de la enseñanza en un orden más lógico por una parte y en forma más igual por la otra, a fin de evitar que unos periodos escolares estuvieran más recargados que otros, agregó

algunos cursos, suprimió otros, hizo algunos cambios puramente de nombre y fijó el contenido que deberían tener varias materias respecto de las cuales parecía conveniente precisarlo.

Otra innovación de importancia del plan a que nos referimos consistió en establecer la posibilidad de una especialización en los dos años finales de la carrera, a través de la elección por el alumno de materias optativas en las tres grandes divisiones que se hicieron, de Derecho Privado, Derecho Público y Derecho Penal. El pensamiento de la comisión que propuso estas reformas, al establecer los cursos de especialización, no fue el de dividir los estudios profesionales por ramas, sino el de complementar, mediante la repetida especialización, los conocimientos y la cultura jurídica que debe poseer un abogado. Las especialidades suponen, pues, la base de las materias ordinarias y comunes para todos los alumnos durante los cinco años. Otro rasgo interesante consiste en que las materias de especialización debían fijarse cada año por la Junta de Profesores, teniendo en cuenta los temas que mayor interés ofrecieran, la posibilidad de desarrollar los cursos, etcétera.

También se suprimieron en el plan que se expone, los cursos prácticos de procedimientos civiles y penales por considerarse que no llenaban los fines para los cuales se habían establecido, según se había comprobado en la realidad. Por el momento, no se encontró solución satisfactoria a este problema y quedó la enseñanza con el vacío consiguiente.

Precisamente, la única reforma que se ha hecho al Plan de Estudios de 1935 ha tenido por objeto llenar dicho vacío. Después de madura reflexión, la Junta General de Profesores resolvió establecer unos cursos a que se ha dado el nombre de Academias de Prácticas de Procedimientos Civiles y de Procedimientos Penales, en que, bajo la dirección de un profesor, los alumnos concurren a los tribunales a observar diligencias y actuaciones reales; posteriormente y ya en la escuela, el profesor completa las explicaciones y observaciones que ha hecho en el momento de la diligencia, hace la crítica de la forma cómo se desarrolló ésta, señala los preceptos aplicables, etcétera. También se ha impuesto a los alumnos la obligación de asistir a las Agencias del Ministerio Público a prestar su colaboración bajo la dirección de los funcionarios que integran dicha institución, todo ello dentro de un reglamento que se formuló de acuerdo con la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal. También se tiene en estudio un reglamento semejante de prácticas en la Defensoría de Oficio.

Una vez que se ha señalado someramente la evolución que han te-

nido nuestros planes de estudios a través de los treinta y tantos años que cuenta la escuela de existencia, conviene presentar el plan de estudios tal como es en la actualidad.

Como materias no jurídicas se estudian en la escuela la Sociología en el 1er. año y la Economía Política en el 1º y 2º. Entre las materias de especializaciones en la rama de Derecho Penal existe actualmente un curso semestral de Medicina Legal y en años anteriores se ha profesado con gran éxito un curso de Psiquiatría. También debe mencionarse como materia no jurídica que ha existido dentro de la especialización en Derecho Privado a la Contabilidad.

El estudio del Derecho propiamente dicho, comienza por un curso de Introducción, cuya finalidad es poner al alumno que se acerca a las aulas en contacto con las nociones fundamentales del Derecho, las divisiones de nuestra disciplina y la técnica jurídica. El estudio de las varias disciplinas especiales en que se divide nuestro ordenamiento jurídico viene en seguida y se hace en dos cursos, salvo tratándose del Derecho Civil que comprende tres, en los tres primeros años de la carrera, del Derecho Procesal que únicamente ocupa uno, en el 4º año, y del Derecho Internacional Público que se encuentra en el mismo caso. En consecuencia, existen, además de los cursos de Derecho Civil y de Derecho Penal que acabamos de mencionar, dos de Derecho Penal (en los años 2º y 3º); dos de Derecho Constitucional (en los años 3º y 4º); dos de Derecho Mercantil (en los mismos años); dos de Derecho Procesal Civil (en los años 2º y 3º); y dos de Derecho Administrativo (en 4º y 5º años). También existe en el 5º año de la carrera, un curso llamado de Derecho Internacional Privado, dedicado a estudiar los conflictos de leyes en el espacio.

Como cursos históricos, es decir, en que el Derecho no se estudia como ciencia normativa sino como realidad histórico-cultural, tenemos en el Plan de Estudios dos cursos de Derecho Romano en los dos primeros años, un curso de Historia General del Derecho en el 4º año y el curso de Historia del Derecho Patrio, creado desde 1917, en el año final de la carrera. Sin embargo, hay que explicar que el Derecho Romano no se estudia únicamente como fenómeno histórico, sino también, con todo rigor científico, como antecedente de nuestro Derecho y como ejemplo inigualado hasta ahora de un sistema jurídico completo.

Como coronamiento de toda la carrera, se estudia en el 5º año de la Filosofía del Derecho, que en rigor se restableció por el Plan de 1935, pues aunque existió anteriormente, dejó de profesarse en la Escuela hasta que el renacimiento del interés por los estudios filosóficos determinó su restauración.

La adición al Plan de Estudios de las Academias de Prácticas a que ya se hizo referencia, obligó a suprimir las especializaciones en el 4º año, no debido a razones teóricas o de fondo, sino simplemente a la necesidad de aligerar la carga que pesa sobre los alumnos. En consecuencia, las materias de especialización se cursan únicamente en el 5º año y son dos semestrales para cada una de las tres direcciones posibles que ya se mencionaron.

Hemos tratado de dar una idea de las materias de enseñanza. La Escuela Libre de Derecho no tiene la pretensión de creer que su Plan de Estudios sea perfecto; antes al contrario, en él se han notado diversos defectos, algunos de los cuales se señalan en este trabajo. Todavía más, puede decirse que la complejidad natural de un programa de estudios jurídicos, ha aumentado en estos últimos tiempos debido a causas que son conocidas: la intervención del Estado en materias que antes no eran de su incumbencia directa, el grado de desarrollo que han alcanzado las actividades mercantiles y los nuevos aspectos que han tomado, la complejidad en una palabra, de la vida moderna, que naturalmente se traduce en aumento e intensificación de la actividad jurídica. Todas estas razones obligan a dar mayor amplitud a la enseñanza profesional del Derecho, y esta necesidad se nota principalmente en disciplinas como el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil.

El problema que señalamos no es fácil de resolver. La solución consiste en impartir las materias básicas y en hacer un estudio intensivo de ellas de tal modo que sirvieran de fundamento para que el futuro profesional pudiera ampliar sus conocimientos más tarde, tiene defectos obvios y ni siquiera satisface a los alumnos. Hay que tomar en cuenta que los estudiantes —muchos de ellos, por lo menos—, no toman las disciplinas jurídicas como un estudio meramente especulativo, sino como una preparación técnica que les permita más tarde un medio de vida —cosa que, por otra parte, no tiene nada de censurable— y que, por lo tanto, piden que además de enseñarles las materias fundamentales, se les inicie en aquellas otras de complementación y de aplicación práctica en la vida profesional.

La creación del doctorado tampoco parece una solución adecuada. Exigiría un periodo más prolongado de estudios, cosa que suscita resistencias. Además, el grado de doctor implica más bien una orientación teórica y académica, que una mayor preparación para la vida profesional.

Como imperfecciones concretas podemos señalar en nuestro plan que hay un recargo de materias, sobre todo en los últimos años, y que,

aún con este recargo, no es posible tratar con extensión todos los puntos de los programas elaborados y a veces ni siquiera desarrollar éstos en su integridad.

La exposición de motivos del plan de que hemos venido tratando, sugería la conveniencia de organizar conferencias que, además de inyectar mayor vida y movimiento a la enseñanza, sirvieran para complementar el Plan de Estudios en puntos a que éste no alcanzara. Dentro de estos temas de utilidad para la formación del profesional, nos parecerían convenientes, por ejemplo, una conferencia sobre ética profesional, que sirviera para guiar al futuro jurista en los problemas de moral que, sin duda, se les ofrecerán en la vida práctica, otras sobre cuestiones de actualidad, como nuevas leyes, reformas en estudios, etcétera.

Entre la labor que ha realizado la escuela tratándose de conferencias, merecen mención especial las que se organizaron con motivo del XXX Aniversario de su fundación sobre la Evolución del Derecho Mexicano de 1912 a 1942, que han constituido un esfuerzo casi único en nuestro país, tanto por la amplitud del tema cuanto por el éxito con que fue posible desarrollarlo.

Como ampliación de las materias del Plan de Estudios, también debe señalarse el Curso Superior de Derecho que estableció nuestra Escuela con carácter experimental en 1942, para los exalumnos que quisieran acrecentar sus conocimientos jurídicos. Comprendía materias como Derecho Canónico, Derecho Municipal, Psiquiatría y Psicología Jurídicas, un curso superior de Amparo y otro de Instituciones de Crédito. Hemos de confesar que este curso tuvo un mediano éxito al principio, pero después fue suprimido debido a que aquellos a quienes estaba dedicado no respondieron como se esperaba, al esfuerzo que suponía.

*
* *

Para completar esta exposición, de tal modo que los señores asambleístas puedan conocer el modo como se cursan los estudios, vamos a referirnos al método que se sigue en la enseñanza y a la forma de comprobar el aprovechamiento de los alumnos.

Como consecuencia del concepto que tienen del Derecho los diversos sistemas jurídicos y de la jerarquía que atribuyen a sus fuentes formales, pueden señalarse dos procedimientos para estudiarlos, es decir, dos modos diversos para la preparación profesional de abogado.

En uno, la ley es la fuente más importante del Derecho. Por vía de consecuencia, la exposición sistemática de las normas legales, es de-

cir, la doctrina, reviste una gran importancia. Y la enseñanza del Derecho en este sistema, tiene lugar por medio de conferencias que da el profesor, en que interpreta la ley, aclara sus puntos oscuros y explica la teoría que la informan. Cuando existe un comentario o tratado de la materia, es posible que se adopte como guía y que entonces el profesor se limite en sus explicaciones verbales a aclarar o ampliar el libro adoptado como texto o a señalar puntos en que sustente una opinión diversa.

En este procedimiento, la doctrina, bien la del profesor, bien la ajena que comente en clase, desempeña el papel principal. Y si es verdad que a menudo se citan resoluciones judiciales, esto es, para apoyar o ilustrar las conclusiones a que se ha llegado previamente, pero sin que el análisis de tales sentencias constituya la base de la enseñanza.

El otro modo de impartir la cátedra, consecuencia del sistema jurídico de los países anglosajones, en que el derecho se forma primordialmente a través de la acción de los tribunales, se apoya preferentemente en el estudio de las decisiones judiciales y de los casos que las motivan. Como es sabido, desde fines del siglo pasado se adoptó en la mayor parte de las escuelas de derecho norteamericano el llamado "método del caso", que ha desarrollado a un alto grado una técnica especial para el estudio de los casos de jurisprudencia.

No sería posible afirmar en términos absolutos que uno de estos dos métodos de enseñanza es superior al otro. Aunque probablemente convendría combinarlos en mayor grado de lo que se ha hecho hasta ahora, es de creerse que con consecuencias benéficas para ambos, en realidad cada uno responde a un sistema jurídico especial y, por lo tanto, sería muy difícil que se abandonara por completo para adoptar el procedimiento opuesto.

En la Escuela Libre de Derecho, podríamos decir, en las facultades de derecho mexicanos, se sigue el primero de los métodos que hemos señalado. La base de la enseñanza está constituida por las conferencias del profesor, cuando éste no designa un texto, o por una obra de doctrina, complementada y comentada por el catedrático. Como regla general, el profesor interroga a sus alumnos con relación a las ideas que ha expuesto en clase o a la parte del texto que señala para estudio, aclara sus dudas y corrige errores. Menos frecuentemente se encomienda a los alumnos la preparación de un tema escrito o la investigación de algún punto particularmente interesante o que no ha sido posible profundizar en el transcurso de la clase. Algunos catedráticos han usado asimismo, con éxito, el método caso, aunque en

una forma simplificada, como por ejemplo, el eminente escritor de Derecho Constitucional, don Emilio Rabasa.

Durante el año no existe ningún sistema formal para apreciar el aprovechamiento de los alumnos, aunque los profesores que lo estiman conveniente pueden organizar pruebas parciales o reconocimientos. En cambio, al término de cada periodo, los alumnos que tengan derecho a ello porque reúnan el número de asistencias requerido, deben sustentar examen oral ante un jurado compuesto de tres sinodales que preside el profesor de la materia. Estas pruebas que deben durar 20 minutos cuando menos, se efectúan con toda seriedad, por lo que obligan a los alumnos a desarrollar un verdadero esfuerzo, so pena de reprobación la materia y de verse obligados a cursarla de nuevo. Efectivamente, en la escuela no se conceden exámenes extraordinarios como regla general, ya que solamente existen en el 5º año de estudios para aquellos alumnos que han reprobado no más de dos materias.

Los estudios culminan en una prueba final, que es el examen profesional. Como requisito previo, el alumno debe presentar una tesis, que según nuestro reglamento, debe llenar las siguientes condiciones: "Tener por tema una proposición jurídica definida, que el autor se proponga demostrar o que sea consecuencia del estudio que presente, exponer el asunto con la amplitud del alumno y su criterio científico, y estar escrita en buen lenguaje, con el estudio sobrio que corresponde a un estudio jurídico."

Una vez que dos profesores designados para el efecto, han emitido su voto en el sentido de que la tesis presentada satisface las condiciones que se indican, se entrega al sustentante un caso práctico, cuya resolución debe proponer en el examen, no más de 48 horas después.

También esta prueba se efectúa con absoluta seriedad e inclusive con cierto aparato que obliga a los sustentantes a prepararse con empeño y a hacer el mayor esfuerzo con el objeto de salir airoso de ella. El jurado se integra por 55 sinodales, la mayoría de ellos, profesores en ejercicio, a quienes preside precisamente uno de los miembros de la Junta Directiva. Pueden interrogar libremente, sobre cualquier materia y cualquier problema jurídico, aunque como regla general las preguntas versan sobre la tesis o sobre la solución del caso práctico. Para que se considere al alumno apto para ejercer la profesión de abogado, es indispensable que obtenga la aprobación unánime del jurado.

La escuela tiene la satisfacción de que buena parte de las tesis que se presentan anualmente son estudios serios y bien documentados, de

positivo valor para el progreso de la ciencia jurídica en México. Últimamente, se ha hecho obligatoria la impresión de las tesis, lo que ha permitido establecer canje con muchas universidades de nuestro Continente.

La rápida descripción que precede, no persigue presentar planes ni sistemas perfectos, ni erigirnos en modelo que deba ser imitado. Como ya dijimos, lo que hemos buscado es enterar a ustedes de lo que hace en materia de enseñanza del derecho una de las escuelas mexicanas. Si creemos que nuestra institución presenta algunos rasgos que la distinguen y que deben resultar de especial interés para nuestros colegas del resto del Continente: su absoluta independencia, su finalidad exclusivamente docente, su libertad de cátedra y organización democrática y, por último, el desinterés de todos los que colaboran en ella.

