

--- IUSTITIA ---

Revista de investigación jurídica

Órgano de difusión del Departamento de Derecho del ITESM



HANS KELSEN

**PUBLICACIÓN A CARGO DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
Febrero de 2003. Número 5
CAMPUS MONTERREY**

(Insertar estas frases en la pestaña de la primera de forros):

IMPORTANTES FRASES CÉLEBRES

“Lo que oigo, se me olvida; lo que veo, lo entiendo; pero lo que hago, lo aprendo”

Confucio.

“En la preparación de un discurso de dos horas, empleo dos horas; en la preparación de un discurso de una hora, utilizo seis horas pero, en la preparación de un discurso de diez minutos, requiero tres días.”

Winston Churchill.

“Algunos de los diplomáticos que intervienen en los negocios del Estado, lo llevan a la bancarrota.”

Karl Marx.

“Existen tres caminos que llevan a la ruina: Las mujeres, el vino y los tecnócratas. El primero, es el más placentero; el segundo, el más rápido y el tercero, es el más seguro.”

Georges Pompidou.

“La existencia del derecho a la información, es la moneda de la democracia.”

Ralph Nader.

“Vale más tener leyes malas y jueces buenos, que leyes buenas y jueces malos.”

Gumersindo de Azcárate.

(insertar estas frases en la segunda pestaña de forros):

IMPORTANTES.....

“Un sistema escolar que no tenga a los padres como cimiento, es igual a una cubeta sin fondo.”

Jesse Jackson.

“No hay maestro que no pueda ser discípulo.”

Baltasar Gracián.

“Patriotismo, no es tanto proteger la tierra de nuestros padres, sino defender la tierra de nuestros hijos.”

José Ortega y Gasset.

“No es pobre el que tiene poco, sino el que desea mucho.”

Séneca.

“Nadie es pobre porque quiere, sino porque no puede dejar de serlo.”

Roberto Madrazo Pintado.

“La democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y casi accesoriamente, una forma de gobierno.”

Georges Burdeau.

“Quien conoce a los demás, es un erudito; quien se conoce a sí mismo, es un sabio.”

Lao Tsé.

IUSTITIA
REVISTA DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
Número 5. Febrero de 2003

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann
Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem
Rector del Campus Monterrey

Dr. Salvador Treviño Martínez
Director de la División de Administración y Finanzas

Lic. Donato Cárdenas Durán
Director del Departamento de Derecho

Lic. Eloísa Fernández Rangel
Directora de la Carrera de Derecho

Edición a cargo del
Centro de Investigación Jurídica
Editor responsable: Dr. Rogelio Martínez Vera
Página electrónica: <http://www.mty.itesm.mx/daf/centros/ij>
Correo electrónico: rmartinez@itesm.mx

IUSTITIA

Revista arbitrada de investigación jurídica

CONSEJO EDITOR

Lic. Donato Cárdenas Durán
Dra. Doricela Mabarak Cerecedo
Lic. Gabriel Cavazos Villanueva
Dr. Rogelio Martínez Vera

Los artículos de esta revista son de libre reproducción, pero se deberán respetar en todos los casos, los derechos patrimoniales y morales de los autores, en los términos de la ley de la materia y se agradecerá la mención de su origen.

ÍNDICE

- Nuestra portada
- Editorial
- Impuesto sobre la renta
Por: Dra. Doricela Mabarak Cerecedo.....
- El factoraje financiero en México
Por: Lic. Guillermo García Rivera
- Globalización, derechos fundamentales y algunos cambios en la administración pública federal mexicana
Por. Lic. Eduardo Román González.....
- El derecho internacional en la situaciones de postconflicto
Por: Dr. Luis Eduardo Zavala.....
- Temas importantes para realizar investigaciones jurídicas
Por: Dr. Rogelio Martínez Vera
- La inversión extranjera en México
Por. Alejandro Sánchez, Diana Williamson y Jesús E. Escobar

NUESTRA PORTADA

Hans Kelsen es sin duda uno de los juristas más importantes del siglo XX. Su nacimiento tuvo lugar en Viena, Austria en el año de 1881. Fue un hombre de cualidades personales excepcionales. Pudo superar con éxito, todos los obstáculos que se le presentaron durante el curso de su larga y exitosa vida. Su origen judío le ocasionó animadversión, múltiples problemas cambios obligados de país y de forma de vida personal, durante toda la etapa de la Segunda Guerra Mundial, debido a las presiones de que fue objeto por parte del régimen gubernamental alemán que sometió a su población, a un sistema de convivencia alentado por un racismo intolerante.

En 1906 es decir, a los 25 años obtuvo su primer doctorado en derecho. Un año antes, ya había publicado su primer libro que versó sobre la personalidad de Dante Alighieri. Para 1911 se encuentra nuestro personaje instalado como profesor de derecho y de filosofía en la Universidad de Viena. Ahí publica una importante obra sobre la teoría del derecho público. Durante la primera guerra mundial que asoló al mundo europeo, Kelsen desempeñó un importante papel como consejero jurídico del ministerio de guerra de su país. Al término de esta Guerra, el período cumbre de este gigantesco jurista, se hace manifiesto. En efecto, entre 1918 y 1938 como profesor de la Universidad de Colonia, elabora su más importantes estudios: La famosa Teoría Pura del Derecho, así como la Teoría general del Estado y del Derecho y la Teoría General de las Normas (obra póstuma, puesto que se publica después de su muerte). En cuanto a la obra más conocida de este ilustre jurista –su Teoría Pura del Derecho–, él mismo lo señala en la parte introductoria de esta impresionante obra, que no debe ser dejada del lado por nadie que se precie de ser estudioso de la ciencia jurídica, que: *habían transcurrido más de dos décadas, desde que inició su ardua tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, ajena a toda ideología política y de todo elemento científico-natural, para elevar al derecho al nivel de una auténtica ciencia, dotándola de objetividad y exactitud.* La obra cumbre de Kelsen se publicó por primera vez en Ginebra, Suiza, en 1934. Hacia esas mismas fechas demostró con una serie de estudios y publicaciones, la importancia de su sabiduría y conocimientos en el área del derecho internacional.

La hostilidad mostrada hacía los judíos por la gestapo alemana, obligaron a este ilustre personaje a emigrar a los Estados Unidos de América en 1940. A su llegada, se contrató como profesor en el área de derecho de una de las Universidades más prestigiadas del país: La Universidad de Harvard, en la que por varios años impartió cátedra. En el año de 1942 publicó un estudio muy importante sobre derecho internacional titulado: Ley y Paz en las Relaciones Internacionales. Hacia 1945 fue contratado por la Universidad de Berkeley en California. Hacia 1952 adquirió la ciudadanía estadounidense. En ese año publicó en inglés su Teoría General del Derecho y del Estado, obra que actualizó y complementó de manera importante.

Kelsen fue un importante e influyente protagonista en la conformación jurídica de la Organización de las Naciones Unidas. Estructuró las bases jurídicas para juzgar a los criminales de guerra. Durante el período inmediatamente anterior a este acontecimiento,

y en los años posteriores, este ilustre profesor de derecho entregó toda su energía a producir estudios jurídicos de derecho internacional. Su obra más importante se refiere al régimen jurídico de la ONU, un libro de más de 900 páginas publicado por primera vez en 1950. En 1952 Kelsen se retira de la cátedra, a los 71 años de edad, en forma realmente prematura, pero sus exigencias de investigador y asesor lo obligan a tomar esta para él dramática decisión de abandonar a sus alumnos y separarse de las aulas. En ese año publicó otra importante obra denominada: Principios de Derecho Internacional.

Este ilustre profesor viajó durante su productiva y larga existencia por todo el mundo. Recibió más de una decena de doctorados *honoris causa* de las más prestigiadas universidades. Fue conferenciante e impulsor de la investigación jurídica. Durante su vida atestiguó la creación del Instituto Hans Kelsen en la Universidad de Viena, la capital de su estado natal. Precisamente a este ilustre jurista se le atribuye la paternidad de la famosa *Escuela Vienesa del Derecho*, que es una corriente doctrinaria muy influyente hasta el momento actual. Kelsen visitó nuestro país al final de la década de los años sesentas. En la Facultad de Derecho de la UNAM y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia universidad, impartió varias conferencias que se vieron pletóricas de juristas mexicanos y de estudiantes, ansiosos de conocer y escuchar a uno de los más valiosos sabios del derecho del siglo XX. Se le otorgó por esta Universidad también el grado de doctor *honoris causa*. La luz del iuspositivismo se extinguió el 19 de abril de 1973, cuando este importante genio de la ciencia jurídica contaba con 92 años de una fructífera existencia, que lo transforman en un personaje inolvidable, un jurista excepcional de nivel mundial y un profesor ejemplar en la impartición erudita de su cátedra universitaria. *IUSTITIA* rinde homenaje a este gigante del derecho con la portada que dedica en su honor.

Su discípulo y amigo, el profesor Rudolf A. Metall, fue sin duda el mejor biógrafo de Kelsen, y de él tomamos algunos de los conceptos aquí expresados.

EDITORIAL

Hace menos de diez años el ITESM se encontraba casi totalmente identificado con el modelo tradicional de aprendizaje consistente en la impartición de clases fundamentalmente expositivas basadas en conocimientos teóricos en los cuales, el desarrollo de habilidades de los alumnos y la participación de éstos en su proceso de aprendizaje, era escasa. Hacia el año de 1993 la institución empezó a sembrar entre los profesores las primeras inquietudes sobre un nuevo modelo de educativo que entonces se le llamó simplemente activo y que consistía en hacer participar a los alumnos de manera importante en su propio proceso de aprendizaje, así como en el desarrollo de habilidades.

Este nuevo modelo educativo del Tec de Monterrey, cuyos inicios tímidos se manifestaron hace diez años, es hoy un modelo vigoroso que ha revolucionado definitivamente el proceso educativo y que ha sentado ya, importantes precedentes entre las diversas instituciones universitarias del país. El rector del Sistema ITESM ha señalado que: *“Ante un mundo tan complejo como en el que vivimos en los tiempos actuales, la tarea de la educación se vuelve cada vez más retadora. Es necesario dotar a los alumnos de nuevas habilidades y, sobre todo, de una visión del mundo que les permita comprender mejor las profundas transformaciones de la sociedad. Para cumplir con su misión, el Instituto ha definido un modelo educativo, con el cual buscamos que nuestros estudiantes adquieran conocimientos básicos, actualizados y relevantes y que, al mismo tiempo, desarrollen habilidades, actitudes y valores que caracterizan el perfil establecido para los alumnos en la propia misión”*.

El nuevo modelo educativo del Tec de Monterrey persigue los siguientes objetivos, los cuales se encuentran muy claramente definidos:

- a) Responsabilizar a los alumnos en su propio proceso de aprendizaje;
- b) Desarrollar en ellos habilidades, actitudes y valores que están prácticamente ausentes en el modelo educativo tradicional;
- c) Utilizar recursos y herramientas proporcionados por la tecnología más moderna para facilitar el proceso de aprendizaje.

Este nuevo modelo innova el modelo educativo anterior, introduciendo herramientas didácticas, complementarias de la clase teórica, como son: El aprendizaje apoyado en solución de problemas, en un método de casos, aprendizaje apoyado en proyectos y aprendizaje colaborativo entre los estudiantes. Sin embargo, esta innovación curricular no deja del lado el conocimiento teórico, sino que lo fundamenta, lo redimensiona y lo aplica dentro y fuera de la propia aula, para justificar su aprendizaje. El conocimiento teórico es y seguirá siendo la parte medular del aprendizaje de un estudiante que aspira a ser facultativo en una rama determinada del saber humano. Inclusive, no sería posible el desarrollo de habilidades o el reforzamiento de valores en el estudiante, si éste no tiene una buena cimentación de conocimientos teóricos, los cuales sirven para comprender con claridad *el qué, el porqué y el para qué* de un conocimiento o la adquisición de una habilidad determinada.

En efecto, el aprendizaje teórico del conocimiento científico con objetivos bien definidos y con resultados significativos, es no sólo necesario sino indispensable en la preparación del alumno. Nótese que ya no es la adquisición del conocimiento por el conocimiento mismo, sino que a éste se le dota de significación, alcances y aplicación. Los instrumentos de apoyo carecerían de sentido, si no se orientan hacia el conocimiento teórico, que le permitan al estudiante poder explicarse numerosas situaciones, que en caso de carecer de dicho conocimiento, no podría explicarse. Es desde luego muy importante que el estudiante conozca y domine el cómo de una actividad o ramo del saber humano, pero también es importante, y seguramente más importante, dominar el qué el porqué y el para qué. Estos elementos son los que hacen la diferencia entre un técnico y un perito, un facultativo, que es lo que en el Tec pretendemos formar con la utilización de este nuevo modelo. Leonardo Da Vinci, el incommensurable sabio señalaba con meridiana claridad: *“La teoría es el capitán y la práctica son los soldados”* es decir, el conocimiento teórico gobierna, dirige, encauza, orienta y regula al conocimiento práctico. Por ejemplo, no es posible distinguir en los estudios profesionales de derecho las diferencias que existen entre los derechos reales, las obligaciones reales y las garantías reales, si no se domina con precisión el marco teórico. De ahí la importancia de la teoría en el nuevo modelo educativo.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA (Primera parte)

Por: Dra Doricela Mabarak Cerecedo*

El impuesto aplicable a los ingresos y las ganancias de las personas es un impuesto moderno, dinámico, ágil, redituable para el fisco, tiene las características necesarias para considerarlo justo y equitativo, y tiene la propiedad de ser un impuesto típicamente directo. La trayectoria de este impuesto a través de su relativamente corta historia, se encuentra vinculado a importantes acontecimientos nacionales en cada uno de los países en donde inicialmente se implantó. En México este impuesto es relativamente reciente; apenas hace un poco más de 80 años que se registraron los primeros intentos, y en este corto lapso, se han realizado importantes avances en esta materia. A continuación se hará un breve recorrido sobre los más significativos aspectos históricos de este gravamen, tanto en los más importantes países que inicialmente lo implantaron, como desde luego, en México, por resultar indudablemente muy útil, conocer sus estructuras iniciales y adentrarse en los cambios experimentados en este gravamen, hasta llega al momento actual.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Sus antecedentes históricos se ubican en Inglaterra a fines del siglo XVIII. Su nombre original fue el de *PROPERTY AND INCOME TAX*, y fue implantado en 1798, de manera temporal, es decir, pagadero sólo temporalmente para recaudar fondos a fin de hacer frente a la guerra con Francia. Las razones históricas por las que correspondió a la Gran Bretaña el mérito de haber sido la cuna de impuesto como éste, consisten en que el derecho constitucional inglés revistió desde muchos años antes que el de otros países, características importantes que redundaron en un avance democrático, en el que la discusión y aprobación de los impuestos era un asunto de notoria participación pública. Las autoridades y los gobernados, discutían y aprobaban mediante una interacción, la implantación de los gravámenes, prácticamente desde el siglo X d.c., en tanto que en el resto de las monarquías europeas, por ésta época y hasta ya avanzado el siglo XVIII, los tributos se aplicaban indiscriminada e injustamente al pueblo, en tanto que la nobleza gozaba de privilegios tales como por ejemplo, no pagar tributos al monarca. El sistema constitucional británico impulsó de manera importante la participación del Parlamento en la discusión y aprobación de todas las cuestiones públicas entre ellas, las referentes a las contribuciones¹.

* Adscrita al Centro de Investigación Jurídica y profesora de derecho fiscal.

¹ Sobre estos antecedentes, se hará un seguimiento de ellos, utilizando la obra titulada: *Compilación de Leyes del Impuesto sobre la Renta. (1921-1953)*, publicada en 1957 por la Dirección General del Impuesto sobre la Renta, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en 1957.

Un ejemplo de la evolución alcanzada por la Gran Bretaña en materia constitucional en general y tributaria en particular, es el sistema que se aplicaba al las Colonias del Reino Británico ubicadas en América. Desde la elaboración de las Cartas de Fundación de cada una de estas colonias, la creación de tributos en la Metrópoli, aplicables a los habitantes de alguna de éstas Colonias, debería ser discutido y en su caso aprobado por las Representaciones Populares en las Asambleas, a fin de dejar a salvo el viejo Principio de que no se debería acatar ningún tributo sin la previa aprobación de los representantes de los gobernados, por virtud de que son estos los que en última instancia lo pagan. El movimiento insurgente que culminó en 1776 con la independencia de la 13 Colonias Americanas, se inició teniendo como motivo fundamental, la implantación de impuestos decretados por el Parlamento Británico, que no había sido también votados y aprobados por las representaciones Populares de las Colonias.

Su creación se atribuye al ministro de hacienda llamado William Pitt, Jr. El nacimiento del ISR representó un importante cambio de sistema que sobre la materia tributaria imperaba hasta finales del citado siglo XVIII, consistente exclusivamente en la implantación de impuestos a la producción o al consumo, los cuales eran de carácter indirecto. Los únicos impuestos directos que existían, notoriamente violatorios de los principios de proporcionalidad y equidad, eran los llamados de capitación (cobro de impuestos a las personas por el simple hecho de ser miembros de una comunidad y atención a su patrimonio personal), o los impuestos sobre la propiedad de bienes.

Este impuesto surgió para gravar las utilidades de las empresas y los ingresos de las personas físicas con una tasa o cuota en un principio proporcional, aplicable sobre una base gravable, que se obtenía deduciendo ciertos gastos realizados por los contribuyentes hasta llegar a la obtención de una renta propiamente dicha. Este impuesto se implantó en cuatro diferentes ocasiones, hasta que finalmente, se aplicó de manera definitiva.

Al fortalecimiento de este entonces novísimo gravamen impositivo concurren con sus ideas, importantes funcionarios del ministerio de Hacienda de la Gran Bretaña, entre los que destacaron de manera importante: Robert Peel, William Edward Gladstone y Henry Berber Asquith. David Lloyd George, también ministro de finanzas de este país transformó la tasa o cuota de proporcional a progresiva, y logró la definitividad del gravamen. Para la implantación de ISR definitivo en Inglaterra, el ministro George recibió importante apoyo de los dos teóricos más destacados en materia de este gravamen: Adolfo Wagner y Edward Selligman.