La sencillez que intencionalmente hemos impartido a nuestra exposición, prescindiendo de una fundamentación amplia de los diversos puntos que comprende, así como de toda intención polémica, tampoco significa que desconozcamos las graves cuestiones que se agitan y discuten en la actualidad en torno de la enseñanza del derecho. Más aún, ha sido preocupación constante de la escuela informarse sobre puntos de vista ajenos y sobre las soluciones que en otras partes han tenido problemas semejantes a los nuestros. Precisamente porque en esta tarea hemos tropezado con bastantes dificultades para documentarnos y porque inclusive nos ha resultado más fácil conseguir estudios, planes y programas europeos y norteamericanos que de los países de nuestra habla y nuestra tradición jurídica, presentamos la única proposición que consideramos estar en situación de fundar debidamente por el momento, a saber, "la conveniencia de que todas las escuelas de derecho del Continente Americano establezcan un sistema para el intercambio de sus planes de estudios, programas y datos concernientes a su organización y funcionamiento".

Como de la enseñanza del derecho depende en buena parte cómo será la consecuencia del intercambio que proponemos, seguirá un perfeccionamiento de los ordenamientos jurídicos mismos. Y decir que éstos serán más perfectos no es sino otra forma de expresar que estarán más cerca de realizar los fines eternos del derecho, o sean, la seguridad, la libertad y la justicia.

LA ABOGACIA ANTE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA*

Miguel VILLORO TORANZO

1. *El propósito de este escrito*

Hemos visto en otra parte que la Deontología jurídica es obra de los profesionales del Derecho y que su razón de ser (sus fines) es estimular en los miembros de la profesión jurídica un ejercicio profesional en pleno acuerdo con su misión de servicio del Derecho y de la Justicia, logrando así el reconocimiento o prestigio. Por lo tanto, la Deontología jurídica presupone la existencia de profesionales del Derecho —más precisamente aún, de "abogados" profesionales del Derecho—, con conciencia de su misión. Pero no siempre ha habido profesionales del Derecho ni abogados. Según la información que tenemos, parece ser que no fue sino hasta Roma, seguramente al final de la República, cuando aparecen *advocati* (abogados) dedicados de lleno a la práctica del Derecho.

En Roma se distinguía entre el *IUSPERITUS*, que podemos traducir como "el jurista", y el *ADVOCATUS*, abogado. El primero era un estudioso experto en Derecho; el abogado asistía con consejos a sus clientes, antes y durante el juicio, en materias tanto civiles como criminales, y los defendía ante el tribunal.¹ No todos los juristas eran abogados, como no todos los abogados eran juristas. Los preceptos de la Deontología atañen a unos y a otros, aunque, como es natural, afectan más directamente a los abogados, puesto que éstos se encuentran en contacto directo con la práctica y aplicación del Derecho.

Lo que nos proponemos en el presente escrito es reseñar brevemente cómo los grandes principios deontológicos que aceptan los profesionales del Derecho como directrices de su práctica profesional no son una creación arbitraria de ellos sino que son tomados de la misma función social del Derecho y de la naturaleza de la representación de sus clien-

* El presente escrito es un capítulo de un libro en preparación sobre Deontología Jurídica.

¹ Véase la voz "Advocatus" en el *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* de Adolf Berger (The American Philosophical Society, Filadelfia, 1953, p. 352).

tes. En otras palabras, los grandes principios morales de la Deontología jurídica son más antiguos que la profesión del abogado. Lo que éste hace es tomar conciencia de que, si quiere vivir de la profesión del Derecho, debe aceptar las responsabilidades de todo servidor del Derecho y de la Justicia y aquellas otras que se derivan de la representación del cliente. Para merecer el nombre de abogado, no sólo deberá ser un jurista, es decir, un conocedor del Derecho, sino que deberá practicar los principios deontológicos de su profesión. La Deontología jurídica no es, por consiguiente, un lujo cultural que se añade a la preparación científico-técnica del profesional del Derecho, sino que constituye la directriz o el armazón en torno del cual cobra sentido la práctica profesional del abogado. La Deontología jurídica es como la savia que conserva vivo al árbol; sin ella el árbol conservará aparentemente su fuerza pero en realidad estará muerto. El abogado que practica su profesión en desacuerdo con la Deontología jurídica sólo en apariencia será abogado.

2. Antes de Atenas y Roma

Aunque el Derecho es tan antiguo como la misma sociedad humana, la profesión del abogado aparece sólo en sociedades relativamente desarrolladas. No todo el que elabora o aplica Derecho es abogado. De hecho todos los hombres aplican Derecho y algunos de ellos, que pueden ser o no abogados pero llegan a cargos de poder político, lo elaboran. Antes de profesionalizarse, la actividad de la elaboración y aplicación del Derecho está en manos o de los gobernantes o de ciudadanos común y corrientes aunque, como veremos, distinguidos por determinadas cualidades.

Decían los juristas romanos que "donde hay una sociedad, hay Derecho" (*UBI SOCIETAS, IBI IUS*). En efecto, es condición necesaria para una convivencia civilizada en sociedad la existencia de normas que regulen imperativamente los papeles que todos los miembros deben desempeñar en la sociedad. Ninguna sociedad de hombres es posible sin normas reguladoras de las "relaciones entre tales hombres, que los enlazan en posiciones recíprocas de poder-deber, derecho-obligación y que, a su vez, se integran en otras relaciones más complejas, formando instituciones reguladas por dichas normas".² Las sociedades humanas se distinguen de las sociedades animales en que las primeras no están reguladas meramente por los instintos y por la fuerza sino por

² José Maldonado, *Curso de Derecho canónico para juristas civiles. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1975, p. 23.

reglas racionales que imponen responsabilidades morales. En las sociedades humanas más primitivas esas reglas son el resultado que la experiencia del grupo incorpora en costumbres obligatorias. Así el Derecho más primitivo es consuetudinario. Para aplicarlo no hacen falta especialistas, porque todos los miembros del grupo son educados en las tradiciones del mismo, entre las cuales se encuentra el Derecho consuetudinario.³ Pero una cosa siempre es clara para los miembros del grupo: que las reglas jurídicas no deben ser arbitrarias sino que deben funcionar en beneficio del grupo y de todos sus miembros. Es posible que esa convicción, al principio, fuera más vivida que explicitada racionalmente. Pero se daba por supuesto que las normas jurídicas consuetudinarias no estaban al servicio de los caprichos de los jefes sino que éstos debían manejarlas en beneficio del grupo y de sus miembros. Si se reconocía a los jefes determinados privilegios, éstos eran vistos como la compensación natural de las responsabilidades del mando. En otras palabras, desde su aparición el Derecho es vivido como reglas que son obligatorias porque en su cumplimiento se juega el bien común del grupo. Por lo mismo, se atribuía a las normas jurídicas un origen y un carácter divinos. Es una característica invariable en todas las culturas primitivas el creer que su Derecho nace de la voluntad de los dioses como un don que éstos otorgan a toda la comunidad.⁴

³ "Bajo todos los fenómenos de la sociedad se encuentra el gran cimiento de roca de los modos de pensamiento y acción consagrados por el tiempo que procuran a la sociedad alguna medida de firmeza y orden a través de todos los cambios, ausencias e interrupciones de la ley. La costumbre da la misma estabilidad al grupo que la herencia y el instinto dan a otras especies animales y que los hábitos dan a los individuos. Es la rutina lo que conserva sanos a los hombres, porque si no existieran surcos para dirigir al pensamiento y a la acción con facilidad inconsciente, entonces la mente estaría perpetuamente titubeante y acabaría por refugiarse en la locura" (Will Durant, *The Story of Civilization*, vol. I, *Our Oriental Heritage*. Simon and Schuster, Nueva York, 1954, p. 26).

⁴ "Era cosa habitual en los antiguos códigos de leyes el tener un origen divino. Hemos visto cómo las leyes de Egipto le fueron dadas por el dios Tot y cómo el dios-Sol Schamash engendró el Código de Hamurabi. De manera semejante una divinidad dio al rey Minos en el monte Dicta las leyes que iban a gobernar Creta; los griegos representaban a Dionisio, a quien también llamaban 'el legislador', con dos tablas de piedra en las que estaban inscritas las leyes; y los piadosos persas cuentan cómo un día, cuando Zoroastro hacía oración en una montaña elevada, se le apareció Ahuramazda en medio de truenos y rayos y le entregó "el libro del Derecho". "Todos actuaban de esta manera —dice Diodoro—, porque creían que una obra que iba a ayudar a la humanidad era maravillosa y enteramente divina, o porque creían que la gente común obedecería con mayor facilidad a las leyes si dirigía su mirada a la magestad y al poder de aquellos (dioses) a los que se les atribuían sus leyes." (Will Durant, *op. cit.*, p. 331, nota). Se pueden añadir estos otros dos casos: las leyes que Licurgo dispuso para los espartanos eran llamadas, según la tradición, "Leyes de Apolo"; Numa Pompilio (715-672 a.C.) habría legislado para los romanos inspirado por la ninfa Egeria.

Lo interesante para nuestros propósitos es que los grandes principios morales que más tarde serán explicitados en la Deontología jurídica aparecen mucho antes que la organización de la profesión del abogado; aparecen dirigiendo y acompañando el proceso de la elaboración y aplicación del Derecho; son el resultado de la misma función social del Derecho. Ello no debe sorprendernos. En efecto, la profesionalización de la abogacía se da cuando, por la mayor complejidad de la vida jurídica, se hace necesaria la existencia de especialistas que puedan tratar con competencia las cuestiones jurídicas que ya escapan a la capacidad de personas sin una preparación especializada. Esos especialistas del Derecho son los juristas que, cuando se dedican a defender las causas de los particulares, reciben el nombre de abogados. Es natural que, al profesionalizarse, los juristas aceptan como principios deontológicos de su práctica profesional los mismos principios morales que desde la más remota antigüedad habían animado la elaboración y la aplicación del Derecho.

Ya en épocas históricas, en los más antiguos documentos jurídicos que han llegado hasta nosotros, se formula explícitamente la idea de que la función del Derecho es servir al bien común, proteger a los débiles frente a los poderosos y aplicar imparcialmente la justicia. Así, en uno de los Códigos de Leyes más antiguos,⁵ el de Hamurabi (reinó en Babilonia hacia 1728-1686 a.C.), se dice que este monarca fue llamado por los dioses a reinar "para que promoviera el bien de los hombres, para hacer valer el Derecho en este país, exterminar la perversidad y el mal, impedir al poderoso dañar al débil, para aparecer ante los hombres como el Sol e iluminar al país, para traer la felicidad y la alegría".⁶

Lo que queremos subrayar es que la misma naturaleza del Derecho reclama la aceptación de determinados valores morales. Por la práctica de los mismos siempre se ha juzgado la calidad del gobernante. Estos valores son mencionados en los documentos más antiguos, como en los modernos, y son ellos los que constituyen el *ETHOS* o espíritu propio de la aplicación del Derecho. Posteriormente, cuando aparece la profesión del abogado, esos mismos valores constituirán la base y el arma-

⁵ Según Horacio N. Castro Dassen y Carlos A. González Sánchez, traductores y comentaristas del *Código de Hamurabi* (Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, p. 17), habría por lo menos tres Códigos más antiguos que el de Hamurabi: el Código de Lipit-Isthar (hacia 1860 a.C.), el de Bilalama (hacia 1788 a.C.) y el de Ur-Namur (hacia 2050 a.C.). Los tres pertenecen, como el de Hamurabi, a la civilización mesopotámica.

⁶ *Código de Hamurabi, ed. cit., pp. 25 y ss.*

zón del nuevo *ETHOS* profesional. Al fin y al cabo el abogado no es más que un especialista en la aplicación del Derecho.

Es dudoso que en los grandes imperios de la Antigüedad existieran abogados. De las culturas anteriores a Roma se puede decir lo que el historiador Will Durant escribe de la de Babilonia: "No encontramos pruebas de la existencia de abogados en Babilonia, excepto los casos de sacerdotes que servían como notarios y del escriba que, por una retribución, redactaba cualquier especie de documento, desde un testamento hasta un madrigal. El quejoso presentaba su propio alegato, sin lujos de terminología. Se desalentaba el litigar..."⁷ En Babilonia, como en Egipto y China, existía todo un cuerpo de jueces que seguramente eran peritos en Derecho. Del aparato judicial egipcio se posee bastante información. Entre otros se conserva un curioso documento que parece contener las instrucciones que se daban al Visir (a la vez primer ministro, juez supremo y cabeza del tesoro) en la toma de posesión de su cargo. Se le ordenaba: "tendrás cuidado que todo se haga conforme a Derecho, que todo se haga según las costumbres existentes, que se dé a toda persona su derecho... Es abominable a los dioses el mostrar parcialidad... Atiende al que te es conocido como al que te es desconocido; y al que se halla cerca del Rey como al que le es lejano... El temor [debido] a un príncipe descansa en el hecho que imparte justicia..."⁸ Por éste y por otros documentos es claro que los gobernantes tenían clara conciencia de los principios morales que debían animar el proceso de elaboración y aplicación del Derecho y que trataban de educar en ellos a los funcionarios encargados de juzgar.

Veamos algunos de los valores jurídico-morales tal como son mencionados en documentos anteriores a la civilización greco-romana. Se trata de valores que, por ser propios de la función social del Derecho, son base de la Deontología jurídica.

a) El bien común

Una teoría explícita del bien común tarda muchos siglos en ser formulada. Aunque hay atisbos de esa teoría en Platón y sobre todo en Aristóteles,⁹ es Santo Tomás de Aquino el primero que la expone

⁷ Will Durant, *op cit.*, p. 232. En efecto, las leyes 1 y 3 del Código de Hamurabi castigaban con pena de muerte respectivamente al que hubiera acusado sin justificar su acusación y al que "en un proceso ha dado testimonio de cargo y no ha probado la palabra que dijo, si este proceso es por un crimen que podría acarrear la muerte". (Ver p. 28 de la edición citada).

⁸ Cita tomada de Will Durant, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

⁹ Escribe Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* (1129 b, 14-19): "Las leyes se promulgan en todas las materias mirando ya al interés de todos en común, ya al

con claridad y profundidad.¹⁰ Sin embargo, ya desde las culturas más antiguas existe la intuición básica de que la sociedad y el Derecho tienen como razón de ser, no el beneficio exclusivo de algunos de sus miembros, sino el bien de todos los componentes de la comunidad. Al formar una comunidad política, los hombres establecen una cierta solidaridad, se hacen copartícipes de un común destino, se benefician todos de la misma cultura y de aquellas prestaciones que un buen Estado puede proporcionarles, tales como el orden y la paz, la seguridad jurídica, la defensa común. El bien común no exige necesariamente trato igual para todos sino imparcialidad, equilibrio distributivo de responsabilidades, protección de los débiles frente a los poderosos. Por lo tanto, el bien común abraza todos los valores que consideramos más adelante.¹¹

En el Código de Hamurabi, este monarca proclama como justificación para legislar: "Yo, el favorito de Ninni, cuando Marduk me envió para conducir a los pueblos, enseñar el Derecho al país, puse el Derecho y la Justicia en la boca del pueblo, y procuré la felicidad de los habitantes..."¹² País, pueblo, habitantes... son palabras que rechazan todo exclusivismo. El Derecho es para beneficiar a todos y no solamente a unos cuantos.

Las Leyes de Manú, de la India, establecen un riguroso sistema de castas. Sin embargo, de ellas nos dice un historiador que le exigen al gobernante que "proceda con rigor imparcial y que se preocupe paternalmente del bien de todos".¹³

Confucio, moralista y no político, daba este consejo al gobernante: "Cuando un príncipe ama lo que su pueblo ama y odia lo que su pueblo odia, entonces es llamado padre del pueblo... al ganarse al pueblo, el reino está ganado; y al perder al pueblo, se pierde el reino."¹⁴

interés de los mejores o de los principales, sea por el linaje, sea por algún otro título semejante. Así pues, en un sentido llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política" (trad. de Antonio Gómez Robledo). Pueden verse también los libros III y VII de la *Política*, en los que se señala al bien común como criterio definitivo para valorar las diferentes constituciones políticas.

¹⁰ Véase la *Suma Teológica*, 1-2, q. 90, a. 2.

¹¹ Una excelente explicación moderna del bien común puede verse en la sección 33 de la *Introducción a la Filosofía del Derecho* de Heinrich Henkel (trad. de Enrique Gimbernat Ordeig, Tauros, Madrid, 1968, pp. 593-613) y en el libro de Jacques Maritain, *La personne et le bien comun* (1947).

¹² *Código de Hamurabi*, Preámbulo, ed. cit., p. 25 y ss.

¹³ Will Durant, *op. cit.*, p. 482.

¹⁴ Confucio, *La gran sabiduría*, X. Utilizamos la traducción al inglés de James Legge (Peter Pauper Press, Mount Vernon, Nueva York, s.f., p. 178).

b) Imparcialidad e imperio de la ley

El mismo Confucio definía al gobierno como "lo que es justo y derecho". De alguna manera siempre se ha entendido que el Derecho debe aplicarse imparcialmente, es decir, conforme a reglas racionales y justas y que no debe doblegarse ante las influencias de los poderosos. Si acaso, debe más atender a los débiles para protegerlos de los fuertes, para "impedir al poderoso dañar al débil", como vimos dice el Código de Hamurabi. La idea de la imparcialidad está muy bien expresada en el *Levitico* (XIX, 15), uno de los libros del Antiguo Testamento: "No hagas injusticia en tus juicios, ni favoreciendo al pobre ni complaciendo al poderoso; juzga a tu prójimo según justicia." Recordemos que, según las instrucciones al Visir, "es abominable a los dioses el mostrar parcialidad".

En el Zend-Avesta, conjunto de libros sagrados de los antiguos persas, se encuentra la siguiente exclamación: "¡Honor a Hom que permite que el genio del pobre sea igual en grandeza al genio del rico! ¡Honor a Hom que iguala en grandeza los sentidos del pobre y del rico!"¹⁵

Terminemos con otra cita del Código de Hamurabi, tomada esta vez del Epílogo. Allí se jacta el monarca: "He tomado en mi pecho (bajo mi protección paternal) las gentes de Sumer y Akkad; con mis cuidados las hice vivir en paz; con mi prudencia los protegí; para que el fuerte no oprima al débil; para hacer justicia al huérfano y a la viuda. He inscrito mis preciosas palabras sobre mi estela y las fijé ante mi imagen de Rey de Derecho (que encarna el Derecho) en E-Sagil, templo cuyos fundamentos son sólidos como el de los cielos y la tierra, para juzgar las causas (procesos) del país, para orientar las decisiones del país, para hacer justicia al oprimido."¹⁶ Y un poco más adelante se ufana: "¡He gobernado al país según el Derecho!"¹⁷

c) Los aplicadores del Derecho deben ser sabios y virtuosos

Dada la enorme importancia y hasta el carácter sagrado que se atribuía a la aplicación del Derecho, es natural que se encomendara esa misión a los hombres más sabios, más prudentes y de mejor fama en el grupo social. Son aleccionadoras las palabras de Moisés para cons-

¹⁵ Cita en Paul Janet, *Historia de la Ciencia Política*, Editorial Nueva España, México, 1948, t. I, p. 73.

¹⁶ *Código de Hamurabi*, ed. cit., p. 62 y ss.

¹⁷ *Id.*, p. 63.

tituir jueces: "Elegid de vuestras tribus hombres sabios, inteligentes, probados, para que yo los constituya sobre vosotros. . . Al mismo tiempo di a vuestros jefes este mandato: Oíd a vuestros hermanos, juzgad según justicia las diferencias que pueda haber o entre ellos o con extranjeros. No atenderéis en vuestros juicios a la apariencia de las personas; oíd a los pequeños como a los grandes, sin temor a nadie, porque de Dios es el juicio. . ." ¹⁸

Raúl Horacio Viñas explica cómo se realizaba la aplicación de justicia entre los hebreos: "El juicio se ventilaba en forma oral, en presencia de todo el pueblo, o grupos de diez a cincuenta personas según los casos. Todas podían opinar, acusar y abogar, mas el juez o los jueces no debían oír al mayor número para apartarse de la verdad." ¹⁹ "Los tribunales funcionaban al aire libre, generalmente a la puerta de las ciudades. En caso de dudas, los jueces acudían al sumo sacerdote, juez supremo del pueblo. De la lectura del *Libro de los Jueces* se desprende que sus funciones no eran específicamente judiciales, sino más bien las de jefes militares, libertadores del pueblo de sus opresores; varones virtuosos y rectos." ²⁰

En otras culturas, como las de Sumeria, Babilonia y Egipto, los jueces solían pertenecer a la casta sacerdotal. Eran, en aquellas sociedades, los que poseían mayor instrucción y que, por su consagración al servicio de los dioses, se suponía poseían destacada virtud.

3. La aparición de la abogacía en Atenas y Roma

Acabamos de ver que en las culturas antiguas la regla general era que cada quien defendía su propia causa ante los jueces. Es posible que, dada la flexibilidad de los procedimientos en los que "todos podían opinar, acusar y abogar", de vez en cuando surgieron, espontáneamente o por encargo, defensores de alguno de los querellantes. Pero no consta la existencia de hombres o mujeres dedicados a la defensa; "no encontramos pruebas de la existencia de abogados". En cambio, primero en Atenas y luego en Roma, ya está bien documentada la aparición de hombres que defienden a otros.

Los atenienses eran de espíritu inquieto, discutidor; para ellos no era la máxima del ECLESIASTÉS (XXVIII, 10): "Aléjate de contiendas y aminorarás tus pecados." En el ambiente de libertad de la democracia ateniense, cada ciudadano se consideraba con derecho a denunciar

¹⁸ Deuteronomio, I, 13 y 16-17.

¹⁹ Raúl Horacio Viñas, *Ética de la Abogacía y Procuración*, p. 31.

²⁰ *Ibidem*.

lo que él consideraba la conducta indebida de cualquiera. Los tribunales estaban compuestos de numerosos jurados (se pensaba que el gran número de ellos hacía imposible su cohecho): "podían tener 201 a 401 jurados, en los negocios ordinarios, y 1,001 a 2,001 y aun 2,501 en los juicios políticos. El número impar tenía por objeto evitar el empate." ²¹ Ante tanta multitud compuesta de hombres amantes de los buenos discursos y de las sutiles distinciones, no era fácil defenderse, sobre todo si se carecía de dotes oratorias. Como "la profesión de abogado está prohibida", ²² lo único que se podía hacer era acudir a algún amigo de mayor cultura y de prestigio moral que tomara la defensa. Era costumbre antigua en la cultura griega el permitir invitar a hablar en favor propio a algún amigo. Así se cuenta de uno de los Siete Sabios, Bias (o Biante) de Priena (s. VI a. c.), "que fue un vehementísimo orador de causas; pero siempre usó bien de su facundia." ²³ "A medida que aumentaba la complejidad de los procedimientos judiciales y que los litigantes se daban cuenta que los jurados eran sensibles a la elocuencia, se generalizó la práctica de comprometer a un retórico u orador, concedor del Derecho, para apoyar la acusación o la defensa, o para preparar, a nombre de su cliente y atendiendo al carácter del mismo, algún discurso que el cliente pudiera leer ante el tribunal. De estos retóricos-intercesores vienen los abogados." ²⁴

Así aparece la Abogacía como una actividad que se hace necesaria para hacer posible la defensa justa de quienes no poseen suficientes conocimientos jurídicos o cualidades de expresión de palabra para defenderse a sí mismos. El abogado, desde un principio, es el amigo leal al que se confía la defensa. El vínculo entre abogado y cliente es un compromiso de fidelidad, honradez, sinceridad y rectitud, que no tiene precio. El que, más tarde, se agradezcan los servicios prestados con donativos o con honorarios, no alterará el carácter humano y moral de la vinculación. La Deontología jurídica se encargará de precisar los matices del compromiso que une al abogado con su cliente.

²¹ A. Petrie, *Introducción al estudio de Grecia*. Trad. de Alfonso Reyes. Fondo de Cultura Económica, 5a. reimpresión, México, 1970, p. 94.

²² *Id.*, p. 96.

²³ Diógenes Laercio, *Vidas de los filósofos más ilustres*. Trad. de José Ortiz y Sanz. L. I, "Biante". Espasa-Calpe Argentina Buenos Aires, vol. I, 2a. ed., p. 47. Allí mismo se narra la muerte de Bias: "habiendo orado en defensa de un pleito de un amigo suyo (siendo ya anciano) y descansando un poco de esta fatiga, reclinó la cabeza en el seno de un nieto suyo, hijo de su hija. Había también orado el contrario en la causa; y como los jueces sentenciasen en favor del cliente de Biante, vencido el pleito, fue hallado muerto en el seno mismo de nieto". Hermosa muerte para un abogado.

²⁴ Will Durant, *The Story of Civilization*. Vol. II. *The Life of Greece*. Simon and Schuster, Nueva York, 1966, p. 260 y ss.

El pueblo romano era diferente del ateniense. Si a este último se le puede tildar de cierta ligereza y de su excesivo amor a la argumentación, al romano de los tiempos de la República hay que caracterizarlo por su seriedad, su sentido de responsabilidad y su genio pragmático que prefiere los hechos a las palabras. El *ETHOS* ateniense produjo grandes artistas y filósofos; el romano republicano dio grandes juristas. "El entusiasmo con que los griegos discuten acerca de temas metafísicos (o artísticos), en sus ratos de ocio, encuentra un paralelo en la general y animada discusión de los jurisconsultos romanos sobre los sonados casos jurídicos del momento."

En un orden histórico de aparición en Roma, podríamos hablar de tres fases de límites imprecisos entre ellas. Primero, el Derecho se aplica por los funcionarios de la incipiente Ciudad-Estado, generalmente sacerdotes; cuando los particulares tienen un conflicto jurídico, son ellos mismos los que lo presentan ante los tribunales y se defienden a sí mismos. En una segunda fase, ya se permite al particular llamar a alguien, al *ADVOCATUS*, que quiere decir literalmente "el llamado para el caso". "Los primeros abogados con derecho y deber nativo, fueron los patrones, que prestaban socorro y asistencia a sus clientes ante los tribunales. Si el patrón o cliente violaban sus obligaciones eran declarados 'sacer' y podían ser muertos. Allí nacieron las expresiones 'patrocinio', 'abogado', 'cliente'." ²⁶ Probablemente fue durante esta segunda fase, que debió extenderse durante casi toda la República, cuando aparecieron los *IUSPERITI*. A ellos debían acudir en busca de aclaraciones de cuestiones de Derecho los *ADVOCATI*, puesto que éstos no eran peritos en Derecho. Entonces los servicios tanto de los *IUSPERITI* como de los *ADVOCATI* eran gratuitos. Por último, la tercera fase apareció al final de la República. Algunos *IUSPERITI* tomaron a su cargo la defensa de clientes ante los tribunales, es decir, se hicieron abogados. Esto se facilitó por la cada vez más generalizada costumbre de recibir obsequios de los clientes agradecidos. Bajo el Principado se empezó gradualmente a permitir compensaciones económicas, el *HONORARIUM* o paga por servicios de una profesión liberal (también recibían *HONORARIA* los arquitectos, médicos, maestros, etcétera) que se distinguía de la *MERCES* o salario por trabajo de índole física. Habían nacido los profesionales del Derecho. Por tales entendemos las personas que hacen de las práctica del Derecho, sobre todo en beneficio de terceros o clientes, su profesión y que viven de ella. Son ellos los elaboradores de la Deontología jurídica.

²⁶ Raúl Toracio Vifias, *op. cit.*, p. 40 y ss.

En México nos parece extraña la distinción entre jurisconsultos o juristas y abogados, los primeros más teóricos, los últimos más prácticos. A ella corresponde en grandes líneas la distinción inglesa entre *barristers* y *solicitors* y la que hacen algunos países, como España y Argentina, entre abogados y procuradores, pero en este último caso los abogados corresponden a los jurisconsultos. El hecho es que durante largo tiempo en Roma los "jurisconsultos no son abogados: no acompañan a sus clientes a los tribunales para aconsejarlos. Tales profesionales también existían: eran los *ADVOCATI* o los *CAUSIDICI*; no obstante, el jurisconsulto, intelectual y artista del Derecho, se hubiera indignado al ser confundido con alguno de tales artesanos del procedimiento, o con tales oradores. No, la verdadera labor del jurisconsulto consistía en dictaminar; redactar contratos para evitar, profilácticamente pleitos futuros; escribir obras de Derecho y enseñar esta materia a la generación joven. Tal vez pisara el suelo de las oficinas jurídicas para asesorar a los magistrados —eso sí—, pero no se rebajaría fácilmente a asistir a algún particular". ²⁶ Pero la oposición entre jurisconsultos y abogados no debe ser exagerada. Ya, al final de la República, quedaban confundidas por lo general las dos actividades —la de los teóricos y la de los prácticos— en las mismas personas. "Sólo a partir de las reformas de Diocleciano al procedimiento, se fusionaron claramente las funciones del abogado u orador y del jurista o técnico del Derecho." ²⁷ La verdad es que sin buena teoría no puede haber buena aplicación del Derecho, como carece de sentido una teoría jurídica que no apunte a la práctica. Jurisconsultos y abogados, ambos son necesarios. El talento del pueblo romano consistió en haber originado unos y otros. Y es gracias a la teoría jurídica romana que aparece un concepto que va a enriquecer a la Abogacía: el concepto de la representación.