Francia.- En este país se inicia el intento de implantar este impuesto a partir de 1848, pero no es sino hasta 1887 cuando ya existe un criterio definitorio sobre la instalación de este gravamen, consiguiéndose su implantación en 1895, aunque con la forma y características propias de este tributo, éste se da a partir de 1914, en que se transformó en un impuesto permanente, situación que ocasionó numerosas protestas, como las de viejos financiero y economistas como Leroy Beaulieu. Gracias al enorme poder político de

Clemenceau, a la sazón jefe de Gobierno en Francia, se logró el triunfo de este impuesto, al decir de Armando Porras y López²

Estados Unidos de América.- Es el año de 1862 el que marca la fecha de imposición de este gravamen en esta nación, igualmente, con carácter temporal para hacer frente a los gastos originados con motivo de la guerra de secesión. Hacia 1894 se reimplementa con el mismo carácter, pero hacia 1914 se instala este gravamen con carácter federal y de manera permanente.

El ISR en México.- el intento por implantar un gravamen de esta naturaleza se da en 1921, bajo el Gobierno de Álvaro Obregón, siendo Secretario de Hacienda Adolfo de la Huerta. La autoría del proyecto se atribuye Manuel Gómez Morín, Subsecretario de esa dependencia. Este impuesto se conoce con el nombre de *Ley del Centenario*, -por estarse cumpliendo ese año el centenario de la consumación de la independencia de México-, aunque su nombre correcto fue el siguiente: *Decreto Estableciendo un Impuesto Federal, Extraordinario, Pagadero por una sola vez, sobre los Ingresos o Ganancias de los Particulares*, de 20 de julio de 1921³. En este primer documento fiscal sobre la renta, se inserta el sistema de *cédulas*, para agrupar en cada una de ellas a los distintos contribuyentes tomando como base el tipo de rentas obtenidas. Aquí el legislador también utilizó el concepto *categorías*, para agrupar a los contribuyentes de acuerdo con el volumen de sus ingresos. Así se tiene que: en la primera cédula se agruparon los ingresos que obtuvieran las sociedades y personas físicas, por actividades propiamente comerciales, así como a las industriales y agropecuarias.

En la segunda cédula se agruparon a las personas dedicadas a actividades profesionales, artísticas, culturales o deportivas. En la siguiente cédula (la tercera), quedaron comprendidos los ingresos (sueldos y salarios) percibidos por personas que realizaran actividades bajo la dirección y dependencia de un tercero. En la siguiente y última cédula, quedaron comprendidos los ingresos o ganancias de las personas no contempladas en las tres cédulas anteriores.

Este impuesto se reimplementa en 1924 con el nombre de: *Ley para la Recaudación de los Impuestos Establecidos en la Ley de Ingresos Vigente sobre Sueldos, Emolumentos, Honorarios y Utilidades de las Sociedades y Empresas*. Con esta ley, el gravamen adquiere un carácter permanente. Esta ley fortaleció el sistema consistente en agrupar los ingresos de los contribuyentes por actividades. Así se tiene que en un primer grupo quedaron comprendidos los ingresos que obtuvieran las personas físicas por sueldos, salarios y emolumentos; en un segundo grupo se incluyeron las utilidades de las sociedades y empresas. El impuesto se pagaba en estampillas. Se estableció para los patrones la obligación de retener y enterar los impuestos sobre sueldos y salarios. Se crearon las juntas calificadoras de este impuesto, cuya función primordial consistía en revisar las declaraciones de los contribuyentes y determinar (calificar), si el impuesto

²Porras y López, Armando.- Naturaleza del Impuesto sobre la Renta. Editorial Manuel Porrúa. México, 1976, pp. 7 a 11.

³ Sierra, Carlos J. Y Martínez Vera, Rogelio.- A Cincuenta Años de la Ley del Centenario. Edición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, 1921.

había sido o no correctamente declarado. En caso contrario, se hacían los ajustes correspondientes y se notificaba esa situación al contribuyente, para que procediera a efectuar el pago definitivo del impuesto, con las diferencias determinadas

En 1925 se expidió una nueva ya con el nombre que ostenta hasta la fecha: Ley del Impuesto sobre la Renta. Las experiencias obtenidas a través de la aplicación de la llamada Ley del Centenario y de la Ley implantada en 1924, de la que hizo referencia en el párrafo anterior, sirvieron para darle a esta nueva ley una consistencia más específica y una técnica fiscal más acorde con los objetivos de recaudación y control perseguido para este gravamen fiscal. Se crearon en esta ley siete cédulas o capítulos, en los cuales se agruparon los diferentes tipos de contribuyentes, de acuerdo con la naturaleza y el origen de sus ingresos.

La Cédula I comprendió los ingresos por actos de comercio; la Cédula segunda agrupó a las personas físicas o morales dedicadas a actividades industriales; La Cédula III fue especial para los ingresos por actividades agrícolas; la Cédula IV Se destinó a establecer el pago de impuesto a las personas que tuvieran a su capital como fuente generadora de ingresos, ya sea mediante sumas de dinero o la explotación de bienes representativos de capital; la Cédula V se refirió a ingresos provenientes de explotación del subsuelo o enajenación de concesiones sobre el mismo; la Cédula VI fue destinada a los ingresos por sueldos, salarios y emolumentos obtenidos por las personas que recibieran ingresos por servicios prestados bajo la dirección y dependencia de un tercero y finalmente, la Cédula VII estuvo destinada a regular el pago del impuesto por ingresos (honorarios) provenientes de la prestación de servicios personales independientes. Estas siete cédulas se redujeron a 5 por reformas que se hicieron a la ley que entraron en vigor en 1933. A partir de esta fecha, la Cédula I comprendió a los ingresos provenientes de actos de comercio, industria, agricultura, ganadería y pesca; la Cédula II abarcó los ingresos provenientes de la imposición de capitales; la III, los ingresos originados por la explotación de concesiones del subsuelo; la Cedula IV comprendió los ingresos por salarios y sueldos y la Cédula V agrupó a los ingresos por concepto de honorarios.

Como dato curioso se puede citar que inicialmente, para los ingresos por honorarios, existían en la ley de la materia dos tarifas –la A y la B-. La primera -la A-, se aplicaba a las personas sujetas a esta cédula VII, independientemente del lugar en donde residieran; la tarifa B se aplicaba exclusivamente a las personas que residieran en el D.F., en las ciudades fronterizas con EUA, así como en Tampico, Tuxpam, Veracruz, progreso y Mérida o en la ciudades *circunvecinas* a aquellas. La Tarifa A tenía cuotas más altas para los ingresos de las personas que tuvieran cierta cuantía al año; en tanto que la tarifa B contenía una tasa más baja, para los ingresos declarados por estas personas. Aquí se notaban aún grandes injusticias fiscales, e inclusive violaciones a los principios de proporcionalidad y equidad que deben respetarse en todo sistema fiscal. Inclusive, existía un Tarifa C para aquellos contribuyentes que participaran en actividades deportivas, espectáculos o cualquier otra actividad cultural. En este caso, la tarifa tenía cuotas sensiblemente más bajas que las otras dos.

En esta ley se incluyen exclusiones por cargas de familia para los contribuyentes personas físicas que obtuvieran ingresos por salarios o por honorarios. El legislador las incluyó sin embargo con la denominación de deducciones. Estas iban desde \$250.00 hasta \$450.00 anuales, dependiendo del número de personas a cargo del causante (la exclusión iba desde una hasta cuatro o más dependientes económicos).

Esta ley presenta un mejor orden en el señalamiento de las situaciones generadoras del impuesto, así como en la determinación y pago del mismo -cada cédula contenía su propia tarifa-; en los preceptos que se refería a la presentación de declaraciones, formas y medios de pago, así como en la vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones, tanto impositivas como de carácter formal y, desde luego, en el capítulo correspondiente a las infracciones y sanciones. En esta ley se adoptó la tendencia ya manifestada en las leyes de 1921 y 1924, consistente en otorgar participaciones a los estados y municipios, en una proporción del 10% del rendimiento total del gravamen a cada uno de estos órganos gubernamentales, a condición de que no tuvieran gravámenes locales sobre los conceptos afectados fiscalmente en la ley federal, o teniéndolos, redujeran la causación en una proporción equivalente al monto de la participación recibida. Se incrementó la fuerza que tenían ya las delegaciones calificadoras del impuesto sobre la renta. Para tal efecto, se creó la Junta Central Calificadora del ISR y las juntas regionales adscritas a las oficinas receptoras. Estas juntas estaban integradas por representantes de la SHCP y de los contribuyentes.

Ya desde la vigencia de esta ley, se permitía que la calificación de declaraciones fiscales efectuadas por estas juntas, se hicieran de manera más ágil, si las declaraciones de los contribuyentes estaban dictaminadas por un contador público dotado de *fe pública en materia fiscal*, los cuales deberían previamente obtener una certificación de parte de la Juntas Calificadoras de su domicilio profesional

La Ley del ISR de 1925 fue sometida a constantes reformas y modificaciones, durante los diez y seis años de su vigencia, para ir corrigiendo inexactitudes, insuficiencias y mayores formas de tributación de los contribuyentes. Uno de los ejemplos más notables de esta afirmación, fue la publicación de una ley paralela al ISR, expedida en 1939 y que recibió el nombre de *Ley del Impuesto de la Renta sobre el Superprovecho*, la cual tuvo como objetivo gravare a los contribuyentes de la Cédula I , cuyos ingresos fueran superiores a CIEN MIL PESOS anuales, cuando su utilidad fuera superior al 15% del capital contable, o del 20% de las utilidades, cuando no existiera este capital. Las tasas aplicables para la base determinada en estas ganancias superiores a la citada suma del 15% iban del 15 y hasta el 35%. Este impuesto se pagaba independientemente del impuesto sobre la renta determinado para cada un o de los contribuyentes, por sus utilidades *normales*.

La ley antes referida a su vez fue sustituida por la Ley del Impuesto sobre la Renta expedida en 1941. En efecto, el 31 de diciembre de ese año se promulgó la ley citada, que entró en vigor el día 1° de enero de 1942. Esta ley se integró con las mismas cinco cédulas en que finalmente quedaban divididos los contribuyentes, por la naturaleza de sus ingresos. En cuanto a los agrupados en la Cédula I (ingresos por actividades comerciales,

industriales, agrícolas, ganaderas y pesqueras). Se agruparon a los contribuyentes en mayores y menores, dependiendo esto del ingreso obtenido en un ejercicio fiscal. Durante la vigencia de esta ley se creó al Dirección General del Impuesto sobre la Renta y la Junta central Calificadora, así como las juntas regionales para calificar las declaraciones de las personas morales y físicas consideradas como causantes mayores, con domicilio en las ciudades más importantes del país, y con jurisdicción en diversos estados de la república, ubicados en cada una de las nueve regiones en que se dividió al país.

En esta ley se avanzó en el sistema de simplificar el pago del impuesto para los causantes menores ubicados dentro de la cédula I. Se les suprimió la obligación de presentar declaraciones fiscales. Se incorporó una tabla dentro de la cual se comprendía a estos contribuyentes, que se aplicaba sobre sus ingresos brutos del ejercicio. Dentro del período de vigencia de esta ley (en 1943), se creó el impuesto sobre dividendos que repartieran las sociedades mexicanas o extranjeras que operaran dentro del territorio nacional. En ese propio año de 1943, se crearon las exenciones de impuestos para los establecimientos de enseñanza y para las empresas dedicadas a la edición de libros. Los causantes quedaron obligados a restituir a la Secretaría de Hacienda Y Crédito Público, los gastos que ésta hubiere realizado, cuando dicha dependencia se hubiera visto en la necesidad de suplir o modificar las declaraciones, cuando hubieren existido diferencias a favor del fisco. Hacia el año de 1946 se creó como ya se indicó, la Dirección General del Impuesto sobre la Renta, como una dependencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, encargada de la administración integral de este ya importante renglón fiscal. Se reorganizaron las autoridades encargadas de la calificación de las declaraciones fiscales, las cuales quedaron integradas de la siguiente manera. La Junta Calificadora y el Departamento Técnico Calificador, con residencia en la Ciudad de México; las delegaciones calificadoras fiscales regionales, con residencia en las más importantes ciudades del país, y con jurisdicción en cada una de las diez regiones en que se encontraba fiscalmente dividido el país. Durante la vigencia de esta ley, concretamente en 1950, se tomó la decisión de reorganizar el volumen de pago de los agricultores, ganaderos y pescadores, reduciendo el importe del pago del ISR, a un 50% de total del gravamen que les correspondiera pagar.

En el año de 1948 se publicó una ley que de manera complementaria al ISR gravaba las utilidades de los contribuyentes. Este ordenamiento jurídico se denominó: Ley del Impuesto sobre Utilidades Excedentes, de 29 de diciembre de 1948, que entró en vigor el día 1° de enero siguiente. Esta ley tuvo como antecedente la antes citada Ley del Impuesto de la Renta sobre el Superprovecho, a la que se hizo referencia anteriormente. En esta nueva ley quedaron afectos al pago de esta tasa complementaria, los contribuyentes de la cédula I que hubieren obtenido en el ejercicio ingresos superiores a DOSCIENTOS MIL PESOS. La tarifa consignó tasas de impuesto menores que las contenidas en la renta del superprovecho. La utilidad que no rebasara el 15% del capital en giro, quedaba exenta. Los excedentes de esta proporción se gravaban : Con un 5%, si la utilidad era mayor del 15 y hasta el 20%; en escalones progresivos se iba gravando esta utilidad excedente, hasta llegar a una tasa del 25% para las utilidades que excedieran del 50%.

El 31 de diciembre de 1953 se publicó una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta. Este ordenamiento jurídico volvió al sistema de agrupar las actividades gravadas en nueve cédulas, las cuales agrupaban a los siguientes contribuyentes: La Cédula I comprendió a los ingresos provenientes de actividades comerciales; la II se destinó a gravar las actividades industriales; la Cédula III agrupó a los ingresos provenientes a actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras; la cédula IV se destinó a gravar los ingresos obtenidos por concepto de sueldos y salarios; la cédula V gravó los ingresos obtenidos en concepto de honorarios de profesionistas, técnicos, artesanos y artistas; la cédula VI gravó a los ingresos obtenidos por la imposición de capitales; la cédula VII se refirió al impuesto sobre ganancias distribuibles; la cédula VIII gravó el arrendamiento, subarrendamiento y regalías entre particulares y la cédula IX se refirió a los ingresos obtenidos por enajenación de concesiones y regalías, relacionadas con éstas. Durante el período de vigencia de esta ley que fue de 1954 a 1963, se fueron insertando sucesivamente tres tasas complementarias: La de utilidades excedentes, la de ingresos acumulados y la referente a educación, las cuales se regularon por el Título XI de la citada ley. El impuesto sobre utilidades excedentes quedó con las mismas tasas insertas en la ley anterior, con la única salvedad de que en esta ley se obligó al pago de esta tasa a los contribuyentes cuyos ingresos excedieran de TRESCIENTOS MIL PESOS al año. Tuvieron obligación de pagar la tasa complementaria sobre ingresos acumulados, los contribuyentes personas físicas mexicanas, independientemente del país en donde estén ubicadas sus fuentes de riqueza, así como los extranjeros residentes en México, cualquiera que sea el lugar en donde estén ubicadas sus fuentes de riqueza y los citados extranjeros residentes en el extranjero, a condición de que su fuente de riqueza se ubique en México. Estas personas estarían obligadas a pagar la tasa complementaria de referencia (sobre ingresos acumulados), cuando sus ingresos en dos o más cédulas fueran superiores a CIENTO OCHENTA MIL PESOS en el año. Existió una tarifa con tasas progresivas que iban desde un 3 y hasta un 15%, dependiendo del monto del ingreso. Finalmente, el impuesto complementario del 1% para educación, lo pagaban los contribuyentes que obtuvieran ingresos por salarios o por honorarios (cédulas IV y V).

Con esta ley se inicia la etapa contemporánea de la legislación fiscal sobre la renta. Para la formulación de esta ley se abrieron numerosos foros de consulta con los sectores interesados de la población, y puede afirmarse que la iniciativa de ley que llegó al Congreso de la Unión, fue ampliamente consensuada con importantes grupos de contribuyentes. Este consenso continuó manifestándose en los años posteriores, en los cuales, el Gobierno envió al Congreso sucesivas iniciativas de reforma, impulsada por grupos de contribuyentes, de académicos y de especialistas fiscales, cuyo objetivo fue modificar las disposiciones legales que mostraban cierta contradicción, ambigüedades o lagunas. De la misma manera, las autoridades hacendarias estuvieron siempre al pendiente de los litigios que se presentaban en torno a la aplicación de esta ley, y se preocupó porque en la reformas que se hicieron posteriormente, se recogieran también las decisiones de los tribunales en lo correspondiente a la interpretación y aplicación de los preceptos correspondientes. Puede afirmarse que nunca en otra época, como sucedió en la década de los años cincuenta, han estado más cerca del diálogo constructivo el Fisco, las organizaciones de contribuyentes, las asociaciones profesionales y la academia, dispuestos todos ellos a obtener una mejor legislación sobre la materia.

Hacia los años en que entró en vigor esta ley, la intención del legislador era la de introducir el sistema global de los ingresos obtenidos por los contribuyentes, eliminando el sistema cédular. Sin embargo, ante las dificultades de tipo tanto técnico como político que se presentaron, se decidió continuar con la discriminación de ingresos de los contribuyentes agrupándolos en las citadas cédulas. En esta ley se dio un paso definitivo al sistema de pagos provisionales de los contribuyentes obligados a ello, por virtud de que dichos pagos, a los que erróneamente se les denominaba anticipos a cuenta del impuesto anual, había venido tachándose de inconstitucionales y había motivado numerosos juicios. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, Hacia los primeros años de la década de los años cincuenta resolvió la situación mediante una tesis jurisprudencial en la cual se señalaba que el sistema de pagos provisionales para los contribuyentes del ISR no era violatorio de las normas constitucionales. El sistema consistente en la determinación de la utilidad fiscal de los contribuyentes agrupados en las cédulas I a III, fue expuesto con una claridad mayor que como se encontraba hasta la ley de 1941. Se trató en la ley el tema referente a los gastos amortizables es decir aquellos que se deduciría sucesivamente en varios ejercicios. El sistema de depreciación de bienes de activo fijo, se trató de una manera detallada. En fin, esta ley, cuya vigencia se inició el 1° de enero de 1954, presento numerosos avances en cuanto a la modernidad, agilidad, elasticidad y proporcionalidad, que debe requerir un gravamen de esta naturaleza.