Hoy nos parece tan normal que, para obtener un determinado efecto jurídico, podamos ser representados por otra persona, que nos cuesta trabajo darnos cuenta de lo revolucionario que fue el concepto de representación. En la actualidad son pocos los actos en que no podemos hacernos representar: "la ejecución de contratos celebrados en vista de nuestras calidades especiales, la confección de un testamento, la su-

²⁶ Guillermo Floris Margadunt S., *Introducción a la Historia Universal del Derecho*. Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 1974, t. I, p. 114. Escribe Rafael Bielsa (*La Abogacía*, p. 57): "Es cierto que también en Roma fue el orador abogado que bien pronto se diferenció del jurisconsulto. Pero en Roma la abogacía tuvo desde sus orígenes un carácter más técnico en lo que respecta al Derecho. Más que la elocuencia fue la ciencia lo que distinguió al abogado; antes que el discurso y la peroración, el consejo profesional, el parecer jurídico".

²⁷ Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, *Historia del Derecho romano y de los Derechos neorromanos*, UNAM, México, 1981, p. 190.

misión a un examen y algunos casos más, de evidente justificación." ²⁸ "¡Hasta podemos casarnos con intervención de representantes!" ²⁹ Pero en la Antigüedad esto no era así. Cada quien debía estar presente en todo acto para producir efectos jurídicos que le fueran imputables. Ya lo hemos visto, en los juicios eran los contendientes los que debían comparecer y defender su propia causa. La presencia y actuación del abogado se toleraba como la ayuda de un amigo al litigante, así como se permitía hablar a todo el que pudiera aportar alguna luz al asunto. No se concebía que alguien, por sus hechos o palabras, pudiera obligar a otro; que se hiciera responsable al representado de los actos del representante. Y eso es precisamente lo que va a realizar la representación jurídica. Pero no se llegó de golpe a tal concepto. Primero, desde la época preclásica, se dio la gestión de negocios (*negotiorum gestio*): "nació de situaciones en que una persona actuaba en interés de otra, cuando ésta se hallaba ausente, para defender los derechos de ella". Entonces el gestor adquiría para sí los efectos de los actos ejecutados, efectos que posteriormente, si el representado los aprobaba, eran traspasados a éste. Es lo que se reconoce como representación indirecta. La representación directa no nació sino a fines de la época clásica. Aparecieron acciones procesales por las que se podía hacer responsable al representado por los actos del representante. Por último, por el contrato del mandato, "una persona asumía la obligación de realizar un negocio jurídico o un determinado servicio, de manera gratuita y en el interés del mandante o de una tercera persona. El *MANDATUM* se basaba en una relación de confianza (amistad) entre las partes..." ³⁰ Es esta vinculación tan personal, fundada en la amistad, la lealtad y la confianza, la que va a servir de base a las relaciones entre el abogado y su cliente. Responsabilidad ante el cliente y respeto al Derecho son los dos polos en torno de los cuales se construyó el *ETHOS* de la Abogacía.

El profesor Kornél Zoltán Mészáros ha hecho un excelente estudio del "Carácter del antiguo abogado romano". ³¹ Resume así las cualidades que se esperaban de él: "La conducta del defensor, que abogaba de *BONI VIRI ARBITRATU*, era un conjunto de cinco virtudes, que consistían en un *RESPECTO* religioso para con las leyes, *LEALTAD* para con el cliente, *DIGNIDAD* y *VALOR* en su postura, y todo esto

²⁸ Guillermo Floris Margadant S., *El Derecho privado romano*. Esfinge, México, 4a. ed., 1970, p. 332, nota 59.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, voz "Mandatum", p. 574.

³¹ Se encuentra en *Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México, N° 3 (Julio de 1971), pp. 165-182.

completado con la *LIBERTAD* en su ser y en el hablar." ³² "En Roma existieron muchas normas que regularon su conducta a la luz de la ética, es decir, de la moral profesional y que establecieron las relaciones del abogado con su cliente, con el tribunal, con el adversario y con otros colegas." ³³ Todos los principios deontológicos que iremos explicando en el curso de nuestro trabajo ya se hallaban presentes en la visión ideal del abogado romano. A veces ya se formulaban explícitamente, como es el caso de los principios de lealtad para con el cliente, el de independencia y libertad profesional y el de la dignidad y decoro profesional. Otras veces sólo se encuentran implícitos y necesitarán ulteriores especificaciones, como son los principios del secreto profesional, los que prohíben la autopropaganda y la competencia desleal para atraerse clientes, y los más concretos que regulan los comportamientos procesales. Lo único que está ausente en el *ETHOS* de la Abogacía romana es lo concerniente a la colegialidad de la profesión, pues los abogados romanos no llegaron a formar colegios profesionales sino hasta muy tarde. ³⁴ La colegialidad propiamente dicha es un fenómeno que aparece en la Edad Media, pero que no afecta lo esencial de la Deontología jurídica. Lo examinaremos a continuación.

4. La Edad Media y la colegiación de los abogados

Después de los primeros turbulentos siglos medievales, en los que el Derecho no logra imponer su racionalidad y disciplina a las pasiones del poder y de la venganza, por lo que prácticamente desaparecen los abogados, se inicia un renacimiento jurídico a partir del siglo XI, con sede en la Universidad de Bolonia. Allí acuden de todas partes

³² *Id.*, p. 166.

³³ B. Bernal y J. de J. Ledesma, *op. cit.*, p. 190.

³⁴ "En opinión del ilustre procesalista argentino Hugo Alsina, los orígenes de los Colegios de Abogados se ubican en Roma. El emperador Justiniano creó una orden o *militia*. Para ingresar a ella debían presentar certificado de estudios de Derecho y justificar la residencia. Igualmente debían reunir ciertas condiciones de moralidad. También el jurista español Antonio Fernández Serrano considera que el sistema de la colegiación tiene su origen en el Derecho Romano y así se extiende a todos los países de Europa". (Carlos Arellano García, *Práctica jurídica*, p. 299). Prescindiendo de lo tardío de la aparición del "collegium" de Justiniano (siglo VI) y que éste debió de funcionar sólo en el Imperio de Oriente, lo más probable es que se asemejara más a una Academia de Jurisprudencia que a un colegio profesional propiamente dicho. En todo caso parece muy poco probable que tuviera influencia en la aparición de los colegios de abogados europeos, los cuales son creación de la Edad Media. Antes de Justiniano, una constitución de Constantino, dada el año 329, prueba la existencia de verdaderas corporaciones de abogados. Es posible que dichas corporaciones si hayan tenido alguna influencia en la conformación de los colegios medievales.

de Europa, jóvenes deseosos de estudiar el Derecho Romano. Estos juristas, cuando vuelven a sus países, se convierten en los consejeros de sus príncipes, en administradores, en jueces, en abogados; son una fuerza civilizadora que lleva la racionalidad jurídica a los asuntos de Estado, que colabora en el proceso de la unificación nacional fortaleciendo las monarquías y que lentamente contribuye a la búsqueda de soluciones jurídicas más estables y coherentes. "La abogacía, como actividad reglamentada de un grupo de profesionales con cierta preparación formal, surgió a fines del siglo XIII."³⁵ Veamos qué suerte corrió en algunos países.

En España, desde las invasiones bárbaras hasta Alfonso X el Sabio (1221-1284), la abogacía desaparece como institución profesional. Fue este monarca el que comenzó a regularla. La actividad del abogado podía desempeñarse como *bocero* (vocero) o como "personero". "En el *Fuero Viejo* aparecen confundidos ambos oficios. Pero el *Fuero Real* [1254] los distingue perfectamente, pues dedica un título (el 9º del Libro I) a los boceros y otro (el siguiente) a los personeros. A partir de esta diferenciación podemos decir que eran boceros los que llevaban la voz de las partes defendiéndolas en juicio, es decir, los que ahora se llaman abogados, nombre que también se les da en las *Partidas* [1273], y se llamaron personeros los que representaban a las partes actuando en su nombre en el proceso, es decir, los que se llaman ahora procuradores, nombre éste que ya se les da en la *Nueva Recopilación* [1567]."³⁶ La distinción entre abogados y procuradores perdura hasta hoy en España, al punto de ser reglamentados por diferentes "Estatutos generales", respectivamente del 24 y del 30 de julio de 1982.

No faltaban en aquellos tiempos las preocupaciones deontológicas. "Según *El Espéculo* (parece ser un mero ensayo de las *Partidas*, que quizá no llegó a concluirse) (Lib. IV, Tit. 9), el bocero debe ser mesurado, verdadero y leal y mirar ante todo que el pleito de que se encarga sea justo ('que sea derecho'). Las *Partidas* elevan los boceros a la categoría de un oficio público que exige conocimientos especiales, designación por los jueces o por los 'sabidores de Derecho' y prestación de juramento. La remuneración del bocero será, según el *Fuero Real*, si no se pone de acuerdo con el litigante, la veintena parte de la demanda... Se prohíbe (en el *Fuero Real* y las *Partidas*) el pacto de

³⁵ Michael E. Tigar y Madelaine R. Levy, *El Derecho y el ascenso del Capitalismo*. Trad. de Nicolás Grab, Siglo Veintiuno, México, 2a. Ed., 1981, p. 151.

³⁶ Salvador Minguijón, *Historia del Derecho español*. Labor, 4a. ed., Barcelona, 1953, p. 214.

quota litis, es decir, el pacto de cobrar el abogado una parte de lo que se demanda en el pleito."³⁷ El juramento se prestaba al inscribirse en la matrícula o registro de abogados y se castigaba con la expulsión de dicho registro a aquellos que faltaban gravemente a sus obligaciones. Pero ese registro no era propiamente una colegiación, sino un trámite que se exigía para ejercer la profesión. "En el terreno de la ética, eran faltas graves el revelar el secreto profesional, aconsejar al mismo tiempo a la contraparte en un mismo asunto, pedir pruebas o términos inútiles, sobornar testigos, presentar pruebas o alegatos falsos, e ir en contra de la Ley. Todas estas faltas eran castigadas con la suspensión del oficio."³⁸ Pero, según parece, los abogados no llegaron a organizarse en colegios sino hasta fines del siglo XVI, y entonces lo hicieron con un sello religioso, propio de las corporaciones o gremios medievales.

Parece que una situación semejante a la de España se dio en Italia y en Alemania. Por supuesto, durante la Edad Media, el estamento de abogados adquirió en Italia una importancia que sólo mucho después la tuvo en Alemania. No sólo era Italia la cuna de los estudios jurídicos, sino que el desarrollo de las ciudades mercantiles, tales como Génova, Pisa y Venecia, exigía la intervención de los abogados para sus numerosas transacciones. Pero en ninguno de esos países se dio la colegiación profesional. Si se unieron fue más bien para formar congregaciones de fuerte carácter religioso que, bajo la protección de algún santo, celebraban fiestas religiosas y atendían a los huérfanos y viudas de los cofrades. La colegiación profesional de los abogados nació en Francia y en Inglaterra. "Tanto el soberano inglés como el francés dictaron leyes respecto de la profesión, limitando su ejercicio a quienes hubieran sido habilitados por funcionarios judiciales. Esta legislación —inglesa de 1292 y francesa de 1274 y 1278— reflejaba una evolución gradual."³⁹

"El estamento francés de los juristas tiene su origen en los legistas de los siglos XII y XIII, los cuales, formados en las Universidades con

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Antonio Hugo Franck Cabrera, *La Deontología jurídica y su probable legislación*, p. 14. Ver Raúl Horacio Viñas, *op. cit.*, p. 49.

³⁹ M.E. Tigar y M.R. Levy, *op. cit.*, p. 151. La ordenanza de 1274 del rey francés Felipe III estableció: "la lealtad de los medios a emplearse; omitir palabras o gestos injuriosos o groseros; juramento de tratar todos los casos con atención, diligencia y fidelidad; aceptar sólo las causas justas, debiendo abandonarlas cuando advirtiese su injusticia o culta; si hablaba en presencia del cliente, su palabra equivalía a la de éste, si no era contradicho; no se podía formalizar tratos durante el proceso; los honorarios debían establecerse no en base al tiempo de duración del litigio, sino en base a la importancia del mismo y a la habilidad del letrado" (Raúl Horacio Viñas, *op. cit.*, p. 57).

el estudio del Derecho romano, se hallaban en íntima relación con el rey y prestaron a éste su apoyo precioso en las luchas que sostuvo contra el emperador, contra el Papa y contra los señores feudales. Esta relación se concreta y manifiesta en el tribunal real o *curia regis*, en el Parlamento de París...⁴⁰ Desde el siglo XIII se advierte una cierta preponderancia de los jueces peritos en Derecho, los cuales eliminan en el siglo XIV a los no juristas, excepción hecha de los señores feudales, de los *pairs* ("pares"), que son jueces natos en los procesos incoados contra sus iguales. Aquellos *magistri curiae* eran, en su calidad de jueces peritos en Derecho, juristas profesionales. A medida que van ganando prestigio van también consolidando su cargo... en el transcurso del siglo XVI consiguen, por fin, la inamovilidad. El mismo Parlamento empieza a tener facultad de propuesta de los candidatos que habrán de ser nombrados por el rey, y elige éstos preferentemente de entre los mismos abogados del Parlamento, los cuales en el siglo XIV se hallaban ya organizados o agremiados en colegios. En París existe, pues, en el siglo XIV un estamento de juristas prácticos, organizado e influyente, formado con gentes que proceden de las universidades y versadas en Derecho romano."⁴¹ Posteriormente, se empezaron a vender los cargos: "la enajenación de los mismos constituyó un saneado recurso fiscal para el monarca. A pesar de todos los reparos que puedan hacerse a esta institución —abolida por la República— es evidente que contribuyó a robustecer el estamento de los juristas; la vendibilidad del cargo de juez convertía a éste en prácticamente inamovible, mientras que posteriormente su transmisibilidad hereditaria facilitó la formación de un gran número de familias de juristas con fuerte tradición. Por otra parte, el costo de adquisición de los cargos hizo el de juez privilegio de nobleza hereditaria de juristas, una *noblesse de robe*, integrada por una serie de familias orgullosas de su estamento, que desempeñaban una destacada misión directiva y dotadas de una elevada formación, que impidió, a diferencia de lo ocurrido en Alemania, que la judicatura se burocratizase."⁴² En esas circunstancias, la colegiación era la expresión organizada del espíritu de cuerpo que unía a los abogados; por ella se exigía a los miembros de la profesión el cumplimiento del *ETHOS* profesional que legitimaba sus actividades y en el cual encontraban a la vez prestigio y satisfacción personal.

"También en Inglaterra, el desarrollo del estamento de juristas guar-

⁴⁰ Nótese que "el parlamento" de París es un tribunal y no una cámara legislativa, como lo será el Parlamento de Inglaterra.

⁴¹ Pablo Koschaker, *Europa y el Derecho romano*. Trad. de José Santa Cruz Teijeiro. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 250 y 251.

⁴² *Id.*, p. 252.

da estrecha relación con el fenómeno de la centralización de la justicia en la persona del rey."⁴³ "Desde Enrique II (1154-1189) rige el principio de que toda la jurisdicción dimana del rey. Jueces ambulantes (*IUSTICIARII ITINERANTES*), que actúan desde 1166, promueven la extensión de la jurisdicción real por los campos, y a partir de Enrique III (1216-1272) las cortes reales de justicia se agrupan con sede permanente en la ciudad de Londres. En estas cortes de justicia, bajo Enrique II, hallamos ya los *IUSTICIARII* elegidos de entre los secretarios reales, que son verdaderos jueces profesionales; y durante el siglo XIII, en el reinado de Eduardo I (1272-1307), comienza a desarrollarse la profesión legal, esto es, un estamento profesional de juristas cuya organización en sus líneas fundamentales aparece ya establecida alrededor de 1300. Es ya característica en este periodo la distinción no exclusiva del Derecho inglés, entre la asistencia jurídica de las partes, que expone al Tribunal la calificación jurídica del caso litigioso (*PLEADER*), y el representante de las partes (*ATTORNEY*) que actúa el proceso y prepara el material de hecho y la información en que ha de basarse la actuación jurídica del *PLEADER*, manteniendo estrecho contacto con los clientes. De la primera clase provienen los *BARRISTERS*; de la segunda, con la cooperación de otros antecedentes, los *SOLICITORS*. En los siglos XVI y XVII aumenta la separación de ambas funciones. La posición del *BARRISTER* se aproxima a la de un *NOBILE OFFICIUM*. No puede contratar ni reclamar honorarios (*FEES*). Es simplemente un consejero jurídico de las partes, las cuales no quedan obligadas por la actuación del *BARRISTER* ante el Tribunal, contrariamente a lo que ocurre con el *ATTORNEY*, no responde de las negligencias cometidas en la dirección del proceso. Esta profesión de *BARRISTER* exige, además, un sólido conocimiento de Derecho procesal y sustantivo del *CASE LAW*."⁴⁴

La preparación de los futuros abogados se hacía en la práctica, bajo la sombra y dirección de algún abogado ya reconocido, y en los *Inns*, literalmente "hostales", es decir, casas de pensión en las que se alojaban los jóvenes estudiantes y en las que, durante los periodos de vacaciones en los que no funcionaban los tribunales, se impartían cursos (*READINGS*) y se simulaban juicios (*MOK COURTS*). Los *INNS* eran de dos clases: los de la Corte (*INNS OF COURT*), y los de la Cancillería (*INNS OF CHANCERY*).⁴⁵ Hoy sólo sobreviven los pri-

⁴³ *Id.*, p. 254.

⁴⁴ *Id.*, pp. 255 y ss.

⁴⁵ Había cuatro *Inns of Court*: Inner Temple, Middle Temple, Lincoln's Inn y Gray's Inn, cada uno con unos 200 estudiantes por lo menos, y unos diez *Inns* de

meros, y en torno de ellos se da la colegiación actual. Estos "hostales" eran algo intermedio entre las universidades y los gremios medievales. No eran escuelas oficiales sino clubes que se autogobernaban, aplicando los reglamentos dados por Eduardo I, de acuerdo con los cuales los estudiantes debían aprender bajo la dirección de los jueces de los tribunales de Londres. Conferían un título, el de *BARRISTER* (para los *ATTORNEYS* era suficiente un cierto periodo de práctica supervisada por un abogado), y pronto controlaron la admisión a la profesión de la abogacía. Los egresados seguían vinculados con el *INN* que los había formado; a él acudían para comer o para discutir sus asuntos, pues —como decíamos— eran verdaderos clubes, cuyos miembros eran no sólo estudiantes (*APPRENTICES*), sino también dirigentes (los *BENCHERS*) provistos de poder disciplinario y encargados de la enseñanza. Se llegó así a una colegiación un tanto informal, muy inglesa, pero no por ello menos eficaz. El estamento inglés de abogados tenía un vigoroso espíritu de cuerpo y vivía intensamente el *ETHOS* de su profesión.

La colegiación en Francia y en Inglaterra tuvo un doble impacto. Internamente permitió a los abogados mantener altos niveles de competencia profesional, limar conflictos entre ellos y sostener exigencias de conductas deontológicas, todo lo cual redundó en el gran prestigio del que en general gozaban. Externamente les dio un enorme poder como grupo, lo cual significó su constante y definitivo influjo en el desarrollo social, político y cultural de sus respectivos países. Esto no quiere decir que los abogados actuaban siempre como un solo cuerpo y en la misma dirección, sino sólo que, en los grandes procesos de cambio social y político que van de la sociedad feudal a la moderna, siempre encontramos abogados entre los más influyentes agentes de cambio.⁴⁶ Tal vez el menor influjo de los abogados en Alemania y en España se deba a su falta de colegiación.

5. Después de la Revolución Francesa

Los ideales libertarios de la Revolución Francesa habían condenado la Cancillería con 100 estudiantes cada uno. Estos últimos dejaron de existir como instituciones de educación durante el siglo XIX. Véase Alan Harding, *A Social History of English Law*. (Penguin, Londres, 1966, pp. 167 a 194), para mayor información sobre la profesión del abogado en Inglaterra.

⁴⁶ Para no citar más que dos ejemplos en Inglaterra, el "Largo Parlamento" de 1640 que se enfrentó al rey Carlos I estaba compuesto de 75 *barristers* entre 500 miembros; en Francia casi la mitad de los representantes del Tercer Estado en los Estados Generales de 1789, que dieron comienzo a la Revolución Francesa, eran abogados.

con saña todas las instituciones del Antiguo Régimen y entre ellas se encontraban los gremios y corporaciones. "*LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO*, aprobada fervorosamente por la Asamblea Constituyente en la noche del 27 de agosto de 1789, omitía deliberadamente el derecho de asociarse, entre los connaturales al hombre. Un año después, un decreto del 2 de septiembre de 1790 (art. 10) abolía la Orden de los Abogados de Francia."⁴⁷ Aunque muchos abogados habían participado activamente en la difusión y en la victoria de las ideas revolucionarias, la actitud general imperante condenaba a la Abogacía en bloque, como aliada a las estructuras del régimen derribado. La idea era que el Derecho debía ser obra del pueblo, que debía ser aplicado por el mismo y que no eran necesarios los abogados. "Los hombres de leyes fueron remplazados por 'defensores oficiosos', como los tribunales de Derecho por tribunales populares. El desorden, la arbitrariedad, cuando no la venganza, invadió los palacios de justicia. Las voces profanas sustituyeron a las letradas; el furor político a la cordura."⁴⁸ A medida que se enfriaron los ardores políticos iniciales y que se hacía más imperiosa la necesidad de acabar con la anarquía jurídica, se imponía la idea que un Estado moderno no puede funcionar sin peritos en Derecho, es decir, sin abogados.

A pesar del decreto de disolución, la Orden de Abogados se mantuvo como asociación de hecho, ya que los abogados siguieron manteniendo sus vínculos, "con tal espíritu de independencia, que cuando se somete a votación en su seno la aceptación o rechazo del Imperio (1804), sólo 3 sobre 200 abogados del Barreau de París optaron por esta forma de gobierno."⁴⁹

Napoleón no tenía simpatía alguna por la Abogacía. Estaba persuadido que sus leyes, una vez en manos de jueces y abogados litigantes, perderían su sentido y eficacia. El espíritu militar con sus exigencias de obediencia incondicionada siempre ha estado en pugna con el espíritu del Derecho que supone aplicación humana y equitativa de las normas jurídicas. A pesar de ello, Napoleón, ya emperador, hombre realista, se dio cuenta que necesitaba de los abogados y, por ley del 14 de diciembre de 1810, restauró la Orden de los Abogados, pues —reconocía en el preámbulo de dicha ley— que era "uno de los medios más seguros de mantener la probidad, la delicadeza y un celo instruido en favor de los débiles y oprimidos."⁵⁰ Quedó la orden bajo la su-

⁴⁷ Raúl Horacio Viñas, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁸ *Id.*, p. 59.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

perintendencia de los ministros de justicia y procuradores generales. "Finalmente, con la restauración de la monarquía, se asegura la independencia de esta profesión, 'tan noble y elevada', por ordenanza de 1822. Desde ese momento y conforme a reglamentaciones ulteriores de 1910, 1941 y 1954, el estatuto legal de la Abogacía y sus normas éticas, en Francia",⁵¹ han quedado confirmados.

Durante el siglo XIX, el resto del continente europeo siguió el ejemplo que, respecto de la colegiación, habían dado Francia e Inglaterra. En este último país, la colegiación se organizó —como lo explicamos en la sección anterior— en torno de los cuatro *INNS OF COURT*. "El sello corporativo de la profesión se pone de resalto en la circunstancia que los abogados deben pagar una cuota anual a su *INN* entre 200 a 700 libras, pero ningún impuesto al Estado o corona. Cada *INN* está presidido por un comité de *BENCHERS* (decanos) que tienen a su cargo velar por la disciplina del gremio. En 1895 se formó el *COUNSEL OF THE BAR*, que recibe subvenciones de los cuatro *INNS*."⁵² El amor al Derecho y el respeto a las leyes, características de la ciudadanía inglesa, han contribuido a que la abogacía de ese país mantenga elevados niveles de práctica deontológica y a que sea muy honrada.

En Italia, ya lograda su unificación nacional, la ley del 8 de junio de 1874 consagró la colegiación obligatoria de los abogados. Como se puede ver por la información que nos transmite Carlo Lega, la Deontología jurídica ha ocupado y ocupa un lugar destacado entre las preocupaciones de los abogados italianos. Éstos se agrupan en "Órdenes Forenses" de acuerdo con la provincia a que pertenecen. Además, el Orden Nacional Forense confedera los Órdenes provinciales. Cada Orden está presidido por un Consejo del Orden. Son estos órdenes los que han promulgado normas deontológicas, a veces estructuradas en Códigos, de entre los cuales destaca el Código Deontológico de Lombardía (1969) por ser el de contenido más amplio y por haber sido redactado por diez Consejos del Orden. Llama la atención, al leer la obra de Lega, la abundante jurisprudencia que existe sobre problemas deontológicos. En otras palabras, la Deontología jurídica es una materia sobre la que se piensa, se escribe, se discute y se actúa en Italia. "La normación deontológica profesional ha sido configurada como forma de descentralización institucional favorecida por la estructura democrática de los entes profesionales."⁵³

En Alemania, una vez restablecido el Imperio en 1871, se organizó

⁵¹ *Id.*, p. 60.

⁵² *Id.*, p. 71.

⁵³ Carlo Lega, *Deontología de la profesión del abogado*, p. 60, nota 12.

el foro alemán con carácter nacional por una ley de 1878, "superando la disparidad organizativa de los diversos Estados locales".⁵⁴ "Los letrados (*ANTWALTS*) se agrupan en colegios (*ANTWALTSKAMMER*) y eligen un consejo (*VORSTAND*) que tiene a su cargo la disciplina de los colegiados, a quienes puede sancionar, sin perjuicio del recurso de apelación ante los tribunales."⁵⁵ "Los colegios de abogados tienen el control de disciplina de la ética profesional. Las decisiones de los tribunales de honor alemanes han llegado a constituir un cuerpo de valiosa doctrina en la materia..."⁵⁶

En España, la profesión de la abogacía fue regulada sucesivamente por las *SIETE PARTIDAS* (1263), la *NUEVA RECOPIACION DE LEYES DE CASTILLA* (1567), la *NOVISIMA RECOPIACION* (1805), el *ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA* (1946), y los *ESTATUTOS GENERALES DE LA ABOGACIA* y *DE LOS PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES* (1982). Los abogados se agrupan en Colegios, entre cuyas funciones está, "velando por la ética y la dignidad profesional, ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial."⁵⁷ La Abogacía deberá cumplirse "ajustándose a las normas deontológicas".⁵⁸ Cada provincia tiene su Colegio de Abogados, regido por una Junta de Gobierno elegida por todos los colegiados, la cual tiene facultad de "Ejercer las facultades disciplinarias respecto a los colegiados" y "Velar por que en el ejercicio profesional se observen las condiciones de dignidad y prestigio que corresponden al abogado, proveyendo lo necesario al amparo de aquéllas."⁵⁹ Por último, hay un Consejo General de la Abogacía Española, que es "el órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior de los ilustres Colegios de Abogados de España".⁶⁰ El ejercicio de la Abogacía es incompatible con el ejercicio de la profesión de Procurador.⁶¹ Los procuradores también se agrupan en colegios, de pertenencia obligatoria para ejercer la profesión.

6. La Abogacía soviética

No podemos cerrar este capítulo sin incluir una mención, aunque

⁵⁴ *Id.*, p. 78.

⁵⁵ *Id.*, p. 79.

⁵⁶ *Id.*, p. 80.

⁵⁷ *Estatuto general de la Abogacía española*. (EAE), art. 4, fr. g.

⁵⁸ EAE, art. 39.

⁵⁹ EAE, art. 62, A), fracs. 13 y 16.

⁶⁰ EAE, art. 129.

⁶¹ EAE, art. 27, fr. 5 y *Estatuto general de los Procuradores de los Tribunales de España*. (EPTE), art. 8, fr. 2.

sea breve, de cómo funciona la Abogacía en la Unión Soviética, lo que allí acontece afecta no sólo a los habitantes de Rusia, sino también a los de tantos países que, voluntaria o involuntariamente, han tomado como modelo al régimen comunista soviético. Nos preguntamos si la Abogacía parece destinada a desaparecer bajo los regímenes comunistas o, por el contrario, si se manifiesta viva y con tendencias a vigorizarse.

Como lo hemos explicado en otra parte,⁶² las instituciones soviéticas han pasado por tres fases. Una primera, que se podría llamar "utópica", en la que los ideales que inspiraron la revolución comunista tratan de ser implementados con toda pureza. Aquel sueño, pintado a grandes pinceladas por Engels —en que reinaría la más completa igualdad, en que todos trabajarían según sus posibilidades y recibirían según sus necesidades, en el que desaparecería la propiedad privada de los bienes de producción y el capital perdería su fuerza autónoma, en el que el Estado consignado al museo de antigüedades sería reemplazado por un mero aparato administrativo—, tenía la oportunidad de llevarse a cabo en la realidad. Había que reemplazar al mundo antiguo, el burgués, por uno totalmente nuevo, el soviético o comunista. Así toda institución que encarnaba los valores del régimen derribado era vista con desconfianza y tal era la Abogacía. Según el pensamiento marxista, declarado dogma oficial del nuevo Estado, la Abogacía era una parte integrante de la superestructura, creada por las clases dominantes, como uno de los instrumentos de que se servían para mantenerse en el poder. Los abogados eran vistos como los servidores —o, más bien, los lacayos— conscientes o inconscientes del régimen capitalista burgués.⁶³ En resu-

⁶² En el artículo "Principios filosófico-políticos del sistema soviético del Derecho", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año XVIII, N° 50 (Mayo-Agosto, 1964), pp. 261-319. Allí encontrará el lector una bibliografía sobre el tema. A ella hay que añadir por lo menos los siguientes títulos:

Harold J. Berman, *La justicia en la U.R.S.S.*, Trad. de Juan Ramón Capella, Ariel, Barcelona, 1967.