El día 30 de diciembre de 1963, se expidió una nueva Ley del ISR, que tuvo una vida efímera. Sólo estuvo vigente el año de 1964. A partir de 1965 fue sustituida por una nueva ley. Sin embargo esta ley tuvo el mérito de desaparecer las calificaciones fiscales. Se dejó en la responsabilidad exclusiva de los contribuyentes, la acción consistente en presentar y hacer declaraciones y pagos provisionales y definitivos. Se inició rápidamente el proceso de desaparición de las juntas calificadoras y del Departamento Técnico Calificador del ISR, que ya no tenían razón de ser.

El día 30 de diciembre de 1964 se expidió una nueva ley en la cual se corrigieron de manera importante las nuevas figuras jurídicas contempladas en esta ley impositiva y se introdujo el sistema de renta global, sobre todo para las actividades empresariales. Se corrigieron aspectos importantes relacionados con los contribuyentes con actividades empresariales, dividiendo a éstos, como ya se había venido haciendo en las leyes anteriores, en causantes mayores y menores, tomado como base el volumen de sus ingresos brutos en el ejercicio. Para destacar la importancia que para el fisco tenían los causantes menores, se creó dentro de la organización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Dirección de Causantes Menores, que funcionaba de manera coordinada con la Dirección del ISR, pero al mismo tiempo en forma independiente, a fin de abarcar y resolver los numerosos problemas que ya presentaban los numerosos contribuyentes ubicados dentro del régimen simplificado a que se encontraban sometidas dichas personas. En esta ley se incluyeron de nueva cuenta la exclusiones que podían realizar las personas físicas por cargas de familia. Estas exclusiones fueron del orden de seis mil pesos por los gatos del propio contribuyente que no fueran expresamente deducibles conforme a la ley. Por el Cónyuge de excluiría tres mil pesos, y mil quinientos pesos por cada uno de los ascendientes o descendientes que dependieran económicamente

del contribuyente. El monto de estas exclusiones era el correspondiente a un ejercicio fiscal. En esta ley se abolieron todo tipo de tasas complementarias.

Así se llega a una época relativamente contemporánea, con la expedición de la Ley del ISR publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980, que estuvo vigente desde el 1° de enero de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2001. Esta ley, durante los 20 años de su vigencia, estuvo sujeta a numerosas vicisitudes. Se creó con esta ley un nuevo modelo de tasa complementaria para el pago del impuesto de las empresas, que se denominó: *Tasa complementaria sobre utilidades brutas extraordinarias (TUBE)*, que afortunadamente se aplicó de manera efímera. Las resoluciones jurisdiccionales y las protestas y el enojo de los contribuyentes del impuesto al ingreso global de las empresas, quienes tenían que pagar este *TUBE*, motivaron que el fisco federal retirara este tributo mediante la correspondiente reforma legal.

Esta ley recientemente abrogada, tuvo varios e importantes logros: Se eliminó el rubro de *contribuyentes exentos*, cuya denominación pugna con el sentido de la prohibición contenida en el artículo 28 de la Carta Magna, en el cual se indica *que en Los Estados Unidos Mexicanos no habrá exención de impuestos*. En sustitución de este rubro, se ubicaron dentro de un título especial de esta ley, a todas las personas morales que no eran contribuyentes del ISR. Se agruparon dentro del Título III, a las *personas morales no contribuyentes*. Se indicaron los requisitos que debería reunirse para que una persona moral pudiera quedar ubicada dentro de los beneficios fiscales que se otorgaban a éstas; también en esta ley se incorporó por primera vez el sistema de empresas controladoras y controladas; se dio un tratamiento específico para los ingresos de personas físicas residentes en el extranjero, con fuentes de riqueza ubicados en territorio nacional; se avanzó muy intensamente en el abandono del modelo que tuvo la ley vigente hasta 1980 en la cual, existían bases especiales de tributación para numerosas empresas constructoras, transportistas, productoras de ciertos bienes y servicios. Se cambió al modelo del régimen simplificado para un número muy limitado de empresas, aboliéndose el nocivo sistema de bases especiales de tributación.

También en esta ley se incorporó el dictamen fiscal de contadores públicos registrados, como obligatorio para ciertas empresas; Se dio un tratamiento fiscal más claro y transparente para las instituciones financieras; se manejó el modelo de escisión, fusión y extinción de personas morales; se manejaron los modelos de depreciación inmediata de inversiones; se avanzó de manera muy importante en la posibilidad de presentar declaraciones en las instituciones de crédito y se generalizó la obligación de que los contribuyentes utilizaran el sistema bancario para el pago o el cobro de cantidades de dinero que representarían un impacto fiscal. En general, muchos de los avances más importantes de la época a actual en materia de ISR, se dieron en la ley recientemente abrogada, cuyas instituciones han sido recogidas por la nueva ley, que presenta realmente pocas innovaciones dignas de comentarse de manera especial.

Así se llega a la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 1° de enero de 2002, y en vigor a partir de ese mismo día, cuyo material va a ser objeto de estudio a continuación.

CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL SISTEMA IMPOSITIVO A LA RENTA

Un sistema impositivo de esta naturaleza tiene la característica de ser en numerosos países, un ordenamiento jurídico complejo, pero ordenado y sistematizado, que agrupa a los contribuyentes por géneros y por especies, tomado en cuenta cinco aspectos fundamentales:

- 1) La forma de organización de los contribuyentes (personas físicas o morales);
- 2) La fuente de donde emanan los ingresos(actividades empresariales u otras actividades);
- 3) El lugar de donde emanan los ingresos gravables y el lugar de residencia del contribuyente (en el país o en el extranjero);
- 4) Contribuyentes sujetos a determinado régimen tributario (régimen general o régimen especial) y,
- 5) En algunos casos, su nacionalidad (perteneciente a un país o a uno extranjero).

El sistema legal del impuesto sobre la renta en México, como antes se expresó, se acaba de modificar, si bien no sustancialmente, sí hay algunas novedades en algunos temas, lo cual torna a esta nueva legislación, en una materia de importante estudio y discusión.

La nueva Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) vigente en México, como ya se expresó, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 1° de enero de 2002. Entró en vigor ese mismo día, y abrogó la LISR de 1980. Esta nueva ley se encuentra dividida en SIETE importantes Títulos, cuyas denominaciones son las siguientes:

Título I.- Disposiciones generales (artículos 1° a 9°).

Título II.- De las Personas morales (artículos 10 a 92)

17.- Título III.- Del Régimen de las personas morales con fines no lucrativos (artículos 93 a 105)

Título IV.- De las personas físicas (artículos 106 a 178)

18.- Título V.- De los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional (artículos 179 a 211)

Título VI.- De los territorios con regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales (artículos 212 a 217)

Título VII.- De los estímulos fiscales (artículos 218 a 221).

SUJETOS DEL ISR

En un impuesto de este tipo se efectúa en primer lugar una separación entre las personas morales, las personas físicas y en algunas legislaciones, las unidades económicas. Las personas morales sujetas a este gravamen, son aquellas que persiguen propósito de lucro o ganancia (generalmente las sociedades mercantiles) o bien, aquellas que sin tener este carácter, realizan actividades económicas, cuyo objetivo es el entregar remanentes a sus socios (sociedades y asociaciones civiles) (art. 8° de LISR).

En la legislación mexicana no se reconoce ninguna personalidad, ni se les da la calidad de contribuyentes a las llamadas unidades económicas, como sí existen en otras legislaciones, como la estadounidense, la cual se refiere a ellas con la denominación de *montos patrimoniales*. Estas unidades económicas existen realmente y constituyen por sí, fuentes generadoras de derechos y obligaciones, por ejemplo: Los fideicomisos, las herencias, las asociaciones en participación o las copropiedades. No obstante en este caso, la legislación fiscal mexicana ha caído en un manejo heterogéneo para la aplicación de los ordenamientos fiscales a dichas unidades. En efecto, en algunos casos, las obligaciones fiscales se personalizan y recaen sobre las personas morales o físicas que las integran o *representan*, como es el caso de los fideicomisos, las herencias y las copropiedades. En otras ocasiones, como acontece con las asociaciones en participación, se les asimila a estas unidades, a las personas morales (arts. 8°, 13, 108, 129 y 144 LISR).

En algunos casos excepcionales, la legislación mexicana del impuesto sobre la renta, reconoce tácitamente a las unidades económicas, y de manera muy tímida se refiere a ellas, como acontece con los *fondos de pensiones y jubilaciones* señalados en el artículo 179 de la ley. En este precepto se indica que dichos *fondos* se encuentran exentos del pago del ISR. ¿Lo anterior significa que se empieza finalmente a dar personalidad fiscal a tales fondos, con tratamiento de unidades económicas? La respuesta parece ser afirmativa.

La diversidad de formas con las cuales se da un tratamiento *forzado* de personas físicas a estas unidades económicas, se encuentran ubicadas en primer lugar, en los artículos 13 y 144 de la LISR, en donde se hace referencia a los fideicomisos. En estos preceptos legales se establece que, para el cumplimiento de obligaciones fiscales durante el ejercicio, éstas deben ser satisfechas por el representante legal de la *unidad*, sin perjuicio de que al final del ejercicio, cada persona física (o moral, en su caso), cumpla directamente con la presentación de sus declaraciones y con el pago del impuesto, acumulando este ingreso a los otros que hubiere percibido.

La *herencia*, otra unidad económica a la que se le da en diversas legislaciones de otros países, el trato evidente de una unidad económica, en el artículo 108 de la LISR se le da un manejo parecido, aunque sin admitir expresamente que se trata de una unidad de ese tipo. La figura restante que es considerada en diversas legislaciones de otros países como una unidad económica, es la *copropiedad*. En la LISR mexicana se regula esta figura jurídica en los artículos 108 y 129. En estos casos, señala la ley de la materia, los copropietarios designarán un representante común, quien deberá presentar las

declaraciones fiscales, hacer los pagos de impuestos correspondientes a dicha copropiedad y llevar en orden la documentación fiscal. Se establece en el propio artículo 108, que los demás copropietarios responden solidariamente de los impuestos dejados de pagar por el representante designado por ellos. En ambos casos, se establece que si los copropietarios tienen otros ingresos gravables, deberán acumular a los propios, la parte correspondiente a la copropiedad, en la declaración final del ejercicio. En relación con las citadas unidades económicas, la nueva LISR ubica indebidamente a las asociaciones en participación dentro del rubro de las personas morales (artículo 8), que desde luego, no poseen de los caracteres de éstas, sino que constituyen verdaderas unidades económicas, que el legislador mexicano se niega a reconocer.

LUGAR DE RESIDENCIA PARA EL PAGO DEL ISR

En algunos países como EUA, la legislación aplicable al ISR contempla como contribuyentes, no sólo a las personas morales, físicas y unidades económicas residentes en el país, sino también a aquellas que son residentes en el extranjero, si son de la nacionalidad de la legislación que las grava. En otras legislaciones como la mexicana, se hace caso omiso de la nacionalidad de las personas y se acude al concepto de residencia. Así se tiene que para la legislación de ISR vigente en México, son contribuyentes: Las personas físicas y morales residentes en México, independientemente de su nacionalidad (arts. 1º LISR y 9º del CFF). Por su parte, las personas físicas y morales residentes en el extranjero, son contribuyentes en México, sólo en el caso de que tengan en el país, *establecimiento permanente*, o no teniéndolo perciban ingresos de fuentes de riqueza ubicados en el territorio de la república (artículos 1º a 4º de la LISR)

El concepto de *establecimiento permanente* tiene en la ley mexicana un tratamiento muy específico. Así se tiene que el artículo 2º de la ley mexicana señala con cierta precisión qué debe entenderse por *establecimiento permanente* y cuándo puede considerarse que éste existe, en tanto que el artículo 3º indica los casos y las condiciones para que no se pueda considerar la existencia de dicho *establecimiento permanente*. Finalmente en torno a este importante tema de *establecimiento permanente*, el artículo 4º de la ley estudiada, señala los casos y las condiciones bajo las cuales un ingreso de una persona se puede considerar atribuido a un *establecimiento permanente* ubicado en México.

El domicilio es un elemento muy importante para el cumplimiento de las obligaciones fiscales. Así se tiene que de conformidad con el artículo 10, incisos a) y b); en ambos casos, de las fracciones I y II del Código Fiscal de la Federación (CFF), el domicilio fiscal de las personas físicas con actividades empresariales y personas morales residentes en el país es, por disposición legal: El lugar en donde tengan el principal asiento de sus negocios (personas físicas), o el lugar en donde se encuentre establecida su administración (personas morales); En el caso de las personas morales residentes en el extranjero, su domicilio fiscal es también el lugar en donde se encuentre la administración del negocio, cuando tuvieren varios establecimientos, el citado domicilio fiscal, será el que estas personas designen. En el caso de personas físicas que presten servicios personales independientes, su domicilio será: El lugar en donde tengan su base fija, independientemente que puedan también tener otros lugares en donde perciban

ingresos gravados. En todos estos supuestos, los contribuyentes de que se trate, deberán presentar una sola declaración de impuestos federales por el total de actos gravados realizados en los diferentes establecimientos, haciendo la acumulación de los ingresos, del valor de sus activos y en su caso, de las deducciones que sean procedentes, debiendo llevar un solo sistema contable en el domicilio antes indicado. Esta afirmación encuentra su fundamento en los párrafos primero, décimo, décimo primero y duodécimo del artículo 27 del CFF, en lo que corresponde a la inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes –RFC-, (un solo registro para cada contribuyente, independientemente del número de establecimientos que tenga); en la fracción III del artículo 28 y 30 del propio Código, en cuanto se refiere al domicilio en donde debe llevarse y conservarse los sistemas contables y la documentación correlativa.

En el caso de personas físicas que realicen actividades diferentes a las empresariales, su domicilio fiscal será el lugar en donde tengan el principal asiento de sus actividades, en los términos previstos por el inciso c) de la fracción I del CFF, debiendo inscribirse ante el RFC, en donde señalen tal domicilio, en donde deberán conservar sus comprobantes de ingresos y declaraciones por los ingresos obtenidos y los impuestos causados, así como la documentación comprobatoria correspondiente. Sobre este último aspecto es importante señalar que es costumbre, y a veces hasta exigencia de las autoridades fiscales o de los retenedores de impuestos, que la persona física deba señalar como su domicilio fiscal, su casa habitación. De hecho así lo hacen numerosos contribuyentes. Tal situación es indebida, a la luz del precepto legal señalado al principio de este párrafo, por virtud de que por ejemplo, si se trata de un trabajador asalariado, el principal asiento de sus actividades es la empresa, el despacho, la fábrica, la oficina o cualquiera otro lugar semejante y ése debería ser su domicilio fiscal.

PERSONAS MORALES AFECTAS AL PAGO DEL ISR

La tributación a la renta por parte de las personas morales, debe ser un renglón que impulse de manera definitiva la tributación de este gravamen tanto para las citadas personas morales, como para las personas físicas, y debe ser un instrumento que impulse la recaudación fiscal de otros gravámenes, como sucede con los impuestos indirectos a la industria, al comercio y a los servicios. La tarea del legislador fiscalista es la de buscar un punto óptimo de recaudación en los diferentes gravámenes fiscales. En efecto, si por ejemplo, el legislador reduce el espacio de las deducciones susceptibles de incrementar la renta gravable, se incrementa la recaudación en este renglón. Si por el contrario, se aumenta el espacio de las deducciones legales, el contribuyente del ISR realizará mayores gastos que sin duda serán fuente generadora de impuestos indirectos.

Muchas de las áreas posibles de tributación giran indudablemente en torno a las personas morales, quienes por el papel que desempeñan en el mundo de los negocios, representan el bloque más importante, desde el punto de vista económico y técnico, de la aplicación de un buen sistema de ISR, aunque como se ha visto, estas personas morales no constituyan el bloque tributario más importante. De ahí la significación que tiene el tratar de precisar qué contribuyentes tienen el citado carácter de personas morales.

Las personas morales que se consideran contribuyentes del ISR en la ley mexicana, se encuentran enumeradas en el artículo 8° de dicho dispositivo legal. Seguramente, con el propósito de no considerar como contribuyentes a diferentes organismos paraestatales que habitualmente obtienen ingresos afectos al pago del ISR, el legislador mexicano hace una enumeración que parece limitativa, en cuanto a cuáles personas morales deben considerarse como contribuyentes, pero que en realidad no lo es. Dentro de esta clasificación se mencionan como contribuyentes a los organismos descentralizados que realicen *preponderantemente* actividades empresariales. Sin embargo, omite señalar a los fideicomisos públicos, los cuales en numerosos casos, también realizan hechos gravados por la LISR, y que por no estar citados en la legislación, omiten el cumplimiento de numerosas obligaciones fiscales. En el caso de los organismos descentralizados, existen varios e importantes organismos de este tipo, que si bien, no realizan preponderantemente actividades empresariales, sí lo hacen habitualmente, y por tal motivo, deberían quedar sujetos al cumplimiento de las obligaciones que impone la LISR, con el fin de transparentar su operación, ya que un adecuado control fiscal, contribuiría de manera especial a combatir el derroche o el mal uso de los recursos públicos, además de que representaría un instrumento eficaz en contra de la corrupción gubernamental, al mismo tiempo que se avanzaría en el campo de la equidad en la tributación, que es uno de los principios básicos de un buen sistema fiscal.