René Dekkers, *Introducción au droit de l'Union soviétique et des Républiques populaires*. Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 1963.

George C. Guins, *Soviet Law and Soviet Society*. Martinus Nijhoff, La Hoya, 1954.

E. L. Johnson, *El sistema jurídico soviético*. Trad. de J.R. Capella y J. Cano Tembleque. Península, Barcelona, 1974.

Pétr Ivanovic Stucka, *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*. Trad. y prólogo de Juan Ramón Capella. Península, Barcelona, 1969.

⁶³ Según el lenguaje empleado más tarde por el neomarxista Antonio Gramsci (1891-1937), los abogados serían vínculos orgánicos del bloque histórico burgués, serían "intelectuales orgánicos" o vínculos de unión y coherencia entre la estructura y la superestructura del bloque histórico burgués, elaborando la ideología de la clase dominante y encargándose de su gestión por medio de los aparatos del Estado, de la burocracia y de las fuerzas armadas.

men, en el proyecto marxista tanto el Estado como el Derecho estaban destinados a desaparecer y, por consecuencia, los abogados ya no serían necesarios. Lenin decía que "cada cocinera ha de ser capaz de gobernar el Estado".⁶⁴ Así esta primera fase, que ha sido llamada del "Comunismo de guerra" y que se extiende desde 1917 hasta el fin de la guerra civil en 1920, se caracteriza por la "destrucción implacable del Derecho prerrevolucionario y [la] transición estrepitosa a un orden nuevo de igualdad y de libertad sin derecho".⁶⁵ "El decreto de 30 de noviembre de 1918 consagraba la ruptura legal y jurídica con el antiguo sistema, aboliendo en bloque todas las leyes del régimen zarista".⁶⁶ Se creía que "el Derecho, el procedimiento legal y el ajuste de controversias podían constituir un asunto sencillo, con sólo tener en cuenta que llevaran los tribunales personas con la orientación política correcta e imbuidos de la idea de la justicia socialista".⁶⁷ Juzgados populares toman el lugar de los juzgados integrados por juristas. Y se generaliza una actitud respecto de "la concepción jurídica" que se extenderá a la segunda fase: pensar jurídicamente es lo mismo que poseer una concepción burguesa del mundo. De esa actitud es patente testimonio la obra de P. I. Stucka, el primer Comisario del Pueblo para la Justicia y después presidente del Tribunal Supremo de la República Socialista Federal Soviética de Rusia (RSFSR).⁶⁸ En el "Prefacio a la primera edición" (1921) de su "Teoría general del Derecho", dice que, al tomar el cargo de Comisario del Pueblo para la Justicia en noviembre de 1917, le fue encomendada la tarea de "poner fin al viejo ordenamiento judicial y abolir el Derecho".⁶⁹ Por lo mismo cree necesario justificarse de escribir sobre un "objeto tan contrarrevolucionario como el Derecho"⁷⁰ y la razón que da es que está convencido de que "solamente se puede vencer a la concepción burguesa, o sea jurídica, en los cerebros de las masas mediante su análisis crítico".⁷¹ En resumen, el sueño utópico de la primera fase consiste en creer que el

⁶⁴ Citado por Juan Ramón Capella en su "Prólogo" a la obra de Stucka.

⁶⁵ H. J. Berman, *op. cit.*

⁶⁶ Henri Chambre, *El Marxismo en la Unión Soviética*. Trad. de J. A. González Casanova. Tecnos, Madrid, 1960, p. 183.

⁶⁷ E. L. Johnson, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁸ La URSS tiene una organización constitucional federal. La entidad federada con mucho la más importante por su población y su territorio es la RSFSR que tiene por capital a Moscú. La segunda y tercera en importancia son Ucrania y Bielorrusia (o Rusia Blanca). Cada una de estas entidades federadas tiene un voto en la ONU.

⁶⁹ P. I. Stucka, *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, p. 20.

⁷⁰ *Id.*, p. 19.

⁷¹ *Id.*, p. 22. La identificación de "la concepción jurídica como concepción clásica del mundo de la burguesía en general" Stucka la atribuye a Engels (*Id.*, p. 28).

Derecho, fenómeno esencialmente burgués, debe y puede desaparecer en la sociedad comunista que se quiere edificar.

Se puede situar el comienzo de la segunda fase en el año 1921, cuando ya terminada la guerra civil el país se enfrenta al caos de los años revolucionarios y a la tarea de reconstruir. Hasta entonces había habido una intensa actividad legislativa, pero como escribió años más tarde León Trotsky, "los decretos, en los primeros tiempos, tienen más importancia como artículos de propaganda que como textos administrativos".⁷² El mismo Lenin, cuando se le advirtió que muchos de sus decretos no eran puestos en ejecución, contestó: "Esto no tiene ninguna importancia, su finalidad es enseñar a las masas a cómo progresar efectivamente... Nosotros no los consideramos como reglas absolutas que han de ser aplicadas en todas las circunstancias."⁷³ Pero en 1921 había que edificar y, para ello, hacen falta reglas estables, es decir, Derecho.

Lo característico de la segunda fase es que, frente a las utopías de imposible aplicación, la realidad vuelve por sus fueros. Así, en materia económica, durante la fase utópica —según palabras de Lenin— el poder estatal soviético "desde el primer momento proclamó y comenzó a llevar a la práctica la política de reducción de los sueldos elevados hasta el nivel del salario del obrero medio".⁷⁴ La visión idealista de Lenin había sido la de una clase trabajadora que, movida por los ideales de una sociedad más justa y sin ningún móvil de interés personal, rindiera todo su esfuerzo en el trabajo. Todos deberían trabajar según sus posibilidades. "El trabajo comunista, estrictamente hablando, es el trabajo prestado gratuitamente en beneficio de la sociedad, un trabajo que no se cumple ni como una prestación determinada, ni para tener derecho a ciertos productos, ni según normas legales fijadas de antemano; es un trabajo voluntario prestado fuera de toda norma, sin esperar remuneración, sin convenir recompensa, un trabajo causado por el hábito de trabajar para la colectividad y por el sentimiento (convertido en hábito) de la necesidad de trabajar en provecho de la comunidad..."⁷⁵ Desgraciadamente la realidad es que ese trabajador ideal ni es ni puede ser la regla y que la inmensa mayoría de los seres humanos necesitan la motivación del interés personal para trabajar intensamente. Por eso el proyecto de igualación de salarios y de reducción de los salarios elevados se tradujo en menor rendimiento y en

⁷² Citado por Henri Chambre, *op. cit.*, p. 184.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Lenin, "Las tareas inmediatas del poder soviético", en *Obras Escogidas*, Eds. en lenguas extranjeras, Moscú, 2 ts. 1942, t. II, p. 398.

⁷⁵ Lenin, citado por Henri Chambre, *op. cit.*, p. 84.

apatía para el trabajo, cuando precisamente la situación exigía mayor producción. La realidad de la naturaleza humana, ignorada en la utopía, volvía por sus fueros. Por lo mismo, y "en otoño de 1918 ya se permitió que los salarios de los especialistas se elevasen a más del doble que el de cualquiera de los obreros de mayor categoría".⁷⁶ Se dio un paso atrás, pero se hizo a regañadientes. Se reconocía que no se podía improvisar de un día a otro al "trabajador comunista", al "hombre soviético". En el paso del capitalismo al comunismo, el primero todavía pesa con hábitos adquiridos que sólo con el tiempo podrán ser cambiados. Así se aceptaba la necesidad, impuesta por la realidad, de transigir. No se abandonaban los ideales pero se toleraba la vuelta a una realidad prerrevolucionaria (en nuestro caso, la de la desigualdad de los salarios). La Nueva Política Económica (NEP), introducida a partir de marzo de 1921, hizo una serie de concesiones al individualismo y liberalismo económico, que se justifican como "una retirada, pero no un retorno al pasado".⁷⁷

Algo análogo aconteció con el Derecho, que en la utopía debía desaparecer, y con la organización judicial, en la que según la utopía los tribunales populares debían hacer a un lado la necesidad de la intervención de los abogados. El Derecho, tan despreciado como un instrumento de dominio de la clase capitalista, se hacía imprescindible a la hora de edificar la sociedad comunista. En efecto, no hay sociedad sin Derecho. La realidad del hecho social exige la existencia de normas estables, obligatorias para todos, como también exige la existencia de la autoridad y de personas encargadas de implantar las soluciones sociales. Se aceptó, pues, en la segunda fase la inevitabilidad del Derecho, inevitabilidad que se creía transitoria mientras no se lograra implementar la sociedad comunista integral. Por de pronto el Derecho debía realizar una función revolucionaria, a saber: servir de instrumento a la construcción del Comunismo. Pero el Derecho seguía siendo visto con enorme desconfianza, puesto que "el Derecho es el último refugio de la ideología burguesa".⁷⁸

Se encontraban los comunistas en una situación paradójica: por una parte consideraban que "la ley sólo existe como elemento conservador, no como elemento revolucionario",⁷⁹ que el concepto del Derecho como

⁷⁶ Robert Conquest, *Rusia vista con sentido común*, Trad. de Manuel Galés, Trillas, México, 1963, p. 128.

⁷⁷ P. I. Stucka, "Conciencia jurídica de clase y legalidad revolucionaria", en *La función revolucionaria...*, p. 264.

⁷⁸ *Id.*, p. 265.

⁷⁹ P. I. Stucka, "Revolución y legalidad revolucionaria", en *La función revolucionaria...*, p. 335. Se está refiriendo a un texto cuyo autor no es mencionado.

"un poder organizado... cuyo objetivo principal... es... garantizar los intereses de la clase dominante misma"⁸⁰ no puede ser aplicado "a una sociedad que no conoce las clases"⁸¹ como pretende ser el régimen comunista que se ha instaurado: por otra parte, el Derecho se hace necesario para la construcción de la sociedad comunista. Para escapar del callejón sin salida, se acuña el concepto de "legalidad revolucionaria" o "legalidad socialista".

Por ella se entiende la fidelidad que todos deben a las nuevas leyes, las cuales deben ser obedecidas y aplicadas conforme a la filosofía comunista. "El núcleo del problema, por tanto, no es una rápida extinción de la ley y del Derecho, sino poseer una ley revolucionaria".⁸² Por consiguiente, "es necesario superar el prejuicio de que toda ley tiene un carácter conservador".⁸³ Pero, durante la segunda fase, la defensa del Derecho y de la legalidad, aunque sea revolucionaria, se hace con un complejo de culpa, porque "la concepción jurídica es, al mismo tiempo, la concepción del mundo burgués en general".⁸⁴ Se preguntan: "¿por qué inventar y elaborar un nuevo derecho soviético, si también éste está destinado a desaparecer en el porvenir?"⁸⁵ Y, en cuanto a la legalidad revolucionaria, se la considera "una supervivencia superflua",⁸⁶ un "fetichismo"⁸⁷ tras el cual se esconde la concepción burguesa del mundo. Y en cuanto a los abogados, se seguía pensando que "no existe otro tipo de jurista" que "el jurista burgués".⁸⁸ Es verdad que se les había llamado a integrar y asesorar los tribunales populares, pues sin ellos los tribunales eran incapaces de funcionar debidamente, pero "la gente decía que en el plazo de diez años los tribunales ordinarios habían dejado de existir, al tiempo que los estudiantes de Derecho preguntaban si era necesario proseguir sus estudios y algunos jueces llegaban a clausurar sus tribunales sin autorización y se dedicaban a otros menesteres".⁸⁹

Durante la tercera fase, todas esas incertidumbres van a desaparecer. Hacia 1927 o 1928, Stalin, después de haber eliminado a sus ri-

vales, está firmemente en el poder que controlará tiránicamente hasta su muerte en 1953. Está decidido a industrializar rápidamente a Rusia y, para ello, necesita de normas jurídicas que funcionen. Se acabaron los escrúpulos sobre la necesidad del Derecho y de la legalidad socialista. ¡Hay que obedecer las leyes! Lo que caracteriza esta tercera fase es que muchas de las soluciones impuestas por la realidad, que se habían aceptado como una mera retirada táctica, ahora son proclamadas grandes descubrimientos y avances en la construcción y consolidación del socialismo. Muchos de los ideales utópicos de los primeros tiempos son considerados, en la tercera fase, como herejías doctrinales, son una "desviación izquierdista".⁹⁰ Ya no se titubea sobre el valor del Derecho y de la legalidad, que ahora se llama invariablemente "socialista". El artículo 4 de la Constitución de 1977, ahora vigente, establece: "El Estado soviético y todos sus órganos actúan sobre la base de la legalidad socialista, aseguran el orden jurídico y la protección de los intereses de la sociedad y de los derechos y libertades de los ciudadanos. Las instituciones estatales, las organizaciones sociales y los funcionarios públicos están obligados a observar la Constitución de la URSS y las leyes soviéticas."⁹¹

La explicación oficial de por qué, después de más de sesenta y cinco años de la Revolución bolchevique, todavía no se da "la extinción del Estado (del Derecho) en el Comunismo" consiste en reiterar que la sociedad soviética se encuentra en la etapa previa del "desarrollo y el perfeccionamiento del Estado Socialista";⁹² en otras palabras: "La desaparición del Estado y del Derecho, anunciada para la era del Comunismo, se prepara, de acuerdo con la dialéctica marxista, por un crecimiento y una exaltación sin precedentes del Estado y del Derecho".⁹³ Esto significa un renacimiento de los estudios jurídicos y de

⁹⁰ Un ejemplo del desarrollo en tres fases puede verse en el Derecho de sucesiones después de haber sido abolido completamente el derecho a heredar (primera fase), fue restringido luego a la cantidad de diez mil rublos (segunda fase) y, por fin, restablecido del todo por Stalin (tercera fase). Fue protegido por el artículo 10 de la Constitución de 1936 y ahora por el artículo 13 de la Constitución vigente de 1977, que dice: "El Estado protege la propiedad personal de los ciudadanos y el derecho de heredarla."

⁹¹ Utilizamos la traducción de la *Constitución de la URSS* de la Agencia de Prensa Novesti, 1977, p. 28.

⁹² Desde tiempos de Stalin se había hablado de la construcción del socialismo (1928-1936) y luego (1936-1953) de la consolidación del socialismo. L. I. Brezhnev, en su discurso de presentación de la Constitución de 1977 (ver edición mencionada de la misma, p. 17), utiliza las fórmulas "desarrollo y perfeccionamiento del Estado socialista", "Socialismo triunfante" y "sociedad socialista desarrollada".

⁹³ René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Trad. de la 2a. ed. francesa por Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1973, p. 139.

⁸⁰ P. I. Stucka, "Teoría general del Derecho", en *La función revolucionaria...* p. 40.

⁸¹ *Id.*, p. 41.

⁸² *Id.*, p. 340.

⁸³ *Id.*, p. 346.

⁸⁴ *Id.*, p. 264.

⁸⁵ *Id.*, p. 326.

⁸⁶ *Id.*, p. 350.

⁸⁷ *Id.*, p. 338.

⁸⁸ *Id.*, p. 246.

⁸⁹ E. L. Johnson, *El sistema jurídico soviético*, p. 67.

las profesiones jurídicas. Es teniendo como telón de fondo la nueva perspectiva que sobre el Derecho da la tercera fase como hay que leer e interpretar el libro que sobre *La Abogacía soviética* escribieron en 1959 los juristas soviéticos Evgueni Záitsev y Arkadi Poltorak. De él nos serviremos principalmente para explicar la Deontología jurídica de la URSS.

Lo primero que hay que subrayar es que la Abogacía ya no es mal vista, sino que recibe una mención especial en el artículo 161 de la Constitución de 1977, el cual establece: "Los colegios de abogados funcionan para asesorar jurídicamente a los ciudadanos y las organizaciones. En los casos previstos por la legislación, el asesoramiento jurídico de los ciudadanos es gratuito. La legislación de la URSS y de las Repúblicas federadas determina la organización y las normas de actuación de la abogacía." Los abogados, muy prestigiados en tiempo del zarismo (en plena autocracia zarista "han sido los primeros que tienen el honor de hablar libremente... los juristas fueron los primeros solicitados para dar ejemplo de algo desconocido: la valentía cívica"),⁹⁴ vistos después de la Revolución de 1917 como representantes más o menos encubiertos del régimen derribado ("en 1918 se disolvieron las organizaciones de los abogados prerrevolucionarios"),⁹⁵ han vuelto a levantar la cabeza. "Pero aunque su posición ha mejorado durante los últimos años, los juristas en la Unión Soviética no tienen todavía el prestigio que tenían en la época zarista o la que tienen en los países occidentales... los mejores graduados de las Escuelas de Derecho generalmente prefieren la carrera de procuraduría, donde trabajarán, entre otras cosas, con la acusación en lugar de hacerlo con la defensa, y donde además tendrían un empleo con buenos salarios y con buenas perspectivas de promoción para la gente capacitada; u otra carrera como la de asesoría jurídica para un departamento del Gobierno o para las empresas públicas."⁹⁶ Se puede decir que "los juristas, aun en los últimos años, han tenido que luchar mucho por sus derechos y los mejores de ellos están mostrando hoy la valentía y elevados principios que fueron característicos de la abogacía rusa del periodo prerrevolucionario".⁹⁷

Una ley del 25 de julio de 1962 de la RSFSR regula el ejercicio de la abogacía; es típica de la regulación en otras Repúblicas federadas. Para ejercer la abogacía, exceptuando los que prestan sus servicios en

⁹⁴ E. L. Johnson, *op. cit.*, p. 304. Está citando a Leroy-Beaulieu, testigo de la situación en 1881.

⁹⁵ *Id.*, p. 305.

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Id.*, p. 306.

órganos estatales o en empresas (todas las empresas son del Estado), la colegiación es forzosa. También "se exceptúan los que desempeñan cargos de elección, así como los catedráticos y trabajadores científicos".⁹⁸ Se trata de evitar influencias extrañas sobre el abogado. "De este modo se salvaguarda en la Unión Soviética la independencia del abogado en el ejercicio de sus funciones profesionales, en cuyo cumplimiento sólo se rige por los imperativos de la ley y de su conciencia."⁹⁹ Sin embargo, esta independencia no se entiende de la misma manera que en el mundo occidental. En primer lugar no se concibe al abogado luchando, en favor de su cliente, contra el Estado o contra otros individuos u organismos sociales, pues esto implicaría la aceptación de castas, grupos o clases sociales con intereses contrapuestos y —ya se sabe— que en la URSS ya no hay clases sociales y que todos deben tender al mismo fin: el fortalecimiento del Estado socialista como preparación al paso del Comunismo; "el abogado debe considerarse como parte integrante de un equipo, formado por él, el juez y el fiscal; los tres colaboran para que el asunto llegue al tribunal estudiado por todos sus ángulos... Si el abogado llega a estar convencido de la culpabilidad de su cliente, no debe tratar de ocultarlo al tribunal, ni es esforzarse en presentar al delito como menos grave de lo que es en realidad... Si a través de su trato con el cliente recibe información que atañe a la seguridad del Estado, está obligado, en mayor medida que cualquier otro ciudadano, a comunicarla a las autoridades competentes".¹⁰⁰ Por tanto, el abogado siempre debe tener presente que por encima de los intereses de su cliente están los del Estado y de la sociedad soviética. En segundo lugar —y precisamente para implementar esa actitud de servicio al Estado socialista— el abogado no trabaja totalmente aislado e independiente, sino que debe estar adscrito a un *Kollektiv*, bufete, despacho o consultorio que reúne a varios abogados, pasantes y personal de servicio (secretarías), bajo la regencia de un director y la supervisión del Colegio de Abogados. Es el consultorio el que cobra los honorarios, según arancel, al cliente y de ellos da un porcentaje, también según arancel, al abogado que llevó el caso. Es principalmente a través de los consultorios colectivos como el Colegio vigila y sanciona las conductas deontológicas de los abogados. "En el reglamento se señalan dos motivos para ser excluidos del Colegio: la comisión de delitos confirmados por sentencia judicial y

⁹⁸ E. Záitsev y A. Poltorak, *La Abogacía soviética*. Eds. en *Lenguas Extranjeras*, Moscú, 1959, p. 68.

⁹⁹ *Id.*, p. 69.

¹⁰⁰ René David, *op. cit.*, p. 159.

la de actos que vayan en desdoro de la profesión de abogado soviético. Las faltas profesionales de menor cuantía se corrigen con otras medidas disciplinarias como: apercibimiento, amonestación por escrito, suspensión de empleo por un plazo de seis meses como máximo."¹⁰¹ "Los colegios de abogados expresan invariablemente su repulsa a cualquier acto de infracción, por parte de sus miembros, de las normas ético-morales de la sociedad soviética. Ni una sola acción que deshonre el noble título de abogado soviético puede quedar sin la correspondiente sanción... Al propio tiempo, los medios forenses y los presidiums de los colegios prestan siempre su apoyo al abogado, cuando éste, manifestando firmeza de principios y valor cívico en la defensa, es objeto de injustos ataques por parte de algunos jueces o fiscales."¹⁰²

Sin perder de vista que la filosofía que anima la práctica de la abogacía soviética es diferente de la del mundo occidental —pues es una filosofía que da preeminencia a los valores comunitarios sobre los individuales—, es interesante comprobar que los principios que se aceptan en la Deontología jurídica soviética son fundamentalmente los mismos de la Deontología occidental. Acabamos de ver que se invocan los principios de honor y dignidad profesionales y de independencia. El principio del servicio del Derecho y de la justicia es formulado por Záitsev y Poltorak así: "La misión del abogado es defender los intereses y derechos legítimos del acusado, pero no sus pretensiones ilegales... Con toda su actuación en defensa de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, el abogado soviético contribuye en primer término al estricto cumplimiento de las leyes socialistas, a llevar a la conciencia de las masas populares los fundamentos de la moral de una sociedad nueva, de la sociedad socialista."¹⁰³ "Cuando el abogado ve con claridad que a su cliente no le asiste la razón y que la liza judicial sería inútil, debe explicárselo así a éste y puede no encargarse del asunto."¹⁰⁴ Los mismos autores dedican muchas páginas a explicar la diligencia y ciencia que deben poner los abogados en el manejo de los asuntos, así como al trato responsable que debe darse a los clientes. El principio de desinterés se manifiesta en que el abogado está obligado a atender el ruego de todo procesado que carezca de medios económicos y solicite sus servicios. "La defensa de oficio es una de las actividades sociales de la abogacía soviética y se considera un alto deber y un honor. El trabajo del letrado se remunera con los fondos de que

¹⁰¹ E. Záitsev y A. Poltorak, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰² *Id.*, p. 106.

¹⁰³ *Id.*, pp. 22 y 53.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 231.

dispone el Colegio para este fin."¹⁰⁵ Aunque es verdad que, "por regla general, la asistencia jurídica a la población no es gratuita",¹⁰⁶ la aplicación del arancel eliminó los abusos en el cobro de honorarios. Igual que en el mundo occidental, "el abogado no tiene derecho a renunciar a la defensa del acusado, después de haber aceptado ésta".¹⁰⁷ Y en cuanto al principio del secreto profesional, dejaremos la palabra a E. L. Johnson: "aún en 1940 se sugería la abolición del privilegio de los juristas a rehusar divulgar la información recibida confidencialmente de los clientes, que se reconoce en casi todos los países, y de esta forma se les pudiera exigir las declaraciones que los clientes les hacían. Esta propuesta, sin embargo, fue rechazada por completo por parte de los profesionales del Derecho, que se remitían al artículo III de la Constitución [el 158 de la Constitución de 1977], que dice: 'Al acusado se le garantiza el derecho a la defensa', y objetaron que este 'derecho' sería inoperante si, en un intento de defenderse, pudiera empeorar su posición; realmente no existía ninguna posibilidad de defenderse si no había seguridad de que el abogado no delataría a su cliente. El ataque a la integridad de la profesión del abogado falló".¹⁰⁸

Las conclusiones de esta sección son valiosas para todo lo que nos proponíamos explicar en el presente escrito. Nunca se vio más amenazada la profesión de la Abogacía que bajo el empuje de los ideales utópicos del régimen soviético, que pretendía —y sigue postulando como ideal del Comunismo— la extinción del Estado y del Derecho. Sin embargo, la realidad acabó por imponerse; "en una sociedad políticamente organizada no se puede prescindir del aporte social que significa la actividad profesional del abogado. Lo dijo A. Y. Vishinsky en un discurso pronunciado en abril de 1934, a raíz de críticas formuladas a los abogados de la época de los zares, que aún ejercían: 'Una actitud semejante conduciría únicamente a retroceder más allá de la época burguesa, a la época feudal. Lo que hace falta es crear nuevos cuadros de abogados soviéticos y no abolir una función socialmente necesaria' ".¹⁰⁹

La segunda conclusión es que, para realizar cumplidamente la función de la Abogacía, es imprescindible que los abogados se atengan a los principios deontológicos. Éstos podrán ser interpretados de manera un tanto diferente según la filosofía propia de cada sistema jurídico, pero siempre los abogados deberán proceder como servidores del De-

¹⁰⁵ *Id.*, p. 74.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 71.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 22.

¹⁰⁸ E. L. Johnson, *op. cit.*, pp. 307 y ss.

¹⁰⁹ Raúl Horacio Viñas, *op. cit.*, p. 67.

recho y la justicia, con independencia, con honor y dignidad, ser leales a sus clientes, conservar sus confidencias en el secreto y trabajar con desinterés, diligencia y ciencia. En resumen: la prueba por la que pasó la Abogacía en la URSS ha servido para demostrar la permanencia y necesidad, no sólo de la Abogacía y del Derecho, sino también de los principios deontológicos propios de la Abogacía.

7. Conclusiones

De nuestro breve e inevitablemente incompleto recorrido por la historia de la Abogacía debe haber quedado claro que ésta aparece siempre con una función concreta determinada: contribuir a la aplicación más justa del Derecho. El abogado no es, por lo tanto, una pieza aislada e independiente del aparato institucional de la aplicación del Derecho por el Estado, sino que se integra en él. Pero esto no quiere decir que el abogado sea un mero servidor del Estado. Más bien, Estado (o, más exactamente, los funcionarios del Estado y todavía más concretamente los jueces) y abogados son servidores del Derecho. Por eso, el artículo primero del Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana — Colegio de Abogados comienza: "El Abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la justicia..."

Ninguna sociedad humana puede funcionar como tal sin Derecho. El Derecho son las imprescindibles reglas del juego social, por las que se reemplaza la violencia por la razón, la incertidumbre y la inseguridad por el criterio imparcial de la ley, abierto a todos y respaldado con la fuerza controlada del Estado. Esto ha sido simbolizado en la imagen de la diosa de la Justicia, que lleva los ojos vendados para señalar que no está dispuesta a preferir a los más poderosos, mientras en una mano alza la balanza para sopesar en sus platillos el pro y el contra de cada cuestión y equilibrar los derechos de uno con los derechos de otro y en la otra ase la espada, que está resuelta a blander si alguien se opone a sus fallos. Desgraciadamente esas vendas, destinadas a proteger la imparcialidad en la aplicación de la justicia, pueden también impedir ver los aspectos peculiares a determinados casos. Entonces los mandobles de la espada pueden caer pesadamente sobre quien no los merece. Allí es donde la intervención del abogado se hace necesaria, para iluminar la mirada de la justicia y ayudar a dirigir acertadamente el brazo que blande la espada.

Hemos visto que fue en Grecia donde aparecieron los primeros abogados, aunque no llegaron a ser profesionales del Derecho. Ello no

fue casual. Hacía falta el espíritu de la razón crítica, propio de la cultura griega, para darse cuenta que la autoridad, por bien intencionada que sea, no puede por sí sola llegar a la verdad de los hechos sobre los cuales se va a levantar la decisión de justicia. La verdad se aquilata, resplandece y se purifica con el choque de ideas. Tan compleja es la vida humana que, para captar su verdad, conviene destacar los diversos matices de una cuestión. Los abogados de las partes en conflicto, al presentar cada uno de ellos un punto de vista diferente, hacen posible que el juez adquiera una visión más completa. El abogado francés Philippe Dupin ha expresado con claridad la misma idea: "en los discursos como en los escritos, en el foro como en la tribuna, es del choque de una discusión libre y consciente que surge la verdad; es a ese título que somos los cooperadores de los magistrados, lo que nos permite decir que, si ellos son los que pronuncian los oráculos de la justicia, somos nosotros quienes los preparamos."¹¹⁰

Roma, con su sentido práctico, aceptó el mismo principio. Es lo que justifica el elogio que León I (457-474, emperador de Oriente) y Artemio (467-472, emperador de Occidente) dirigieron al prefecto del pretorio de Iliria: "Los abogados que aclaran los hechos ambiguos de las causas y que, por los esfuerzos en asuntos frecuentemente públicos y en los privados, levantan las causas caídas y reparan las quebrantadas, son provechosos al género humano, no menos que si en batalla y recibiendo heridas salvaran a su patria y a sus ascendientes. Pues no creemos que en nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados, porque militan los patrones de causas, que confiados en la fuerza de su gloriosa palabra defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren."¹¹¹

La idea de que el abogado es un coadyuvante de la justicia, la volvemos a encontrar en las *PARTIDAS* de Alfonso X el Sabio. Allí se dice que los abogados "aperciben a los jugadores et les dan carrera para el acierto", patrocinando a los litigantes de manera que, "por mengua de saber razonar o por miedo o por vergüenza o por no ser usados de los pleytos, no pierdan su derecho."¹¹²

Aquí aparece otra conclusión que podemos sacar de nuestro recorrido histórico de la Abogacía: el abogado por su pericia en el conocimiento del Derecho, viene a suplir las debilidades de los particulares. Al

¹¹⁰ Philippe Dupin, *Plaidoyers*, citado por Raúl Horacio Viñas, *op. cit.*, p. 61.