Las personas residentes en México que perciban ingresos gravados provenientes del extranjero, tienen derecho de acreditar, contra el impuesto que les corresponda pagar en el país, el ISR pagado en el extranjero (art. 6° LISR). Sobre la tributación del ISR y en su caso, del impuesto al activo, existen diferentes tratados internacionales celebrados entre México y diferentes países, para evitar la doble tributación y abatir la evasión fiscal. Existen a la fecha, más de 50 tratados internacionales celebrados sobre esta materia, con otras tantas naciones. En relación con las personas morales, se les da a éstas un tratamiento global, es decir, quedan afectos al pago del impuesto, todas las rentas que perciban estas personas, independientemente de su fuente es decir, cualquiera que sea el origen de generación de los ingreso gravados. En el caso de las personas físicas, durante el curso del ejercicio, se hacen en la mayoría de los sistemas del impuesto sobre la renta que se tiene implantado en los diversos países del mundo, distinciones en cuanto al origen o procedencia de sus ingresos, pero al momento de presentar la declaración final del ejercicio, también se les exige la acumulación de la totalidad de los ingresos, sin importar la precedencia de ellos. En el caso de dividendos u utilidades percibidas por una persona moral en México, procedentes de otra persona moral residente en el extranjero, la LISR mexicana (art. 6°), establece un tratamiento diferenciado, dependiendo del porcentaje de la propiedad accionaria de la persona moral residente en México. Las acciones como títulos crediticios que demuestran la participación de las personas en una sociedad, pueden adoptar distintas denominaciones y características por ello, en las leyes del ISR como acontece en México, como son las partes sociales, acciones, certificados de aportación o cualquier otra denominación equivalente.

DETERMINACIÓN DEL INGRESO GRAVABLE Y OBLIGACIONES DE LOS CONTRIBUYENTES

Las personas morales y las personas físicas con actividades empresariales (ver artículo 16 del CFF) que estén colocadas dentro de un régimen general pagan su impuesto sobre la renta, calculando el pago sobre un concepto denominado específicamente: **Resultado fiscal**. Este resultado se obtiene sumando al totalidad de ingresos del ejercicio, a los cuales se les efectúan las deducciones autorizadas por la ley y se le restan las pérdidas declaradas en ejercicios anteriores, si ésta hubieren existido. Para efectos de control, en algunas legislaciones como la mexicana por ejemplo, la ley y demás disposiciones fiscales exigen a los contribuyentes del ISR, sobre todo a los que realizan actividades empresariales, una serie de informes periódicos sobre sus operaciones y sobre el nombre y domicilio de sus más importantes clientes y proveedores, así como los volúmenes y precios de sus operaciones (artículos 86 fracciones IV, VII y VIII LISR).

En numerosas legislaciones, a los contribuyentes del ISR se les imponen obligaciones formales, tales como registrarse en los padrones fiscales, llevar control contable de sus ingresos y gastos, a presentar inclusive, avisos, manifestaciones y declaraciones y otras obligaciones de hacer, no hacer y permitir o tolerar. Si algún contribuyente dejare de serlo antes de que termine el ejercicio fiscal, deberá dentro de un período (habitualmente de 15 a 30 días, dependiendo de la legislación aplicable), presentar un aviso de baja; deberá presentar una declaración por los meses del ejercicio transcurridos hasta el momento de la terminación de sus actividades y, deberá ofrecer al Fisco una garantía que pueda ser suficiente para responder de las obligaciones tributarias que pudieran haber quedado pendientes.

INGRESOS ACUMULABLES

Cuando se hace referencia a la totalidad de los ingresos percibidos por una persona moral en un determinado ejercicio, se está indicando que este contribuyente deberá acumular en sus declaraciones, tanto provisionales como en la declaración anual, precisamente TODOS LOS INGRESOS que perciba, independientemente de su origen o concepto, tal como al efecto lo previene los artículos 17 y 21 de la LISR, que se refiere a: *“Los ingresos acumulables”* (Este situación es por igual aplicable a las personas morales y a las físicas con actividades empresariales). En relación con los ingresos acumulables de los contribuyentes, el artículo 20 de la ley incluye dentro de este concepto, a los ingresos determinados aún presuntivamente por las autoridades fiscales, así como a aquellas ganancias que se deriven de la transmisión de bienes por el pago en especie que haga algún deudor de la contribuyente, la diferencia en inventarios en el caso de los ganaderos y las mejoras en inmuebles que queden a beneficio del propietario, cuando hubiere permitido a terceros el uso o goce de tales bienes.

También considera la ley como ingresos acumulables para los contribuyentes con actividades empresariales: Los derivados de enajenación de bienes de activo fijo, así como los provenientes de terrenos, títulos valor, acciones, partes sociales o certificados de aportación patrimonial emitidos por sociedades nacionales de crédito. Son asimismo ingresos acumulables para efectos fiscales: Las ganancias derivadas de fusión, escisión, reducción de capital o liquidación de sociedades, en las que el contribuyente sea socio o accionista. Finalmente, entre los ingresos más importantes, son acumulables también:

Los pagos que reciba el contribuyente por créditos que hubieren sido deducidos en ejercicios anteriores como incobrables, las indemnizaciones o recuperaciones que tuvieren como origen el pago de las compañías de seguros y fianzas, ya sea por pérdidas de bienes por causa fortuito, por responsabilidad a cargo de terceros o por indemnizaciones por pérdida temporal o permanente de *hombre clave* para la persona moral (arts. 20 y 121 LISR) El concepto hombre clave se refiere a aquél o aquellos técnicos o dirigentes muy importantes dentro de una organización empresarial, por los cuales la contribuyente puede contratar seguros, para garantizar su presencia en los programas empresariales y en su ausencia por enfermedad o causa de muerte, la empresa puede recibir una indemnización de parte de la compañía de seguros.

En el caso de las operaciones financieras que realizan las personas morales con actividades empresariales, la LISR (arts. 22 y 23) señala los procedimientos que deberán ser utilizados por los contribuyentes para determinar la ganancia que será acumulable a los ingresos del ejercicio por enajenación de activos financieros, tales como: Títulos valor o cualquier operación financiera derivada. En cuanto a esto último, véase: Lo referente a operaciones financieras derivadas: (artículos 16-A a 16-C del CFF) y el estudio publicado en el número 3 de la Revista IUSTITIA)

En el caso de las personas físicas con actividades empresariales que realicen servicios profesionales, el artículo 121 de la LISR contempla algunas otras *fuentes de ingresos* que también se acumularán para efectos de la determinación del ingreso gravable del contribuyente, las condonaciones, quitas o bonificaciones que reciban de su acreedor, así como aquellos adeudos que dejen de pagar por prescripción de la acción del acreedor. En la LISR (art. 17) se indica que no se consideran ingresos con impacto fiscal, y por lo tanto no se acumularán para efectos de la determinación del ingreso gravable de los contribuyentes:

- a) Los ingresos que se obtengan de los socios o accionistas para aumento de capital o para subsanar pérdidas del mismo;
- b) Por primas obtenidas por la sociedad por la colocación de sus acciones o por utilizar para la valuación de sus acciones el método de participación;
- c) Los ingresos que obtenga por la revaluación de sus activos y de su capital y,
- d) Los ingresos que obtengan de otras sociedades o empresas por dividendos de otras personas morales residentes en México, pero sí serán acumulables dichos ingresos a la utilidad de la empresa, para efectos de la participación de utilidades a los trabajadores.

MOMENTO EN QUE SE CONSIDERAN OBTENIDOS LOS INGRESOS

La precisión de la fecha en que se consideran obtenidos los ingresos que son conforme a la LISR, acumulables para efectos de la determinación de la utilidad gravable afecta al pago del impuesto, no queda al arbitrio del contribuyente, sino que el legislador el que determina la fecha en que se considerará obtenido el ingreso. Contra esta situación se han elevado numerosas protestas e inconformidades de parte de las personas morales

contribuyentes, quienes argumentan que en no pocas ocasiones se les obliga a pagar el impuesto, cuando el ingreso materialmente no ha sido aún obtenido, y consecuentemente no debería surgir la obligación de acumular dicho ingreso para efectos de pago fiscal. Estas protestas e inconformidades no han prosperado por virtud de que la disposición del legislador, contenida concretamente en el artículo 18 de la LISR, está basada en una presunción *jure et de jure*, que no admite prueba en contrario, y consecuentemente, no da lugar ni oportunidad para litigar con posibilidades de éxito una inconformidad basada en la no obtención material del ingreso. En efecto, el artículo 18 de la LISR señala en qué momento se tiene por obtenido jurídicamente el ingreso, aunque materialmente no se dé la recepción del mismo. Así se tiene que en tratándose de personas morales, en el caso de enajenación de bienes y prestación de servicios (en operaciones de contado), se tiene por obtenido el ingreso:

- a) En el momento en que se expida el recibo o la factura que ampare el precio de la contraprestación pactada;
- b) Se envíe o se entregue el bien o se preste materialmente el servicio (debidamente integrado o completo).
- c) Se cobre o sea exigible total o parcialmente el precio de la contraprestación pactada, aún en aquellos casos en que parte de esa contraprestación sea en concepto de anticipo.

En estos casos el legislador somete el momento de percepción del ingreso a lo que ocurra primero en cualquiera de estas tres opciones. En aquellos casos en los que se permita a otra persona el uso o goce temporal de bienes a título oneroso, se considera percibido el ingreso cuando:

- a) Se cobren total o parcialmente las contraprestaciones;
- b) Cuando éstas sean exigibles a favor de quien efectuó dicho otorgamiento o,
- c) Cuando se expida el comprobante de pago que ampare el precio de la contraprestación convenida.

En estos casos, también el legislador somete esta obligación de acumulación de estos ingresos, a lo que suceda primero en cualquiera de estas tres posibilidades. El legislador, dentro de este propio artículo 18 de la LISR, señala que en el caso de operaciones de enajenación a plazo, en los términos previstos por el artículo 14 y 14 –A del CFF, los contribuyentes podrán acumular a sus ingresos del ejercicio, los ingresos que se vayan percibiendo conforme transcurra el ejercicio. Para las personas físicas con actividades empresariales o que presten servicios profesionales de manera independiente, el artículo 122 de la LISR considera acumulables los ingresos percibidos por esta personas, cuando sean efectivamente percibidos, ya sea en efectivo, en cheques, en bienes o en servicios o cuando reciba de terceros en concepto de pago, títulos de crédito. En el caso de exportación de bienes, la persona física deberá acumular el ingreso al momento en que reciba el pago de los bienes exportados. En el caso de que en un plazo de doce meses contados a partir de la fecha de la exportación no reciba el pago, deberá acumular a partir de ese momento como ingreso percibido, el importe de la enajenación.

PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS UTILIDADES DE LAS EMPRESAS

Las personas morales y las personas físicas con actividades empresariales se encuentran obligadas a pagar a los trabajadores de su empresa una participación de utilidades de la empresa (PTU), en la cuantía, forma y términos previstos por La Ley Federal del Trabajo y por las disposiciones fiscales (artículos 16 y 132 de la LISR). A este respecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en la fracción IX que los trabajadores tendrán derecho de participar en las utilidades de las empresas sobre las bases que el mismo precepto consigna. Así, se indica que será una Comisión integrada por representantes del estado, de los patrones y de los propios trabajadores, la que fijará los porcentajes de utilidades de la empresa susceptibles de ser repartibles.

Para los efectos del PTU se considera utilidad de la empresa, la renta gravable de la misma, de conformidad con los preceptos aplicables de la LISR. Precisamente la ley que ahora se estudia, el artículo 16 hace una importante distinción entre la utilidad gravable para efectos de la determinación y pago del impuesto, y la utilidad para efectos de la participación de utilidades. En dicho precepto legal se indica cuáles conceptos se deben sumar a los ingresos acumulables, y cuáles se deben restar al resultado que se obtenga para llegar con precisión a la cantidad considerada como utilidad para efectos del PTU. En otras palabras, la utilidad fiscal es generalmente diferente a la utilidad de la empresa para efectos del reparto de utilidades a los trabajadores.

Se indica en el propio precepto constitucional que determinadas empresas podrán quedar exceptuadas del reparto a ciertas empresas. A este efecto, el artículo 126 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) consigna que quedan exentas de repartir utilidades a los trabajadores, las siguientes empresas:

- a) Las de nueva creación, durante el primer año de su funcionamiento;
- b) Las de nueva creación, dedicadas a la elaboración de un producto nuevo, durante los dos primeros años de su funcionamiento;
- c) Las industrias extractivas de nueva creación, durante el período de exploración;
- d) Las instituciones de asistencia privada reconocida por las leyes cuando, con bienes de propiedad particular lleven a cabo actividades con fines humanitarios de asistencia, sin propósito de lucro y sin designar individualmente a los beneficiarios;
- e) Las instituciones públicas descentralizadas con fines culturales, asistenciales o de beneficencia y,
- f) Las empresas que tengan un capital inferior al límite que fije la Secretaría del trabajo y previsión Social por ramas de la industria, previa consulta con la Secretaría de Economía.

También es importante recordar que existen diferentes tipos de trabajadores que no participan en ningún proceso de reparto de utilidades, como sucede con:

- a) Los directores, administradores y gerentes generales de las empresas;
- b) Los demás trabajadores de confianza cuyo salario sea mayor del que corresponde al trabajador de planta de más alta remuneración y,
- c) Los trabajadores domésticos.

Algunos otros tipos de trabajadores no participarán por determinados períodos, como acontece con las madres trabajadoras, durante las etapas pre y postnatales; los que se dediquen al cuidado de bienes que produzcan rentas o al cobro de créditos y sus intereses, sólo podrán recibir en concepto de participación una cantidad equivalente a un mes de salario, como máximo (art. 127 LFT).

Ninguna empresa tiene derecho a compensar un ejercicio de pérdida con otro de ganancia, en caso del PTU. Este concepto no forma parte del salario para efectos de indemnización al trabajador; el derecho de los trabajadores de participar en las utilidades, no implica ningún derecho para intervenir en la dirección o administración de la empresa (arts. 128 a 131 LFT).

PAGOS PROVISIONALES Y DEFINITIVOS

En las diversas legislaciones del ISR, tratando de lograr una mejor distribución de la carga tributaria, y un óptimo manejo de los recursos públicos, se les exige a los contribuyentes la presentación de declaraciones y manifestaciones anuales o definitivas y periódicas o provisionales, todas ellas, con pago de impuestos generados en los correspondientes períodos.

Si se trata de personas morales, existe un plazo de tres meses (marzo), después del cierre del ejercicio para la presentación de la declaración y pago del impuesto. Si se trata de personas físicas, el plazo es de cuatro meses (abril). Si un contribuyente ha iniciado sus actividades en el curso del año anterior, al terminar el año natural, de cualquier manera presentara su declaración por los meses transcurridos, a fin de que en el siguiente ejercicio ya se considere el ejercicio completo. Las personas morales se encuentran obligadas a efectuar pagos provisionales mensuales mediante declaraciones que deberán hacer con esta misma periodicidad (arts. 14 y 15 LISR). Estos pagos se cubrirán a más tardar, los días 17 de cada mes, y se determinan conforme al procedimiento siguiente:

- a) Se calcula en primer lugar, el coeficiente de utilidad tomado como base los ingresos y las utilidades declaradas en el último ejercicio fiscal de doce meses de la contribuyente. Para tal efecto, se dividirá la utilidad declarada entre los ingresos declarados en el propio ejercicio.
- b) El importe del primer pago provisional se determina: Sumando los ingresos de ese período, menos la parte proporcional de las pérdidas de ejercicios anteriores, los cuales se multiplican por el coeficiente de utilidad; a la cantidad resultante se le aplica la tasa señala en el artículo 10 (34% para el ejercicio del 2003; 33% para el ejercicio del 2004 y 32 % para el ejercicio del 2005 y siguientes) de la ley. La suma que resulte, será el importe del primer pago provisional.
- c) El segundo y los posteriores pagos provisionales se hacen: Sumado la totalidad de los ingresos de cada uno de los meses del ejercicio transcurridos, a los cuales se

les aplica el coeficiente de utilidad y bajo el mismo procedimiento, se restan las partes proporcionales de la pérdida fiscal que venga *arrastrando* la contribuyente. La cantidad resultante se multiplica por la tasa del artículo 10 (32%). La cantidad que resulte será el importe de cada pago provisional.

En el caso de las personas morales que se encuentren en período de liquidación, dichas personas no están obligadas a efectuar pagos provisionales durante el ejercicio de la liquidación, pero si ésta tuviere una duración de más de 12 meses, el liquidador se encuentra obligado, bajo el procedimiento anterior, a efectuar pagos provisionales semestrales. Los contribuyentes personas morales, no están obligados a efectuar pagos provisionales cuando:

- a) Se trate del ejercicio de iniciación de operaciones;
- b) Cuando hubieren presentado aviso de suspensión de actividades en los términos previstos por el CFF y,
- c) En los caso en los que no haya impuesto a cargo ni saldo a favor, y no se trate de la primera declaración del ejercicio con estas características.

Los pagos provisionales que se encuentran obligados a efectuar las personas físicas con actividades empresariales de régimen general y las personas que perciban ingresos por la realización de actividades profesionales (art. 127 LISR) se determinan conforme al siguiente procedimiento:

- a) Se suman los ingresos desde el primer día del ejercicio, hasta el último día del mes de que se trate; se restan las deducciones correspondientes al mismo período, más la parte proporcional de las pérdidas de ejercicios anteriores.
- b) A la cantidad resultante, se le aplica la Tarifa del artículo 113 de la LISR, y la cantidad resultante será el importe del primer pago provisional.
- c) Los pagos provisionales posteriores del ejercicio de que se trate, se harán siguiendo el mismo procedimiento, sólo que se acreditarán los pagos provisionales efectuados, contra la cantidad que resulte a pagar y la diferencia será el importe del correspondiente pago provisional, que al igual que las personas morales, deberá efectuarlos la contribuyente, a más tardar los días 17 de cada mes.

Las personas morales que reciban servicios profesionales de personas físicas, deberán, al momento de efectuar el pago, retener en concepto de pago provisional, la cantidad que resulte de aplicar la tasa del 10% a la cantidad cubierta al profesionista, sin deducción alguna. El impuesto retenido será acreditable contra el importe del correspondiente pago provisional que deba presentar el propio contribuyente afectado, en el período de que se trate.

Las personas físicas que realicen actividades profesionales en forma esporádica y que no perciban ingresos habituales por actividades empresariales, cubrirán como pago provisional a cuenta del impuesto anual, el monto que resulte de aplicar la tasa del 20% sobre los ingresos obtenidos sin deducción de ninguna naturaleza. No están obligados a llevar sistemas contables (artículo 128 LISR).

El pago anual lo deberán efectuar las personas morales, a más tardar el día 31 de marzo de cada año, por el ejercicio fiscal inmediato anterior, ya sea que éste corresponda a un ejercicio fiscal de 12 meses, o a un ejercicio irregular, que abarque un período menor. Este pago se determina: Sumando todos los ingresos del ejercicio, menos las deducciones autorizadas por la ley, menos las pérdidas de ejercicios anteriores. Al resultado fiscal se le aplica la tasa del artículo 10. A la cantidad que resulte se le restarán los pagos provisionales efectuados, y la diferencia se cubrirá junto con la declaración presentada. El ISR que resulte a pagar, se acreditará contra el IMPAC que resulte a cargo de la contribuyente, hasta en su caso, el acreditamiento de la cantidad total de IMPAC. Si el ISR resultante es una cantidad mayor, solamente se cubrirá este último impuesto. En caso contrario, se pagará en la misma declaración el importe de IMPAC excedente (arts. 10 y 131 LISR y 9º de la LIMPAC).

DE LAS DEDUCCIONES DE LAS PERSONAS MORALES

La LISR mexicana es demasiado *exigente* en cuanto a los requisitos que deben reunirse para efectuar las deducciones encaminadas a la determinación de la utilidad gravable. Esta serie impresionante de requisitos se insertan en la ley y en el reglamento. La abundancia de ellos se debe a que una inmensa mayoría de contribuyentes tienden a escudarse en dichas deducciones para no pagar adecuadamente la contribución que les corresponde, simulando en alguna forma la existencia de las mismas, sin que en realidad se hayan efectuado, o efectuándose, no corresponden en alguna forma a la operación de la empresa, son en cantidad menor de la documentada, o inclusive, no se hicieron las erogaciones y se comprueba su existencia con documentación falsa. En efecto, en no pocas ocasiones las personas sujetas a estas obligaciones fiscales, *inventan* deducciones sin que materialmente las hubieren realizado, abultan las erogaciones efectivamente realizadas, en perjuicio del fisco, introducen como erogaciones de la empresa, situaciones ajenas totalmente a ella, y hasta llegan al grado de *fabricar* documentación falsa para justificar tales deducciones. Por tales razones, como se verá a continuación, se numeran limitativamente las erogaciones de las personas morales que efectivamente hubieren sido realizadas, y las dota de condicionantes e instrumentos documentales de comprobación real. Inclusive, como también se verá, el legislador se encarga de enumerar con cierta claridad, cuáles erogaciones de los contribuyentes personas morales, y desde luego en lo aplicable, las personas físicas con actividades empresariales, no se aceptan como deducibles para efecto de la determinación del impuesto a pagar, aún cuando efectivamente hubieren sido realizadas por el contribuyente. En este caso concreto, el propósito del legislador es evitar, en detrimento de la recaudación, que el contribuyente efectúe erogaciones de carácter suntuario, y en algunos casos, hasta innecesarias para los fines de la empresa.

En otros sistemas impositivos semejantes, como es el que se aplica en EUA, existe un marco muy amplio, muy liberal para que los contribuyentes efectúen en sus actividades empresariales, todo tipo de deducciones, a condición única de que comprueben que efectivamente éstas fueron realizadas. Lo anterior permite que la empresa siempre se ubique a la vanguardia en materia de bienes y servicios, que sus empleados y

funcionarios reciban de la empresa, prestaciones que alienten su productividad, que estas prestaciones sean deducibles de impuesto para la empresa, pero que se acumulen a los sueldos y salarios de los trabajadores, para efectos de la determinación de su propio impuesto, con lo cual, el fisco de todas formas percibe el tributo correspondiente.

Por otra parte, un tratamiento fiscal de esta naturaleza, permite la circulación de la riqueza y un aumento significativo en la producción de bienes y prestación de servicios, sabedor el fisco, de que si bien la empresa puede deducir de sus ingresos la erogación efectuada por otra parte, adquiere la obligación de pagar el impuesto a las ventas por los bienes adquiridos por lo cual, la autoridad fiscal de todas formas recauda por uno u otro concepto, importantes sumas de dinero.

Finalmente, si una empresa logra reducir su base gravable, merced a las erogaciones deducibles, ese gasto resulta ingreso para otra empresa –la vendedora o prestadora de servicios-, la que en alguna forma contribuirá con el correspondiente impuesto sobre la renta. En esta virtud el círculo impositivo se encuentra en tal forma diseñado en un sistema fiscal como el estadounidense, que los propósitos finales de recaudación, se dan de cualquier manera, puesto que la disminución de ingresos gravables vía justificación de gasto, viene a aumentar los ingresos gravables de la empresas que vendieron los bienes o prestaron los servicios. Por supuesto, en este tipo de legislaciones los capítulos referentes infracciones, sanciones y delitos fiscales, son demasiado rigoristas y se aplican sin distinción y con graves consecuencias económicas, legales y personales, a aquellos contribuyentes que se atreven a caer en casos de omisión o defraudación.

El Capítulo II del Título de la LISR se refiere a las deducciones que pueden efectuar las personas morales para determinar la utilidad gravable. El artículo 29 señala con precisión las deducciones que legalmente pueden ser efectuadas por las personas morales con cargo a los ingresos del ejercicio. Estas deducciones se enumeran de la siguiente manera:

- a) *Los precios de adquisición de las materias primas, en el caso de empresas industriales o los precios de adquisición de las mercancías, en el caso de empresas comerciales.* Estas erogaciones efectuadas por la contribuyente se identifican cabalmente con el concepto de *costo de las materias primas*, en caso de las empresas industriales y *costo de lo vendido*, en el caso de las comerciales.
- b) *Los importes por concepto de devoluciones, descuentos o bonificaciones que se le hagan a la contribuyente o que ésta haga a sus clientes, aún cuando correspondan estas operaciones a ejercicio anteriores.* Este renglón se refiere a aquellas transacciones comerciales que se hacen a los adquirentes, ya sea en el momento de celebrar la operación, o con posterioridad, consistentes en reducir en alguna forma el precio pactado, en el caso de descuentos o bonificaciones, o incorporar a los inventarios de mercancías de la empresa, aquellos bienes devueltos por los clientes por alguna causa, y deducir los ingresos que fueron incorporados a la contabilidad y que se devuelven al adquirente al operar por cualquier concepto, la devolución de la mercancía a la empresa enajenante.
- c) Los gastos efectuados en el ejercicio de que se trate;
- d) Las inversiones;

- e) El importe de los créditos incobrables;
- f) Las pérdidas de bienes de la persona moral por caso fortuito o fuerza mayor;
- g) Las aportaciones efectuadas por la persona moral para la creación o incremento de fondos de pensiones y jubilaciones especiales y diferentes a las que constituye el IMSS, así como para el pago de primas de antigüedad a sus trabajadores;
- h) Las cuotas pagadas al IMSS, aún las que sean a cargo de los trabajadores;
- i) Los intereses pagados por la contribuyente, aún los intereses moratorios y,
- j) Los ajustes anuales por inflación o por diferencias cambiarias.

En el caso de personas morales residentes en el extranjero pero que tengan establecimientos permanentes en el país, si México tiene celebrado con la nación en donde reside en el extranjero esa persona moral, un tratado para evitar la doble tributación, tienen estas personas el derecho de prorratar los gastos deducibles conforme a la ley impositiva mexicana, con la oficina central (art. 30 LISR). En el capítulo correspondiente a las erogaciones efectuadas por la contribuyente que pueden ser deducibles para efectos fiscales, el artículo 31 de la LISR, establece importantes requisitos para que sean procedentes las erogaciones citadas; de entre los requisitos más importantes están los siguientes:

- a) Que sean estrictamente indispensables para los fines del negocio;
- b) Que en tratándose de donativos, esto deben ser puros y simples, es decir, que no se trate de donativos onerosos ni remunerativos, y que se otorguen precisamente a las personas señaladas en el propio precepto legal, y que satisfagan además los requisitos establecidos por la LISR;
- c) Que las deducciones por gastos de inversión, se ajusten éstos a los requisitos y lineamientos que señala la propia LISR en sus artículos 37 a 45 de la LISR;
- d) Que las erogaciones efectuadas se encuentren amparadas con la documentación comprobatoria que reúna los requisitos fiscales, y que los pagos efectuados por la contribuyente que pretenda deducirlos se haya efectuado mediante cheque nominativo de una cuenta de la contribuyente el cual deberá ostentar la leyenda: *Para abono en cuenta del beneficiario*, con tarjeta de crédito, de débito o de servicios, o a través de monederos electrónicos previamente autorizados para tal efecto, cuando los pagos se refieran al pago de un servicio personal subordinado. También son deducibles las erogaciones cuyo pago se compruebe mediante trasposos de cuenta en instituciones de crédito o casa de bolsa. Solamente se pueden hacer pagos en efectivo, cuando el importe sea inferior a \$2,000,00 o cuando en la población no existan instituciones bancarias. En este último caso, habrá necesidad de obtener previamente la liberación de la obligación por parte de las autoridades fiscales;
- e) Que la erogación efectuada se encuentre debidamente asentada en la contabilidad;
- f) Que se hayan efectuado debidamente las obligaciones de retención y entero de impuestos a cargo de terceros;
- g) Que los documentos tales como recibos o facturas que amparen la erogación realizada, ostenten el RFC de la persona que recibió el pago, y llenen dichos documentos, los demás requisitos fiscales;

- h) Que cuando se trate de pagos hechos a terceros que cusen además el IVA, dicho impuesto se deba trasladar en forma expresa y por separado;
- i) Que cuando otras leyes fiscales obliguen, tratándose de envases y recipientes que tengan marbetes o precintos adheridos o que dichos envases sean destruidos, que se cumpla con estos requisitos;
- j) Que en el caso de recursos económicos tomados en préstamo, se demuestre que éstos se utilizaron realmente en los fines del negocio;
- k) Que tratándose de honorarios o gratificaciones a administradores, comisarios, gerentes, directores o miembros de los Consejos directivos, de vigilancia, consultivos o de cualquiera otra índole semejante, se requiere que dichos honorarios reúnan las siguientes condiciones: Que el importe anual establecido para cada persona no sea superior al sueldo anual establecido para el funcionario de la empresa de mayor jerarquía; que el importe total de las gratificaciones u honorarios pagados, no sea superior al importe total de los sueldos pagados por la empresa y, que no excedan del 10% del importe total de las demás deducciones legales;
- l) Que los gastos por pago de regalías u honorarios por asistencia técnica, se cuente con los contratos respectivos, que se demuestre que la persona que recibió el pago cuenta con los recursos, conocimientos y elementos técnicos necesarios para prestar la asistencia en forma directa y que no consista en la simple posibilidad de obtenerla, sino en servicios realmente recibidos;
- m) Que cuando se trate de gastos de previsión social, se otorguen por igual a todos los trabajadores, sin importar si son de base, sindicalizados o de confianza;
- n) En el caso de prestaciones de previsión social para los trabajadores de confianza, el total de estas prestaciones no podrán exceder de un 10% del total de las remuneraciones gravadas por la ley a esas personas;
- o) Que en el caso de pago de primas por seguros o fianzas, se refieran a actividades de la propia empresa o al aseguramiento de hombres claves para la negociación, bajo los lineamientos establecidos por la propia ley;
- p) Que cuando se trate de gastos por importación de bienes, se compruebe que por éstos, se cubrieron todos los requisitos aduaneros y,
- q) Que en el caso de créditos incobrables, ha operado el plazo de prescripción o bien, que antes de este plazo, existe la imposibilidad real de cobro.

El artículo 32 de la LISR establece con cierta precisión, cuáles erogaciones efectuadas por la contribuyente, no podrán ser considerados como deducibles para efecto de la determinación del ingreso gravable. Dentro de los gastos no deducibles más significativos se encuentran los siguientes:

- a) Los impuestos sobre la renta y al activo a cargo de la empresa, ni a cargo de terceros, aún cuando se trate de sus propios trabajadores, excepto las cuotas del seguro social a cargo de su personal.
- b) Las cantidades que entregue la empresa en su carácter de retenedor por concepto de crédito al salario, así como los accesorios de las contribuciones excepto, los recargos;
- c) Los gastos por inversiones que no sean expresamente deducibles conforme al texto expreso de la LISR ;

d) Los obsequios, atenciones y otros gastos de naturaleza semejante que haga la empresa a terceros, excepto aquellos que estén directamente relacionados con la enajenación de bienes o con la prestación de servicios y sean ofrecidos a los clientes en forma general.

e) Tampoco son deducibles aquellas cantidades que por concepto de gastos de representación, aporte la persona moral a sus funcionarios, trabajadores, consejeros o cualquier otra persona;

f) Las erogaciones que por concepto de viáticos o gastos de viaje otorgue la empresa sus trabajadores u otras personas, cuando no se destinen dichas erogaciones a alimentación, hospedaje, transporte, arrendamiento de vehículos o pago de kilometraje, siempre que esas erogaciones se hagan para cubrir gastos fuera de una zona que comprende varios kilómetros que circunden al establecimiento de la empresa. Actualmente se habla en la ley de un radio de 50 kilómetros. Además, la erogación que se haga debe ser a favor de personas con las cuales la contribuyente tenga relaciones de trabajo o un contrato de servicios profesionales. La ley mexicana es demasiado requisitosa en este aspecto, y exige que los diversos gastos comprendidos en este rubro, no excedan de determinada cuantía para cada uno de los conceptos. Esta distinción también se hace si la persona que va a devengar los viáticos, lo hace en el país o en el extranjero.

Para que la empresa pueda deducir los gastos por concepto de viáticos o gastos de viaje, será además necesario que:

- a) La persona que devengue los viáticos, se tenga que trasladar fuera de un radio de 50 kilómetros del domicilio de la empresa;
- b) Que entre la persona que devengue los viáticos y la empresa, existan relaciones de trabajo o profesionales.
- c) Que el importe de los viáticos no exceda de determinadas sumas, tanto para alimentación, como para hospedaje.

CONTRIBUYENTES UBICADOS EN REGIMENES SIMPLIFICADOS

En ciertas ocasiones, para determinadas actividades empresariales realizadas tanto por personas morales como físicas, se utilicen sistemas de pago del ISR de más fácil y sencillo cumplimiento, con el fin de estimular su desarrollo o no someterlas a rigurosos sistemas de control y pago, debido ya a la naturaleza de sus actividades o ya a sus condiciones económicas. A esto se le conoce con el nombre de ***Bases Especiales de Tributación o Sistema Simplificado para el Pago del Impuesto***. En un primer grupo se ubican las actividades empresariales relacionadas con la producción agropecuaria, editorial, explotación y aprovechamiento de recursos naturales o inclusive en algunas legislaciones, personas y empresas dedicadas a la producción de bienes o la prestación de servicios importantes y necesarios para la colectividad, como la producción y venta de artículos de consumo necesario, los servicios educativos, religiosos o de notorio beneficio social.

En la legislación mexicana del ISR, el Capítulo VII del Título II de la LISR, artículos 79 a 85, se manejan los diferentes regímenes simplificados para el pago del impuesto. Existe un primer grupo de contribuyentes sujetos a un régimen simplificado de tributación. Este es aplicable a las empresas (personas morales y físicas) dedicadas a: Agricultura, ganadería, pesca y silvicultura. Un segundo grupo de contribuyentes sujetos a régimen simplificado, son los que realicen actividades destinadas al transporte carretero de pasaje y carga. El tercer grupo de contribuyente existe un tratamiento preferencial para las industrias integradoras, maquiladoras de exportación. Una no justificada no sujeción en el pago del ISR para la empresas paraestatales denominadas Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, se encuentra señalada por En los primeros casos citados, aún cuando la renta o ganancia existe, los controles fiscales son menos rigurosos y el pago del impuesto llega a ser menor que el que se exige para los contribuyentes regulares. En un segundo grupo con un tratamiento fiscal específico y diferente, se ubican las instituciones y organizaciones de banca y crédito; por virtud de que estas empresas tiene como ingresos propios, exclusivamente el un margen financiero que se genera entre sus operaciones activas y pasivas, así como por los servicios que presta a los usuarios. Es decir, la mercancía que manejan es dinero ajeno y consecuentemente los controles y la determinación del gravamen fiscal presenta características diferentes a las del resto de las personas morales con actividades empresariales. En un tercer grupo se ubican a las personas físicas con actividades empresariales que se denominan: Contribuyentes de régimen intermedio y pequeños contribuyentes:

Se ubican dentro del grupo exclusivamente a las personas físicas con actividades empresariales cuyos ingresos obtenidos en el ejercicio inmediato anterior no hubieren excedido la cantidad de CUATRO MILLONES DE PESOS. Estos contribuyentes están facultados para adoptar una contabilidad simplificada, consistente en llevar un solo libro de ingresos y egresos y de registro de inversiones e inventarios. Estos contribuyentes se encuentran obligados a adquirir y utilizar una máquina registradora de comprobación fiscal o sistemas electrónicos de registro fiscal. Deberán presentar los avisos e informes que exigen las disposiciones fiscales. Los citados contribuyentes están obligados a presentar declaraciones y a efectuar pagos provisionales mensuales y anuales en las mismas fechas en que lo están las personas físicas con actividades empresariales de régimen general. Los artículos 134 a 136 de la ley de la materia, establecen los requisitos y condiciones para que las personas físicas con actividades empresariales tributen bajo este régimen especial. Para los contribuyentes comprendidos en este régimen se ha roto, a partir del ejercicio fiscal del 2003, el sistema de globalización de su ingresos, por virtud de que las nuevas disposiciones fiscales, obligan a esta personas, cuando perciban ingresos en alguna o algunas entidades federativas que se encuentren coordinadas con la federación en materia fiscal, a efectuar un pago provisional equivalente al 5% del monto de sus utilidades del mes. Este pago lo podrán acreditar contra en impuesto anual que les corresponda pagar al fisco federal.

El último grupo de personas físicas con actividades empresariales que cuentan con un régimen muy simplificado de pago de contribuciones, es el de los pequeños contribuyentes (Régimen de Pequeños Contribuyentes, REPECOS) . En este grupo se

ubican a las personas físicas que realicen actividades empresariales las cuales, únicamente enajenen bienes o presten servicios al público en general, y que sus ingresos en el ejercicio inmediato anterior no hubieren excedido de \$1'750,000.00 (el límite anterior era de \$1'500,000.00, lo cual significa que para el legislador este límite puede ser variable, de acuerdo a diversa circunstancias). Estos contribuyentes podrán pagar su ISR calculando una tasa del 1% sobre sus ingresos brutos del ejercicio. Si se tratare de un contribuyente que inicie operaciones, podrá tributar como pequeño contribuyente, si considera que sus ingresos no excederán en el año de la cantidad antes indicada.