¹¹¹ Cita en Raúl Horacio Viñas, *op. cit.*, p. 43. Está tomada del Código de Justiniano, L. II, tit. VII, 14.

¹¹² Partida 3, título 6, preámbulo.

principio, en Grecia, esas debilidades consistían en torpeza para expresarse o en timidez o, como dicen las *PARTIDAS*, en "mengua de saber razonar". Por eso se acudía a un patrocinador hábil en el arte oratorio y en la capacidad dialéctica. Luego, cuando aumentaron las leyes y se hizo más complicado el proceso judicial, los patronos de las causas tuvieron que ser peritos en Derecho. Es cuando, en Roma, aparecen los *IURISCONSULTI* y los *ADVOCATI*, *PATRONI*, *CASUIDICI* o *FORMULARII*. Había nacido la profesión de la abogacía para defender a los particulares de una injusta aplicación del Derecho y para que éstos "non pierdan su derecho".

La conclusión final es que la Deontología del abogado no es ni puede ser una Deontología exclusiva y aparte de aquella que es propia de todos los juristas. Si por jurista entendemos a la persona que se consagra "al servicio de la Ciencia del Derecho que él cutiva con un ideal que es el triunfo de la justicia",¹¹³ el abogado es una de las especies de juristas; otras son la del juez y la del teórico del Derecho o jurisconsulto. La Deontología del abogado sólo añade matices propios derivados de su función de patrocinador de particulares y de su papel de coadyuvante de la justicia. Por lo mismo, la vocación del abogado, aunque tiene características propias, no es más que una especificación de la vocación más general del jurista. Es lo que veremos en el capítulo siguiente.

DISCURSOS

¹¹³ Rafael Bielsa, *La Abogacía*, p. 32.

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA CEREMONIA DE
APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1985-1986 POR EL
SR. LIC. CARLOS COLIN NÚÑEZ EN LA ESCUELA
LIBRE DE DERECHO, EL DÍA 3 DE SEPTIEMBRE
DE 1985

Una vez más, como ha venido sucediendo desde hace más de 70 años, la Escuela Libre de Derecho abre nuevamente sus puertas para que ingresen más de dos centenares de alumnos ansiosos de cursar la noble carrera de Leyes y obtener, pasados cinco años, el título de abogado para dedicar el resto de sus vidas al ejercicio de tan importante profesión.

Savia nueva que se incorpora a nuestra importante y respetabilísima casa de estudios, en cuyo laboratorio del saber, cantera inagotable de estudiosos de la ciencia del Derecho se preparan los futuros profesionales que habrán de ocupar en la sociedad sitios tan importantes como jueces, magistrados, ministros de la Suprema Corte de Justicia, notarios, funcionarios de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, abogados postulantes, defensores de oficio, penalistas, civilistas, fiscalistas, mercantilistas, internacionalistas, jus-laboralistas, o dedicados a la política, como alcaldes, municipales, diputados o senadores locales o federales, gobernadores, secretarios de Estado o puestos auxiliares o llegar acaso a la presidencia de la República, ya que la experiencia en nuestro país nos demuestra que los más aptos para el desempeño de tales puestos han sido justamente los abogados.

Noble y bella es nuestra profesión que en cualquiera de las actividades del Derecho habrá de perseguir la impartición de la Justicia, esa hermosa meta ideal de la humanidad, para llegar a la cual ha venido transitando desde hace siglos por caminos largos y angustiosos, sembrados de obstáculos productos del egoísmo, del afán de poder, inductor de la prepotencia que lleva al fuerte a esclavizar a sus semejantes, a explotarlos injustamente, llegando hasta la solución criminal de exterminarlos cuando no se pliegan a sus sórdidos intereses.

La justicia, que es la meta que persigue el ejercicio de nuestra importante carrera de abogados, nos parece en momentos un ideal acaso

inalcanzable. Recuerdo al respecto y traigo a colación un pensamiento de Azorín, el gran clásico de las letras españolas, contenido en uno de sus numerosos ensayos, intitulado "El Juez":

Sobre la tierra hay dos cosas grandes: La Justicia y la Belleza. La Belleza nos la ofrece espontáneamente la Naturaleza y la vemos también en el ser humano; mas la Justicia, si observamos todos los seres grandes y pequeños que pueblan la tierra, la veremos perpetuamente negada por la lucha formidable que todas las criaturas, aves, peces y mamíferos mantienen entre sí.

Así vemos como en el mar, el pez grande devora al chico, en la selva el más fuerte y feroz de los animales, impone su prepotencia y entre los seres humanos también el más ambicioso de poder, el más rico y despiadado impone su autoridad y esclaviza a sus semejantes. Por esto, la Justicia, la Justicia pura, limpia de egoísmo, es una cosa tan rara, tan espléndida, tan divina, que cuando un átomo de ella desciende sobre el mundo, los hombres todos se llenan de asombro.

La humanidad ha transitado lentamente por la senda asombrada del conocimiento, tratando de encontrar fórmulas de superación tanto intelectual como espiritual, buscando la justicia y la felicidad, pero finalmente ha tenido que lanzar a la ciencia, en la que había sustentado su logro, el grito desesperado del doctor Fausto a Mefistófeles: "¡de-vuélveme mi alma!"

Pobre humanidad en la que un Nobel, descubridor de la dinamita, recurre al suicidio cuando se percató de que su invento lo ha convertido en un involuntario asesino y años más tarde el gran científico Ettore Majorana, discípulo de Fermi, premio Nobel de Física, ambos intérpretes distinguidos de Einstein en las investigaciones atómicas, decide también liquidar su existencia en 1938, vislumbrando ya el genocidio más grande de la historia, ocurrido hace cuarenta años en Hiroshima y Nagasaki.

Pobre humanidad que no ha sabido comprender que la justicia y la felicidad de los hombres, de los pueblos y de las naciones se encuentra en una simple fórmula que legó al mundo Cristo, el divino Maestro, crucificado en el Monte Calvario hace veinte siglos, la cual sigue con plena y renovada vigencia iluminando a la humanidad "Amad los unos a los otros", "Ama a tu prójimo como a ti mismo".

Schylock, el Mercader de Venecia en la obra inmortal de Shakespeare, no sentía el amor a sus semejantes, cuando para cobrar la deuda que Antonio, el noble veneciano, no le pudo cubrir a tiempo, de

acuerdo con el pacto escrito existente, le exige ante la autoridad del Dux de la República Véneta, le permita cortar una libra de carne de la parte del cuerpo de su deudor que él elija.

También carecen de amor a sus semejantes los hombres que controlan los centros de poder económico en tierras africanas y que practican la vergonzosa discriminación racial del Apartheid y aún tienen la desvergüenza de considerarse cristianos.

Tampoco podemos encontrar el amor a los semejantes, cuando vemos a los actuales sucesores de Schylock, los grandes banqueros detentadores del poder, explotando impiamente a sus semejantes, sin importarles que en muchos países mueran los niños de hambre y se entronice la miseria, el desempleo, la insalubridad, los vicios, el analfabetismo, todo ello como consecuencia de increíbles endeudamientos con ellos por gobiernos corrompidos y cuyas deudas impiden el desarrollo de los pueblos, que se hallan muchos de ellos al borde de la desesperación.

Tal es el sombrío panorama que confrontamos actualmente. No existe solidaridad entre los hombres ni entre los pueblos. El mensaje de Cristo se ha olvidado.

Ahora nuevamente se escucha por el mundo el siniestro galope de los antiguos jinetes del Apocalipsis, destacando el tétrico sonido de los cascos de los caballos de la guerra y es aquí donde nos toca a nosotros los abogados y a todos los estudiosos de las leyes la tarea de analizar las fórmulas que puedan solucionar tan graves problemas, para que así pueda brillar la justicia en todos los ámbitos de la Tierra, siempre contando con que el hombre deje de ser el lobo del hombre y acepte la fórmula única, eterna, basada en el amor a los semejantes.

Hoy, una vez más, nuestra Casa de Estudios, esta noble y prestigiada ESCUELA LIBRE DE DERECHO, abre sus puertas para que entren por ellas este caudal de jóvenes estudiantes, savia nueva, fresca y promisoría que se une a la que actualmente da vida a la Escuela y quienes habrán de incorporarse a la Gran Cruzada que hemos emprendido los viejos y los jóvenes maestros, para encauzar a nuestra población estudiantil al logro de los más caros ideales, que desembocan siempre en la justicia.

Esa es la tarea que atañe a nosotros los maestros, que tenemos el orgullo de colaborar en esta noble y hermosa institución, impartiendo la enseñanza de la ciencia del Derecho en sus diversas disciplinas y a quienes me dirijo en esta ocasión en forma muy especial para exhortarlos hoy más que nunca, en estos momentos cruciales que afronta nuestro país, que recuerden la grave responsabilidad que tenemos de

elevant el prestigio de nuestra Escuela a los más altos planos de la enseñanza académica, lo que sólo podemos lograr tratando de superarnos diariamente y así marchar sólidamente unidos, con el lazo indestructible que siempre nos ha estrechado fraternalmente, que es el amor a nuestra querida ESCUELA LIBRE DE DERECHO y así poder lograr el ideal que perseguimos, que es el poder enseñar a esta juventud ansiosa de saber y que todo lo merece, el noble sentido de la justicia, de esa a la que se refirió el maestro Azorín "pura y limpia de egoísmo, tan rara, espléndida y divina, que cuando un átomo de ella desciende sobre el mundo, los hombres todos se llenan de asombro".

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL ALUMNO SR. CLAUDIO X. GONZÁLEZ G., PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1985-1986, EL DÍA 3 DE SEPTIEMBRE DE 1985.

Sr. Lic. José Luis de la Peza, Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Honorables miembros de la Junta Directiva,
Sr. Lic. Pedro Barrera Ardura, Secretario de la Escuela Libre de Derecho,
Maestros,
Compañeros.

He leído en días pasados un artículo escrito por un insigne maestro de la escuela que hace referencia a la tradición de ésta y a su misión en el futuro. Estos dos conceptos, el de tradición y el de misión no pueden desligarse. Nosotros no podemos permitir que se desliguen, y menos cuando se tiene una tradición tan rica y valiosa que puede guiar nuestros pasos futuros.

¿A qué tradición quiero hacer referencia? Debemos precisarlo, pues creo que muchos de nosotros hemos perdido de vista o nunca nos hemos imbuido de la historia de la escuela, de sus características distintivas, de sus principios y de su ánimo. Por complicado que pudiese parecer tratar de imbuirse de esta tradición, creo esto se logrará si definimos con claridad el concepto de libertad.

Cuando cursaba el primer año de la carrera, uno de mis maestros comentó que la escuela era una "pequeña isla de libertad". He llegado a comprender desde entonces que éste es el legado que nos han dejado nuestros precursores, la libertad de pensamiento y acción. Nuestra escuela, nacida de una protesta estudiantil en contra de la ingerencia de intereses políticos en la educación, se ha mantenido a través del tiempo, y no sin luchas y estragos, independiente del poder público y de cualquier otra presión que pudiese coartar su libertad en el conocimiento de las ciencias jurídicas, que deben ser guía de una sociedad justa. Ya decía en 1962 el entonces rector Gustavo R. Velasco

que la "idea fuerza que inspira y conduce a la Escuela es la palabra libertad, pues ella implica su independencia frente al gobierno y a cualquiera otros cuerpos sociales que pudieran contrariar su fin o su funcionamiento".

Esa libertad con respecto a fuerzas externas de que ha gozado la Escuela y que la ha hecho la precursora de la enseñanza y el conocimiento libre, se ha reflejado en un ambiente de tolerancia en un aspecto interno. Tolerancia en cuanto a la expresión de ideas y palabras tanto por los maestros como por los alumnos. Esa ha sido mi experiencia y les pido sigamos utilizando esta facultad de que gozamos para crear criterios independientes y, como lo expusiere el Lic. Jorge Adame Goddard, "criterios comprometidos con el Derecho, antes que con el favor, el poder o el dinero".

Esta herencia libertaria que hemos recibido de nuestros precursores, es menester acrecentarla y transmitirla a generaciones futuras. Sin embargo, este compromiso que afrontamos es quizás más difícil que el que enfrentaron en el pasado nuestros antecesores. El Estado hoy en día crece más y más. Su mano se deja ver en toda actividad, inclusive la del Derecho, tan es así que se ha llegado a propagar la idea de que es legal todo lo que el gobierno quiera hacer. Es por ello que nuestra misión es tan importante, y por lo que requiere de valor y de preparación profunda y amplia. Nosotros, representantes de esta tradición libertaria, la debemos sostener a como dé lugar, sin ceder, pues sólo así podremos oponer lo que es justo, los principios perennes del Derecho a la voluntad aplastante de quienes ostenten el poder en contra del propio Derecho.

Debemos aprovechar, debemos explotar la oportunidad que ahora se nos presenta para prepararnos en un ambiente de absoluta libertad para así enarbolar la bandera de la justicia y el orden en contra de las arbitrariedades. Vuelvo a citar a Jorge Adame Goddard que grita "¡Que la Escuela se conserve fiel a sí misma! Así podrá seguir siendo libre por vocación. ¡Que sus frutos sean mejores! Así podrá vivir independiente de presiones externas y formar juristas que ante los reclamos arbitrarios del poderoso pueden decirle: Tú tienes el poder, pero yo tengo la razón".

Debemos demostrar ahora más que nunca que estamos dispuestos a disentir de injusticias y tratar de crear un mejor estado de derecho garante de la democracia, que estamos dispuestos a luchar por la camiseta de la Escuela Libre de Derecho, que lleva una gran letra

"L" al centro, una letra que significa "Libertad". Ejerzámola. Yo los incito a revitalizar la tradición libertaria de la Escuela, y con ello de nuestras conciencias y de nuestro México, que hoy lo necesita más que nunca.

Gracias.

Revista de Investigaciones Jurídicas,
Núm. 9, editada por el Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la Es-
cuela Libre de Derecho. Se terminó
de imprimir el día 14 de noviem-
bre de 1985 en los Talleres de IM-
PRESOS CHÁVEZ. Se tiraron 1 000
ejemplares.