Si en la empresa hubiere dos o más copropietarios que realicen actividades empresariales, podrán tributar por su empresa en este sistema, si la suma total de los ingresos de todos ellos, no excede del límite marcado para este grupo de contribuyentes.

Quedan fuera del beneficio establecido para este tipo de contribuyentes, las personas físicas que obtengan ingresos por concepto de mediación, agencia, representación, correduría, consignación, distribución, o por espectáculos públicos. Tampoco son beneficiarios de este régimen, los contribuyentes que enajene mercancías de procedencia extranjera, en todos estos casos desde luego, aunque sus ingresos se ubiquen dentro del límite antes marcado. La única deducción autorizada para este grupo de contribuyentes, es el monto equivalente a tres salarios mínimos generales del área geográfica del contribuyente, elevado al año.

Los pequeños contribuyentes tendrán desde luego, la obligación de inscribirse en el RFC; deberán presentar ante las autoridades fiscales, a más tardar el día 31 de marzo del ejercicio en que comiencen a pagar bajo este régimen, o dentro del mes siguiente en e que inicien operaciones, un aviso en que manifiesten su actividad. Si durante un ejercicio determinado, han rebasado, o consideran los contribuyentes que rebasarán el límite de ingresos determinado para este grupo, deberán avisarlo a las autoridades fiscales, para que se ubiquen dentro del grupo que les corresponda de personas físicas con actividades empresariales. Si un contribuyente perteneciente a este grupo, deja de pagar su impuesto en las fechas marcadas para ello, ya no podrá en lo sucesivo tributar en este régimen. Tampoco podrán tributar conforme a éste régimen, los contribuyentes personas físicas con actividades empresariales que paguen su ISR conforme al régimen general o al de contribuyente intermedios, salvo que se trate de aquellas personas que en el ejercicio de inicio y en el siguiente, no hubieran rebasado los límites establecidos en este régimen.

Estos contribuyentes se encuentran obligados a llevar una contabilidad simplificada y a conservar sus comprobantes de ingresos y gastos, los cuales deberán reunir los requisitos fiscales. Estos contribuyentes harán el pago de sus impuestos en forma mensual, a más tardar el día 17 de cada mes. Si estos contribuyentes tiene sucursales, agencias o establecimientos en diversas entidades del país, en cada una de ellas deberán presentar declaraciones y hacer los pagos que correspondan a los ingresos en esos establecimientos. Esta medida rompe también con el sistema de globalización de los ingresos para este tipo de contribuyentes. Los pagos efectuados tendrán el carácter de definitivos. Sin embargo, si un contribuyente deseara hacer sus pagos anuales, podrá hacerlo, mediante una declaración de ingresos que presentará en el mes de abril, en la cual acreditará el pago

hecho en los doce meses del año, y enterará el remanente. Si un contribuyente perteneciente a este grupo decidiera cambiar la opción a pagos definitivos mensuales, lo podrá hacer una vez que hayan transcurrido al menos cinco ejercicios tributando en el mismo sistema. Por lo que respecta al impuesto sobre salarios, estos contribuyentes podrán retener y enterar sal fisco el impuesto correspondiente a tales trabajadores, siempre que el número de ellos, no exceda de tres trabajadores. Los artículos 137 a 139 de la ley, contienen todo lo relacionado con el tratamiento fiscal a éste régimen especial de tributación.

(continuará)

EL FACTORAJE FINANCIERO EN MÉXICO

Por: Lic. Guillermo García Rivera*

1. INTRODUCCIÓN.

Debemos entender la importancia de la existencia jurídica del factoraje, desde la óptica de las necesidades que nuestra sociedad tiene de su aplicación como complemento de una actividad económica llevada a cabo por su sector empresarial y financiero.

Las empresas y los empresarios, en particular los pequeños y medianos, requieren de un continuo flujo de liquidez a fin de encontrarse en posibilidad de llevar a cabo su objeto social, lo cual, en atención a las prácticas comerciales y a las exigencias de algunos de sus proveedores, no siempre es posible obtener debido al sistema de pagos diferidos o cuentas por cobrar propio de las prácticas comerciales, que, aunque si bien representan un derecho cierto a favor del empresario, también es cierto que les ocasiona una espera para sus flujos de efectivo, que, para algunos de ellos, se puede tornar insostenible o bien, restrictivo para sus fines de crecimiento debido a sus limitados recursos de inversión.

Aunado a lo anterior, notamos la dificultad para el acceso al crédito tradicional para el empresario pequeño y mediano, razones por las cuales, encontramos que una válida opción alternativa a dicho financiamiento, lo ha sido la utilización del contrato de factoraje financiero, mediante el cual, los empresarios intercambian sus cuentas por cobrar por recursos entregados de inmediato, evitando así la inmovilización de capital en créditos por cobrar para así enfocar su atención a la producción y venta de sus productos (1), además de que, en ocasiones, este es el único medio viable para que las empresas tengan acceso a recursos de corto plazo para la adquisición de inventarios y el financiamiento de su capital de trabajo (2),

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.1.1 ANTECEDENTES MUNDIALES. Los autores que tocan el tema del factoraje o factoring, no tienen una opinión uniforme respecto al origen histórico de esta figura, ya que algunos como Raúl Etcheverri (3), siguiendo a Hiller, citado por Jacobo Leonise en su obra denominada “El Contrato de Factoring”, afirman que en la cultura neobabilónica de los caldeos, existía una forma rudimentaria del factoring, puesto que algunos comisionistas garantizaban a sus comitentes el cobro de sus créditos contra el pago de una comisión garantizada.

*Profesor de la Carrera de Derecho en el Campus Monterrey.

1. *Programa de Desarrollo de Ejecutivos de Negocios de Factor Prime*, México, D.F. 1994., p. 3

2. *Barrero Stahl, Jorge. “El factoraje en México”. Memorias del Foro de Modernización del Mercado de Valores, Comisión Nacional de Valores, México, D.F., 1989. P.78.*

3. Etcheverri, Raúl. *“Derecho comercial y económico. Contratos. Parte Especial”*. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1991, p. 78

Otros autores, como Lisoprawski y Gerscovih (4), señalan que el contrato se encuentra relacionado con la figura del ‘institor’ instituida por el derecho romano, el cual se encargaba de gestionar y concluir un negocio por encargo de otro, creándose entre ambos una “preposición institoria”, esto, en virtud de que la empresa de factoraje realiza una representación directa del empresario o “factorado”; sin embargo, esta apreciación no es necesariamente correcta, como se verá mas adelante.

En una monografía publicada por la Asociación Mexicana de Factoraje, denominada “Factoraje, Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana”, (5), se afirma que algunos historiadores indican que el origen de la figura puede encontrarse 600 años antes de Cristo en Babilonia y que también en Roma se realizó una operación similar, desgraciadamente, el autor de la tesina no señala sus fuentes ni precisa las “operaciones similares” al factoraje.

Por su parte, José A. García-Cruces González señala en su obra, “El contrato de factoring” (6), que el antecedente más cercano se encuentra en la edad media; cuando algunas casas comerciales en europeas, como Fugger y Welser, propietarios de sucursales comerciales en el exterior dedicadas al comercio internacional, realizaban una operación similar; sin embargo, este autor no nos proporciona más antecedentes de la forma en que se desarrollaba esta práctica comercial relacionada con el contrato que nos ocupa.

A pesar de la discordancia de los autores respecto a la primera luz del factoraje en el mundo, parecen ponerse de acuerdo en situar su origen “moderno” en la actividad comercial realizada por los industriales laneros ingleses que efectuaban su actividad en Norteamérica, teniendo como primer antecedente, según Raymond Rodgers en su “American Financial Institutions”, citado por Mario Bauche Garciadiego, (7), a la empresa Blackwell Hall de Londres, fundada en 1397, la cual desarrolló un importante papel en los siglos subsecuentes.

Así, encontramos que en los siglos XVII y XVIII, dicha empresa realizaba destacadas actividades comerciales en las Colonias Americanas a través de comisionistas a los que denominaron “Sellin Agents”, “Cotten-Factors.Agents”, o simplemente “Factors”, (los cuales castellanizaremos como “Factores”), en lo que hoy son los E.U.A., quienes se encargaban de vender sus productos textiles a los productores de aquel lugar.

Con el paso del tiempo, los “Factores” desarrollaron un gran conocimiento del mercado en el cual trabajaban y, por lo tanto, se vieron en la posibilidad de conceder crédito a sus clientes norteamericanos y, a la vez, enviar el total del precio de las ventas a los industriales ingleses en atención a la buena colocación del referido crédito.

4. Lisoprawski, Silvio y Gerscovich, Carlos, *“Factoring”*., Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 72

5. Asociación Mexicana de Factoraje, *“Factoraje, Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana”*, p. 14.

6. García-Cruces González, José A., *“El contrato de factoring”*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1990, p. 40

Así, las cosas, los "Factores" procedieron a tomar garantía sobre las cuentas por cobrar de los comerciantes Norteamericanos a cuenta del pago de los créditos que les concedían, de lo cual devino la consecuencia de que aquellos comprobaran las bondades de tomar estos derechos de crédito y proceder a su cobro para sí, con la ganancia resultante del valor de estos derechos contra el valor de la mercancía entregada a los norteamericanos y pagada por el "Factor" al industrial inglés.

Debido a la comprobación de los beneficios de la adquisición de derechos de crédito y, en atención a la promulgación de la *Mc. Kinley Tariff Act* de 1870, los "Factores" pasan de ser "Trade Factor" a "Finance Factor", dándoles el perfil actual de agentes financieros. Posteriormente se emitió la *New York Factor's Act* en 1911, que vino a reforzar la actividad de los "Factores" al darles la posibilidad de disponer de los bienes gravados al empresario cliente, (8).

Rodgers, citado por Bauche Garciadiego, (9), señala por su parte que, el divorcio de la actividad mercantil con la financiera de los "Factores", atendió principalmente a la especialización empresarial de la época imperante desde principios del siglo XX, ya que la competencia obligó a las casas fabriles a aumentar la producción y a dedicar mayor esfuerzo a las ventas organizando departamentos dedicados a dicha actividad en las propias fábricas, lo cual ocasionó que se eliminara el uso de los "Factores" como agentes comerciales, los cuales a su vez, optaron por dedicarse exclusivamente a la actividad financiera en comento.

La crisis de los años 1930 trajo un período de expansión del factoraje en el mercado norteamericano ocasionado por el interés que demostraron los bancos en ese negocio como una vía para superar las restricciones crediticias que impusieron las leyes federales de control de la banca (algo parecido ocurriría en México en la década de los años 1980), creándose las "Factors Chains" con los sistemas operativos utilizados a la fecha.

A pesar del largo historial del empleo del factoraje en los Estados Unidos de América, esta figura no fue plenamente desarrollada en otros países sino hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando las grandes cadenas norteamericanas establecieron filiales en algunos países europeos donde hoy en día ha registrado un desarrollo importante y, paulatinamente, esta penetración del factoraje se extendió a los países de América Latina, donde su desarrollo ha sido dispar.

Lisoprawski y Gerscovich, en su obra citada (10), sintetizan el desarrollo moderno del Factoraje en tres etapas, a saber: La del *Colonial Factoring*, donde el Factor actuaba como un mero distribuidor de mercancías; la del *Factoring Old Line*, donde el Factor, como cesionario de los créditos, cumple una función de gestión, asume el riesgo de insolvencia de sus clientes y financia al cliente y la etapa del *New Style Factoring*, en la cual el Factor realiza una compleja serie de servicios financieros que conforman la figura como lo conocemos hoy en día.

9. *Bauche Garcíadiago Ob.Cit*

10. *Lisoprawski, Silvio y Gerscovich, Carlos, ob.cit. p.7.*

Por último, mencionaremos que una etapa importante en el desarrollo del factoraje, lo fue la Convención de la Unidroit sobre Factoring Internacional celebrada el 28 de Mayo de 1988, que vino a crear un marco legal uniforme para la aplicación internacional de esta figura.

Actualmente, el factoraje es un medio de financiamiento reconocido globalmente como un excelente medio alternativo de financiamiento para las empresas y, por lo tanto, utilizado en un importante número de países, principalmente por los de mayor desarrollo económico.

1.1.2 ANTECEDENTES EN MÉXICO

El primer antecedente del Factoraje en nuestro país, surgió en la XXVII Convención Nacional Bancaria, celebrada en Monterrey, N.L., del 27 al 29 de Abril de 1961, donde el Presidente de la Confederación de Cámaras Industriales propuso que se introdujera a la práctica financiera mexicana, el uso de la figura conocida en los E.U.A., como “Factoring”, la cual serviría para la adquisición de maquinaria, para sustituir la obsoleta por equipos nuevos que aumentasen la producción, para comprar instrumental que satisfaga las necesidades internas y para la ampliación de los sistemas de trabajo, aprendizaje y capacitación.

La nota periodística que destacó esta información y que es citada por Bauche Garcíadiago (11), agregaba que esta figura de financiamiento, consistía en la compra por los bancos de las cuentas por cobrar y su pago al contado, sin responsabilidad en los resultados para el vendedor, y agregaba que éste sistema se había estado usando en los E.U.A. con gran éxito y que en México sería de gran utilidad al ser una figura “sui generis” de financiamiento para empresas que ofrece mayor ventaja que las tradicionales.

No obstante la referencia hecha en la señalada convención, el empleo del factoraje (o al menos una figura cercana a él), se dio hasta 1967, cuando encontramos que algunas instituciones bancarias, tales como Serfin, Banamex y Bancomer comenzaron a otorgar financiamientos de “cuentas por cobrar no documentadas” (12).

También en la década de los sesenta encontramos que la empresa Walter E. Heller Overseas, como parte de su desarrollo global, operó en México una cobertura de cobranzas por ventas procedentes del extranjero, con la consecuente adquisición de cartera de sus clientes, (13), cabe señalar que esta empresa posteriormente constituyó una empresa de factoraje en nuestro país que aún continua operando.

11. *Bauche Garcíadiago, Mario, ob. cit. pp. 273-274*

12. *Nacional Financiera, S.N.C./Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, A.C., “Fuentes de Financiamiento, manual de consulta”, Subdirección de Publicaciones de Nacional Financiera, S.N.C., México, D.F., 1992, p. 87.*

13. Altamira, Germán, *“Programa de Desarrollo de Ejecutivos de Negocios de Factor Prime”*, México, D.F., sin fecha conocida, p. 3.

En la década de los setenta, diversas instituciones financieras tales como Banca Serfin y Bancomer, aun sin contar con una legislación especializada, realizaron operaciones de Factoraje (Mexicanizando el concepto de Factoring, muy probablemente por la sugerencia hecha por Bauche Garciadiego en su obra citada en éste texto) de manera aislada; sin embargo no es sino hasta la década de los ochentas cuando esta figura toma un empleo generalizado entre el sector empresarial mexicano.

Efectivamente, a raíz de la estatización de la banca privada anunciada por el entonces presidente de la República, José López Portillo, en Septiembre de 1982, se agravó la crisis económica ya existente, ocasionando un descrédito mayor al gobierno que trajo consigo la fuga de capitales y la restricción de la inversión privada (14).

Sin embargo, la estatización de la banca no sólo no cumplió sus objetivos (evitar fenómenos monopólicos favorable a los intereses de los banqueros, diversificación del crédito social, hacer accesible el crédito de manera oportuna y barata a la mayor parte de la población, etc.), sino que agravó la situación económica del país provocando una renuencia por parte de los empresarios a seguir operando con la Banca “Nacionalizada”.

Esta situación, trajo consigo el surgimiento de intermediarios financieros que, utilizando medios alternativos al crédito tradicional que, por ley sólo podía brindarlo la banca, atendieron las necesidades de financiamiento del sector empresarial, dicho de otra manera, los empresarios financieros del país, aprovechando el nicho de oportunidad creado por la incompetencia y falta de confiabilidad de la banca de gobierno, echan mano de herramientas financieras alternas, tales como el factoraje y el arrendamiento financiero, a fin de colocarlos entre el sector empresarial hambriento de recursos para sus objetos.

Así las cosas, encontramos que, a partir de 1986, se desarrolla en nuestro país un gran interés por el factoraje como servicio financiero, alentado, por las crecientes necesidades de capital de trabajo de empresas industriales y comerciales, principalmente las micro y pequeñas empresas, iniciándose de esa manera la operación de nuevas empresas de factoraje financiero y de nuevos productos dentro de esa modalidad, constituyéndose como grupos financieros privados (15); sin embargo, debemos recordar que las operaciones de factoraje aun no habían sido reguladas por ley alguna, por lo que estas se ajustaban en lo conducente a las diversas leyes comerciales vigentes en el momento.

La autoridad, ante la presencia de este auge irrefrenable de las empresas de factoraje financiero, optó por reconocer la necesidad de regularlas y darle un marco adecuado conforme al cual se propiciara la permanencia y crecimiento de las mismas, con tal objeto, expide el decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, publicado el 3 de Enero de 1990, mediante el que se adicionó el capítulo III-bis, que tipificó, al fin, la figura del factoraje financiero y, además, determinó las operaciones que

14. Pazos de la Torre, Luis. *“La Estatización de la Banca”*, Ed. Diana, México 1982, pp. 13-15.

15. *Nacional Financiera, S.N.C./Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, A.C., Ob. Cit., p. 87.*

las empresas de este giro pueden realizar y los límites que propician la seguridad en las operaciones concertadas, entre otras disposiciones.

Aunado a lo anterior, el 14 de Enero de 1991, se publicó el decreto que emitió las reglas básicas para la operación del factoraje financiero que precisó ciertas disposiciones incluidas en las reformas de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Con una legislación *ad hoc* y con la posterior readquisición de los bancos por la iniciativa privada, el factoraje tuvo un amplio uso durante los primeros años de la década de los noventas, surgiendo una cantidad importante de empresas que prestaban este servicio financiero ya que, era imprescindible, desde el punto de vista de la práctica negocial, que un grupo financiero contara con una empresa de éste tipo; sin embargo, en 1994, inicia la crisis de cambio de sexenio que golpeó fuertemente a este giro (como a todas las empresas financieras del país), provocando que la demanda y oferta de factoraje fuera prácticamente nula y que, las operaciones en curso, fueran en su gran mayoría, incumplidas por los clientes de las empresas factoraje, generándose así importantes pérdidas económicas tanto para los usuarios del servicio como para las prestadoras del mismo.

Actualmente y, como síntoma de la estabilización de la economía, encontramos un progresivo, aunque aun incipiente, resurgimiento del empleo del factoraje como medio alternativo de financiamiento de las empresas y, observamos, que su aplicación es cada día más frecuente, por lo que la expectativa es que, a medida que el financiamiento en nuestro país repunte, el factoraje se volverá a constituir como una importante fuente alterna de acceso al mismo.

2. CONCEPTO DEL FACTORAJE FINANCIERO.

Una vez establecidos los antecedentes necesarios para entender la creación y la necesidad de la aplicación del factoraje tanto en el plano internacional como en el de nuestro país, consideramos pertinente proceder a la definición de la figura que nos ocupa.

A nivel mundial se reconoce a la figura materia del presente trabajo, como “Factoring”; sin embargo, en México se optó por darle un nombre singular al bautizarla como “Factoraje”, muy probablemente debido a la propuesta hecha por Bauche Garciadiego en su obra “Operaciones Bancarias” (16), donde hace una libre traducción de la denominación utilizada por los anglosajones.

Como se indicó en el apartado de “Antecedentes Históricos”, la denominación original del contrato se derivó del nombre de los “Factors”, los comerciantes que le dieron vida; no obstante esto, observamos que la concepción actual de la figura poco, o nada tiene que ver con el concepto de factor que encontramos en nuestro código de comercio el cual lo describe en su artículo 309 como: “*aquél que tenga la dirección de alguna empresa o*

16. Bauche Garcíadiego, Mario, *“Operaciones Bancarias”*, ob. cit., p. 273.

establecimiento fabril o comercial o esté autorizado para contratar respecto de todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos”; como se observará más adelante, en el contrato de factoraje nunca se establece que alguna de las partes realice alguna de las funciones indicadas en dicho ordenamiento como parte de la mecánica de dicho contrato.

En atención a lo señalado, hemos considerado de utilidad práctica para éste trabajo denominar a la empresa de factoraje como El o La “Factorante”, a fin de desligar a la empresa de factoraje del incorrecto apelativo que la doctrina mexicana utiliza para referirse a ella, así como para darle una connotación propia que nos servirá para los fines didácticos de la presente monografía, como se justificará en el apartado de “Elementos del Contrato de Factoraje”

En todo caso consideramos que el origen del nombre del contrato en México, se encuentra más cercano al término “Factura”, la cual define el diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. (17), como *el documento privado, no negociable, de carácter exclusivamente probatorio, expedido por empresarios, en el cual se hace constar la mercancía o mercancías que han sido objeto de una operación comercial y su importe*, efectivamente, aunque como es obvio, la denominación no es técnicamente correcta para denominar de manera generalizada a los derechos de crédito, también es cierto que los empresarios y los ejecutivos operadores del factoraje, utilizan el término de dicha manera para denominar a cualquier documento materia de cesión de un contrato de factoraje, por lo que no resulta raro que los empresarios y financieros que manejan estas cesiones, relacionen el término factura con cualquier derecho de crédito que se genere en una relación comercial.

A manera de contar con un concepto del contrato de factoraje que sirva como cimiento del presente trabajo, nos permitimos proponer el siguiente:

El contrato de factoraje es aquél por medio del cual, una institución financiera, denominada “Factorante”, adquiere derechos de crédito, sea cual fuere la forma en la que éstos se hallen documentados, aportados por otra persona denominada “Factorado”, que los ha generado por sus actividades empresariales y que son a cargo de sus clientes a los cuales se denomina “Terceros Obligados”; transmisión la cual se efectúa mediante la celebración de una o varias operaciones de cesión de créditos accesorias al factoraje, pudiendo o no pactarse la responsabilidad solidaria del “factorado” en el cobro efectivo de los derechos cedidos.

Consideramos que esta definición viene a complementar la proporcionada en la fracción I del artículo 45-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que a continuación transcribimos:

17. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1998.

“El contrato de factoraje financiero es aquella actividad en la que, mediante contrato que celebre la empresa de factoraje financiero con sus clientes, personas morales o físicas que realicen actividades empresariales, la primera adquiere de los segundos, derechos de crédito relacionados con la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos”.

3. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FACTORAJE.

En este apartado nos avocaremos a establecer las partes y demás elementos que conforman la operativa del contrato de factoraje, para lo cual hacemos el siguiente desglose:

3.1 ELEMENTOS PERSONALES.

Este apartado corresponde al análisis de los diversos sujetos que actúan en los contratos de factoraje, estableciendo sus principales características y describiendo la función que cada uno de ellos desempeña en el acto jurídico en estudio.

Nos hemos permitido aportar una terminología elemental, a fin de distinguir con toda claridad a cada una de las partes, para lo cual utilizaremos las siguientes denominaciones:

Factorante: Es la institución que adquiere los derechos de crédito mediante el pago de una contraprestación al Factorado.

Factorado: Es el cliente del factorante, el cual cede los derechos precitados, mismos que provienen de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos.

Terceros obligados: Son los deudores de los derechos de crédito que son cedidos a la Factorante.

Una vez establecidas estos apelativos, procederemos al análisis de cada una de estas partes.

3.1.1 LA FACTORANTE.

3.1.1.1 Función: Como lo mencionamos con anterioridad, la factorante, es la empresa financiera que adquiere de sus clientes (los factorados), derechos de crédito relacionados a la proveeduría de bienes o servicios o de ambos.

Contra la recepción de estos derechos de créditos, el factorante debe pagar una contraprestación al factorado, la cual normalmente consiste en el monto de los derechos de crédito menos el aforo respectivo, esto es, descontando una cantidad al valor nominal de los mismos.

Una vez recibidos los derechos de crédito, el factorante debe proceder al cobro de los mismos, que ahora le pertenecen, para lo cual deberá realizar los trámites conducentes con los deudores respectivos, o sea, con los terceros obligados, aunque también puede pactarse la modalidad de que se delegue esta cobranza mediante la expedición de un mandato al factorado para que él reciba las cantidades correspondientes y se las entregue.

Adicional a la función anterior, el factorante puede realizar otro tipo de servicios, tales como la administración de cobranza, actuar como buró de información respecto al comportamiento de los pagos de los clientes de los factorados analizando el grado de solvencia de estos, clasificarlos en función de ésta y asignar una línea de riesgo a cada uno de ellos (18), etc.

La función del factorante debería limitarse a lo señalado con anterioridad; sin embargo, observamos en la práctica que, en realidad el factorante se convierte en un auténtico acreditante al fijar en el contrato respectivo, cláusulas en las cuales acredita recursos al factorado y le fija un plazo para el reembolso de la cantidad dispuesta, más el pago de intereses por el costo del financiamiento, lo cual, en principio, es incompatible con la naturaleza del factoraje generándose así un desvirtúo de nuestro contrato; sin embargo, dicho análisis no es materia del presente texto, por que nos limitaremos al estudio general que nos ocupa.

3.1.1.2 Características: Solo pueden desempeñar este papel, las personas morales que cuenten con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para constituirse como empresas de factoraje financiero (con las reformas a la Ley de instituciones de Crédito, también pueden serlo las instituciones de banca múltiple, lo cual observamos en la parte final de este apartado), que reúnan las características y se apeguen a lo indicado en el artículo 8 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, del cual referimos lo más trascendente:

- El factorante debe ser, en cuanto a su forma, una sociedad mercantil constituida bajo la modalidad de Sociedad Anónima, por lo que debe sujetarse a las disposiciones generales indicadas en la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- En cuanto a su modalidad, debe ser una Empresa de Factoraje, por lo que también debe sujetarse a lo señalado en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y a las Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Junio de 1991.
- El capital mínimo necesario para la constitución de esta sociedad deberá estar totalmente suscrito y pagado.
- Se excluye del capital social a las personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, otras organizaciones auxiliares del crédito, salvo que se

trate de una fusión, ni podrán participar las instituciones de fianzas o sociedades mutualistas de seguros.

18. *Hispafactor, Las 55 primeras preguntas del Factoring, Folleto Informativo, impreso por Martín Álvarez, Hnos., Madrid, España, 1990, p. 20*

- La duración de la sociedad es indefinida.
- Salvo el gobierno federal, las instituciones de crédito, de seguros y casas de bolsa, las sociedades controladoras referidas en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, los accionistas de organizaciones auxiliares de crédito y las organizaciones mismas, siempre y cuando el fin lo sea una fusión y las instituciones financieras del exterior, pueden adquirir el control de acciones por mas del 10% del capital pagado del factorante.
- El número de administradores no podrá ser inferior a 5.
- El domicilio social debe estar en el territorio de la República.
- El capital contable será por un monto no menor a la cantidad que resulte de aplicar un porcentaje que no será inferior al 6%, a la suma de sus activos y en su caso, de sus operaciones causantes de pasivo contingente, expuestos a riesgos significativos.
- De sus utilidades separarán, por lo menos, un 10% hasta alcanzar una suma igual al importe del capital pagado, como fondo de reserva.
- El capital mínimo pagado de las empresas de factoraje, según el acuerdo en el que se establecen los capitales mínimos pagados con que deberán de contar las organizaciones auxiliares del crédito y las casas de cambio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de Abril de 1998, el cual indica que debe ser por la cantidad de \$21'671,000.00 M.N.
- La escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma deberán ser sometidas a la previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Complementan a las disposiciones señaladas con anterioridad, las reglas básicas para la operación de empresas de factoraje financiero publicadas el 14 de Enero de 1991, en donde encontramos diversas disposiciones de orden regulatorio conforme a las cuales debe apegarse el factorante para actuar, entre las cuales encontramos:

Regla Primera: Se indica el período durante el cual la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, establece el capital mínimo pagado necesario para constituir o mantener en operación a las empresas de factoraje financiero.

En el Diario Oficial del jueves 15 de julio de 1993, encontramos que la regla establecida para el capital contable mínimo, es que las empresas de factoraje deben mantenerlo no menor al 6% de sus activos y, en su caso, de sus operaciones causantes de pasivos contingente.

Regla Segunda: La integración del capital contable del factorante.

Regla Cuarta: El porcentaje al cual debe ajustarse el factorante en los diversos rubros de activos y operaciones causantes de pasivo contingente.

Regla Octava: Las actividades mediante las cuales el factorante puede adquirir pasivos, entre las cuales se encuentran la adquisición de préstamos y créditos de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas del país o de entidades financieras del exterior; préstamos y créditos mediante la suscripción de títulos de crédito emitidos en serie o en masa para su colocación pública y préstamos de proveedores para adquirir activos fijos.

Regla Décima: Regula la forma en que las obligaciones subordinadas emitidas por el factorante se computarán como capital contable.

Respecto a estas reglas, cabe citar a Acosta Romero, (19), quien señala que constituyen un verdadero reglamento de ley (la de organizaciones y actividades auxiliares de crédito); sin embargo, éste no fue expedido por el C. Presidente de la República, sino por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, situación que es irregular.

El artículo 45-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, por su parte, fijan las actividades permitidas a las factorantes, a saber:

- Celebrar contratos de factoraje financiero.
- Obtener préstamos o créditos conforme a las reglas básicas citadas con anterioridad.
- Emitir obligaciones subordinadas conforme a las reglas básicas señaladas con anterioridad.
- Descontar, dar en garantía o negociar en cualquier forma los títulos de crédito o derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje.
- Constituir depósitos en instituciones de crédito del país o entidades financieras del exterior.
- Adquirir bienes muebles e inmuebles destinados a sus oficinas o necesarios para su operación.
- Adquirir acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para prestarles sus servicios.
- Prestar servicios de administración y cobranza de derechos de crédito.

Por otra parte, el artículo 45-T de la citada Ley, indica las actividades que les están prohibidas a las factorantes.

- Operar con sus propias acciones, salvo los casos previstos en la Ley del Mercado de Valores, esta es una prohibición común a las instituciones financieras y tiene por finalidad el evitar prácticas viciosas en el mercado de valores, mediante las cuales se pudiere aprovechar información confidencial para alterar artificialmente el precio de las acciones.
- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de las empresas de factoraje, los directores generales o gerentes generales, los comisarios, los auditores externos de la factorante; o los ascendientes o descendientes en primer grado, cónyuges, de las personas anteriores. Es obvia la pertinencia de esta Recibir depósitos bancarios de dinero; disposición mediante la cual se evita que las empresas de factoraje financiero se conviertan en auténticos intermediarios financieros.

- Otorgar fianzas o cauciones.

19.-Acosta Romero, Miguel. *Nuevo Derecho Bancario*. México, Editorial Porrúa, 2000. pp. 956-957.

- Enajenar los derechos de crédito objeto de un contrato de factoraje financiero al mismo cliente del que los adquirió o a empresas vinculadas con éste o integradas con él en un mismo grupo. Mediante esta disposición se pretende evitar la práctica viciosa mediante la cual se disfraza a un contrato de crédito con la figura de un factoraje.
- Adquirir bienes no destinados a sus oficinas. Si por adjudicación o cualquier otra causa los adquirieren, deberán proceder a su venta, la que se realizará en el plazo de un año, si se trata de bienes muebles y dos si son inmuebles. Esta prohibición impide que las empresas de factoraje desvíen recursos hacia actividades que no les son propias.
- Realizar operaciones con oro, plata y divisas. Se exceptúan las operaciones con divisas relacionadas con financiamientos o contratos que se celebren en moneda extranjera, o cuando se trate de operaciones en el extranjero vinculadas a su objeto social. Dicha disposición evita que las empresas de factoraje realicen operaciones que son propias de otras actividades auxiliares del crédito.
- Adquirir derechos de crédito a cargo de subsidiarias, filiales, controladoras o accionistas de las propias empresas de factoraje financiero, a excepción de la adquisición de instrumentos financieros emitidos por las instituciones de crédito. La finalidad de esta disposición es, de nueva cuenta, el evitar prácticas fraudulentas en el ejercicio del factoraje.
- Descontar, garantizar y, en general, otorgar créditos distintos de los expresamente autorizados en ésta ley, y
- Realizar las demás operaciones que no les estén expresamente autorizadas.

3.1.1.3 Obligaciones de la Factorante: Al celebrar los contratos de factoraje, al factorante le surgen diversas obligaciones tales como:

- Entregar al factorado la contraprestación pecuniaria que se pacte en el contrato, la cual normalmente corresponde al valor nominal contenido en los derechos de crédito que le son cedidos, menos un descuento, denominado "aforo", que corresponde a las prácticas financieras relacionadas con la asunción del riesgo del cobro de los precitados derechos.
- Respetar la línea de factoraje que en su caso conceda al factorado, siempre y cuando se den los supuestos pactados y el factorado cumpla con las condiciones establecidas.
- En su caso, hacer devolución al factorado, de la cantidad aforada sobre el valor nominal de los derechos de crédito.
- Hacer devolución al factorado o al tercero obligado, de los documentos que amparen los derechos de créditos conforme estos vayan siendo liquidados según lo pactado en el contrato de factoraje,
- Prestar asistencia técnica al factorado según se pacte, que pudiese consistir en administrar la cobranza de cartera no cedida, prestar servicio de información sobre la solvencia y antecedentes comerciales de sus clientes, etc., siempre y cuando así se pacte en el contrato respectivo (20).

20. Cogorno, Eduardo Guillermo, *“Teoría y Técnica de los Nuevos Contratos Comerciales”*, Ediciones Meru, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 167.

- En caso de que se trate de un factoraje sin recurso, el factorante deberá asumir el riesgo sobre la incobrabilidad de los derechos de créditos que le fueran cedidos.
- En general, mantener vigente la autorización que le ha otorgado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a fin de seguir operando como empresa de factoraje y, por ende, contratar el factoraje financiero (21).

3.1.1.4 De las Instituciones de Crédito como Factorantes: Hasta el año próximo pasado, sólo las empresas de factoraje constituidas conforme a la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, podían llevar a cabo contratos de factoraje; sin embargo a raíz de las reformas a la Ley de Instituciones de Crédito del 4 de Junio del 2001 (22), se ha dado a las instituciones de banca múltiple la posibilidad de realizar contratos de factoraje.

En efecto, mediante la adición de la fracción XXVI al artículo 46 de la referida ley, encontramos que se concede a los bancos la potestad de celebrar contratos de factoraje financiero.

Esta reforma es de enorme trascendencia ya que, desde nuestro punto de vista, traerá dos consecuencias importantes, una negativa, ya que, por un lado, irá eliminando la especialización financiera que tienen las empresas de factoraje financiero con su consabido “know how” que, en principio, implica el debido uso de la figura del factoraje, por un empleo de la figura desvirtuado a las conveniencias de la institución de crédito, la cual la empleará para otorgar créditos “disfrazados” de factoraje; de hecho, en la práctica financiera ya observamos esta tendencia, por lo que consideramos que debido a la reforma, esto cundirá indiscriminadamente.

Por otro lado, encontramos que los beneficios que podrá traer esta reforma es la consolidación financiera del factorante, ya que al darse este cambio, la lógica indica que sólo permanecerán en el mercado las empresas de factoraje financiero pertenecientes a un grupo financiero, o en definitiva, sólo los bancos tendrán la posibilidad de competir con tasas atractivas para los factorados, lo cual redundará en un beneficio para los empresarios usuarios de la figura.

3.1.2 EL FACTORADO

3.1.2.1 Función: En breve, podríamos mencionar que el factorado es el cliente del factorante, esto es, el empresario que procede a la cesión de derechos de crédito a favor de la empresa de factoraje, el cual reviste las siguientes

21. *Revista Cuadernos de Derecho* no. 56, publicada en Agosto del 2001, p. 48.

22. *García y García, Miguel y Rivera Rodríguez, Rafael, Compiladores, Contratos Bancarios, México, D.F., Textos Jurídicos Bancomer, 1999, p. 491.*

3.1.2.2 Características: La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, su interpretación y la práctica financiera, indican que el factorado asume las siguientes características:

- El artículo 45-A de la citada ley indica que el factorado puede ser una persona física o una persona moral. Nosotros agregaríamos, que en caso de tratarse de una persona física ésta deberá tener el régimen fiscal de prestador de servicios empresariales, según lo comprobaremos mas adelante.
- El factorante debe ser un empresario que provea bienes o servicios, ya que los derechos de créditos que pueden ser cedidos al factorado, necesariamente deben provenir de dichas actividades.
- El giro de la empresa al que se dedique el factorado debe ser compatible con el manejo de cuentas por cobrar.
- Para ciertos tipos de factoraje, el factorado deberá tener la solvencia económica suficiente para hacer frente a la falta de pago de los derechos de crédito por parte de los terceros obligados.

3.1.2.3 Obligaciones del Factorado: Al factorado le nacen diversas obligaciones en la relación jurídica, provenientes tanto de la ley como convencionales, originadas principalmente por ser parte “pasiva” en un contrato de adhesión como lo es el de factoraje, las cuales podríamos señalar de manera enunciativa:

- El artículo 45 E, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, establece que los factorados tienen la obligación de garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el factoraje.
- En caso de que se establezca la modalidad del factoraje con recurso, el factorado tendrá la obligación de responder solidariamente con los deudores de los derechos de crédito (terceros obligados), por el pago de los mismos, de conformidad con lo establecido en la fracción I del artículo 45 B de la referida ley.
- El artículo 45 F de la citada ley, indica que el factorado responderá del detrimento en el valor de los derechos de crédito objeto de los contratos que sean consecuencia del acto jurídico que les dio origen, salvo los que estén documentados en títulos de crédito. Esta disposición pretende subsanar los posibles vicios ocultos que pudiesen conllevar los derechos de crédito cedidos, tales como la defectuosa relación empresarial llevada entre el factorado y sus clientes (terceros obligados en el contrato de factoraje) que pudiere generar una reclamación de nulidad del referido derecho por parte de estos y, en consecuencia, inutilice dicho derecho para ser cedido, (23), la excepción relativa a los créditos documentados en títulos de crédito se explica en atención a la característica de autonomía de los mismos.

- En caso de darse el supuesto indicado en el punto anterior, los contratos de factoraje de adhesión indican usualmente, que el factorado tendrá la obligación de sustituir los créditos transmitidos en el contrato de factoraje por otros carentes de vicios ocultos a satisfacción del factorante.
- Relacionado con los puntos anteriores, se indica que los créditos transmitidos deben ser de exclusiva propiedad del factorado, que no hayan sido embargados ni gravados de manera alguna ni que hayan caducado o prescrito.
- Salvo pacto en contrario, los factorados deben transmitir todos los derechos accesorios inherentes a los derechos de crédito cedidos al factorante, tales como el derecho al cobro de intereses ordinarios y moratorios, pago de penas convencionales, garantías personales y reales, etc., esto, según lo dispuesto por el artículo 45 I de la multicitada ley.
- Usualmente se pacta en los contratos de factoraje, que el factorado tiene la obligación notificar al factorante cualesquier modificación a sus estatutos sociales o respecto al otorgamiento, modificación o revocación de poderes, con objeto de que el factorante este enterado de los posibles cambios sustanciales en la estructura corporativa de su cliente.
- Cubrir al factorante todas las cargas financieras pactadas en los contratos de factoraje.
- En el caso de cobranza delegada o de incorrecta recepción de pagos por derechos de créditos cedidos al factorante, hacer entrega a la brevedad a éste, de las cantidades recibidas.

3.1.3 LOS TERCEROS OBLIGADOS

La fracción I del artículo 45 A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, denomina a estos terceros como "clientes"; sin embargo, con la finalidad de evitar las confusiones que pudiere causar la terminología citada, llamaremos a los deudores de los derechos de crédito cedidos a los factorantes, "terceros obligados".

3.1.3.1 Función: Aunque estos sujetos, por regla general, no comparecen al contrato de factoraje financiero, su papel es importante ya que, en principio, ellos son los obligados a responder por el pago de los créditos cedidos a la empresa de factoraje como consecuencia de ser los clientes de los factorados que han suscrito los documentos en los cuales se instrumentó un crédito a favor de estos, lo cual fue cedido con posterioridad a la empresa de factoraje.

3.1.3.2 Características: Analizando de nueva cuenta la fracción I del art. 45-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, encontramos que los terceros obligados pueden ser personas físicas o morales.

Podríamos agregar a la escueta referencia de la ley, que estos terceros tendrían que ser personas con capacidades suficientes para llevar a cabo actos de comercio con los factorados y que normalmente se tratan de empresarios que, por su mismo objeto social o actividad de negocios, adquieren los bienes y servicios de los empresarios-factorados y, por las necesidades comerciales inherentes, convienen el pago a plazo documentando los créditos inherentes en documentos que posteriormente serán negociados con las factorantes.

3.1.3.3 Obligaciones: En atención a que los terceros obligados normalmente no comparecen al contrato de factoraje (salvo en el caso del factoraje a proveedores), su obligación se limita al contenido de los documentos a su cargo en los cuales conste el derecho de crédito cedido a los factorantes.

Por lo tanto, los terceros obligados deberán pagar el crédito ya sea a la empresa de factoraje o, en el caso de cobranza delegada, al factorado en los términos contenidos en el documento que represente el derecho de crédito a su cargo.

A este respecto es conveniente indicar que la única forma que tiene el factorante para obligar a los terceros obligados a que le hagan directamente el pago, es mediante la notificación fehaciente que le haga a éstos en conformidad con lo establecido por los artículos 45 H, 45 I y 45 J de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, lo cual ameritará ulterior análisis.

Como lo esbozamos con anterioridad, la excepción a la regla establecida en los párrafos precedentes, la encontramos en el caso del factoraje a proveedores que se encuentra pactado en la fracción II del artículo 45 C de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, en el cual, los terceros obligados contratan directamente con el factorante, por lo que sus obligaciones se incrementarán en la medida de lo pactado en el contrato correspondiente y que analizaremos en un capítulo posterior.

3.2 ELEMENTOS REALES.

Los elementos reales del contrato de factoraje son los documentos en los cuales constan los derechos de crédito que cede el factorado al factorante a cargo de los terceros obligados, los cuales deben guardar las siguientes características, según lo dispuesto en los artículos 45-A y 45-D de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito:

- Deben provenir de actividades empresariales relacionadas con la proveeduría de bienes, servicios o ambos,
- Deben estar representados por documentos de naturaleza mercantil tales como títulos de crédito, contrarrecibos, vales, libranzas, o cualquier otro documento denominado en moneda nacional o extranjera.
- No deben estar vencidos.
- Pueden ser proporcionados por personas nacionales o extranjeras.

- No deben estar prescritos ni caducos.

3.3 ELEMENTOS FORMALES.

Como se mencionó en su oportunidad, deducimos del artículo 47 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, que el contrato de factoraje financiero exige la forma escrita, ya que para poder ejercer una acción de cobro en contra de los obligados, es necesario acompañar dicho documento a la demanda respectiva.

A pesar de que ni la ley ni los criterios jurisprudenciales exigen la formalidad de ratificar el contrato de factoraje, es recomendable hacerlo para evitar posteriores cuestionamientos por parte de los factorantes respecto a la veracidad de la manifestación del consentimiento.

En la práctica, las empresas de factoraje financiero optan por formalizar de la manera más segura posible sus contratos, por lo que usualmente vemos que estos son ratificados ante fedatario público y, en ocasiones, hasta en escritura pública.

Por su parte, para hacer valer los derechos contenidos en los contratos de factoraje frente a terceros, es necesario que éste sea inscrito en el registro público de la propiedad y del comercio que corresponda, lo cual es particularmente importante para el caso de que exista una garantía prendaria otorgada al amparo del factoraje.

En relación con el punto de las garantías reales, en caso de que se otorgare una hipoteca en el contrato de factoraje o en documento aparte, encontraremos que deberemos seguir las reglas del Código Civil, por lo que será necesario constituir dicha garantía en escritura pública y hacer la inscripción correspondiente en el registro público respectivo.

4. DE LA MECÁNICA DEL FACTORAJE

Una vez establecido el concepto del factoraje y sus elementos, procederemos a estructurar la mecánica de su contratación y de los actos jurídicos que van implícitos en el mismo, a fin de comprender cabalmente todas las partes que hacen compleja a esta figura.

Efectivamente, la estructura del factoraje es compleja debido a la serie de actos jurídicos que la componen, ya que, a diferencia de otros contratos mercantiles, esta figura no se basta con la sola celebración del contrato en sí, sino que requiere de elementos técnicos y contratos “auxiliares”, que le ayuden a cubrir los requerimientos que le son exigidos para el cumplimiento de su fin.

A continuación, describiremos las etapas de las cuales se compone el proceso de contratación de un factoraje.

4.1 Análisis Financiero. Estudio de Viabilidad.

Una vez que el presunto cliente de la empresa de factoraje hace la solicitud a la factorante para que celebre con ella un contrato aislado de factoraje, o bien, le abra una línea de factoraje al cobijo de la cual pueda realizar una serie de operaciones de esta naturaleza, la empresa de factoraje financiero, debe analizar la capacidad de cumplimiento de las condiciones financieras por parte de su cliente.

Con dicho fin la factorante utiliza, a manera supletoria, los criterios generales indicados en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establece los puntos a considerar para el otorgamiento de operaciones activas a los Bancos, tales como:

- La viabilidad de los proyectos de inversión respectivos
- Los plazos de recuperación de estos.
- Las relaciones que guardan entre sí los distintos conceptos de los estados financieros del solicitante
- La calificación administrativa y moral del presunto cliente

4.1.1 “Covenants”: Una vez analizada la viabilidad del solicitante, en base a sus características propias, se autoriza la celebración del contrato de factoraje, constriñendo las futuras operaciones a determinadas condiciones, tales como:

- Límite de la línea (el monto) de factoraje
- Vigencia de la línea
- Tipo de cobranza (directa o delegada)
- Plazo de las cuentas por cobrar
- Autorización de los terceros obligados que aceptará la factorante.
- Límites de crédito individuales por comprador.
- Porcentaje del aforo.
- Determinación de garantías personales y/o reales.
- Cláusulas especiales de hacer o no hacer.

4.2 Contrato Maestro: Establecidas las condiciones conforme a las cuales será llevada la relación entre el factorante y el factorado, se procede a la celebración del contrato de factoraje, al cual denominaremos para efectos prácticos, como “contrato maestro”, lo cual hemos tomado del concepto de Alterini del “contrato marco”, respecto al cual señala que en estos tipos de contratos se establecen las bases negociales y contienen las reglas a las que serán sometidos los futuros contratos de ejecución (24), por ser éste el eje conforme al cual girará toda la mecánica de la relación jurídica.

Normalmente, el contrato maestro es un contrato de adhesión que la empresa de factoraje financiero presenta al factorado ya elaborado incluyendo las condiciones referidas en el apartado anterior, contra las cuales, el factorante poco o nada puede oponer, es decir, el factorante es el que establece las cláusulas que regirán el factoraje, las cuales deberá aceptar el factorante si quiere que opere la relación jurídica en cuestión.

24. Alterini, Atilio Anibal, *Como redactar un contrato*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, p.54.

Otra característica operativa de este contrato es que, normalmente, el contrato de factoraje es sólo un contrato marco ya que, normalmente en éste no se establece una cesión específica de derechos, sino que sólo regula las condiciones conforme a las cuales se llevarán a cabo dichas cesiones, lo cual, se efectúa en los anexos que serán celebrados con posterioridad.

Lo anterior es entendible por la característica de línea financiera que tiene el factoraje, esto es, que el factoraje admite múltiples cesiones a su amparo, de tal manera que no es necesario establecer todo el proceso que se refiere en el presente capítulo, cada vez que el factorante necesite ceder derechos de crédito.

Sin embargo, de lo anterior, podría desprenderse que en realidad el contrato maestro, no es más que una promesa de factoraje (25), ya que, como lo dijimos anteriormente, en el momento de su celebración sólo se establece un compromiso mediante el cual la factorante se compromete a abrir una línea de factoraje y las condiciones conforme a las cuales operará la misma, pero la real cesión de los derechos de crédito y, por lo tanto, el surtimiento de efectos de las cesiones, no se dará sino hasta que sean suscritos los anexos mediante los cuales se hace la transmisión de los multicitados derechos de crédito, como lo veremos en el apartado siguiente.

4.3 Anexos de Cesión: Estos documentos son una creación de la práctica financiera ya que, la Ley de Organismos y Actividades Auxiliares no los contempla en su articulado; sin embargo, consideramos que los mismos no violan disposición alguna y, además, complementan expresamente al contrato de factoraje, razón por la cual estimamos que los mismos son totalmente asimilables a la figura.

Como lo hemos comentado, originalmente es celebrado un contrato de factoraje “maestro” que establece las condiciones generales de operación del factoraje; sin embargo, las cesiones de derechos de crédito (que es el punto medular del factoraje), no se da sino hasta que las partes suscriben estos anexos.

Una de las cláusulas más importantes del contrato de factoraje, es la que establece que las consecuentes cesiones de derechos de crédito, serán celebradas mediante la firma de anexos, en los cuales se describirán detalladamente los documentos materia de la cesión, indicando sus características mas importantes, tales como: el tipo de documento en el cual se contiene el derecho de crédito, su monto, la fecha de vencimiento del crédito, su número de identificación (si es que se estableció alguno), la tasa de interés pactada, etc.

Asimismo, en el anexo, se hace una mención sucinta de las principales condiciones del contrato de factoraje, tales como el plazo de la línea concedida, el aforo a cobrar, el interés a cobrar al factorado, la cláusula en la que se pacta la celebración de los anexos como complemento al contrato, etc.

25. Hegewisch Díaz de Infante, Fernando, *Derecho Financiero Mexicano*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, p. 364.

En caso de que se trate de cobranza directa, en el acto de suscripción de los anexos, también deberán entregarse físicamente los documentos en los cuales consten los créditos a ceder.

Como puede desprenderse de lo anterior, estos anexos son en realidad verdaderos contratos de cesión; sin embargo, los mismos tienen una relación de causalidad con el contrato de factoraje, ya que, las cesiones son celebradas al amparo de dicho contrato con el objeto de que sean surtidos los efectos de las condiciones allá pactadas.

4.4 Pagarés Causales: Estos pagarés van ligados a los anexos referidos y sirven para documentar la disposición de recursos por parte del factorado como consecuencia de la cesión de los créditos.

La práctica financiera ha establecido que sea suscrito un pagaré de disposición en cada una de las cesiones de derechos de crédito como protección jurídica para la empresa de factoraje en caso de que el factorado niegue la recepción de recursos como contraprestación a la cesión de créditos efectuada.

Al igual que en el caso de los anexos de cesión, estos pagarés señalan de manera expresa su relación de causalidad con el contrato de factoraje, por lo que, desde nuestro punto de vista, pierden su característica de autonomía, razón por la que no es dable el intentar reclamar su pago de manera independiente al contrato respectivo.

Cervantes Ahumada (26), menciona que la literalidad de los títulos de crédito puede verse afectada por elementos extraños al título mismo.

De lo anterior asumimos que el pagaré causal del factoraje se ve afectado por los términos de dicho contrato, ya que en el texto de aquél se indica que el pagaré es suscrito al amparo de éste y, por lo tanto, las condiciones predominantes serán las del factoraje, en consecuencia, consideramos que la factorante tendría un impedimento para negociar el documento en independencia del total de los derechos que le concede el factoraje.

Existen otros casos en los cuales son suscritos pagarés a la luz del contrato de factoraje con finalidades distintas a la referida con anterioridad, los cuales indicamos a continuación:

En el caso referido en el artículo 45-G de la Ley General de Organismos y Actividades Auxiliares del Crédito, donde se establece que es factible suscribir pagarés a la orden de la empresa de factoraje, por el importe total de las obligaciones asumidas por los factorados en el caso de los contratos de factoraje con recurso, esto es, que en estos tipos de factorajes, se establece un medio adicional de constitución de la obligación solidaria de los factorados.

26. Cervantes Ahumada, Raúl, *“Títulos y Operaciones de Crédito”*, ob. cit

Por otra parte, es importante comentar el caso del factoraje a proveedores, donde la operación se documenta prácticamente mediante la simple suscripción de pagarés.

4.5 Mandatos para Cobranza Delegada: En la mayoría de los contratos de factoraje, la empresa de factoraje delega la cobranza de los derechos de créditos que le han sido cedidos, a su cliente, esto es, al factorado, con objeto de evitarse la administración de la referida cobranza, lo cual es particularmente entendible en el caso de cesiones de cartera muy pulverizada, esto es, cuando se trata de una cantidad importante de distintos deudores de los créditos transmitidos.

Así las cosas, la empresa de factoraje recurre al contrato de mandato, mediante el cual ordena al factorante que proceda a la cobranza respectiva.

Obviamos en el presente trabajo las características generales del contrato de mandato pero consideramos pertinente hacer las siguientes precisiones:

- El mandato se otorga en su modalidad de pleitos y cobranzas.
- Es especial con la indicación expresa de que sólo podrán ser cobrados por el mandatario los derechos de créditos precisamente referidos por la mandante-factorante.
- Siempre se especifica que es gratuito a fin de que el mandatario-factorado, no pretenda retribución alguna por tal concepto.
- Se establece como obligación del mandatario, la entrega al mandante-factorante de los recursos que cobre en un plazo determinado, en la inteligencia de que en caso de que esto no se verifique se le aplicará una pena convencional. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades penales que correspondan.

4.6 Notificaciones a los terceros obligados: Siguiendo las reglas de la cesión de derechos, encontramos en el artículo 1924 del Código Civil de Nuevo León, que no se necesita el consentimiento del deudor para que un derecho de crédito sea cedido (la única excepción es el caso en el cual se haya pactado de manera expresa en el título constitutivo del crédito dicha salvedad).

No obstante, lo anterior, en el caso de la cobranza directa, es importante notificarle a los terceros obligados la cesión del derecho de crédito a favor de la empresa de factoraje a fin de que les surta efectos, conforme a lo indicado en el artículo 45-I de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

En relación con lo anterior, encontramos lo dispuesto por el artículo 45-J del referido ordenamiento, el cual señala que, en caso de que esta notificación no se lleve a cabo, el tercero obligado puede liberar su obligación pagando al acreedor original (el factorante) o al último titular, según corresponda, mientras no se le haya notificada la transmisión.

La notificación precitada, debe hacerse conforme a las reglas establecidas en el artículo 45-K de la multicitada ley, que indica que se harán en los términos de las disposiciones fiscales, a través de cualquiera de las formas descritas a continuación:

1. Mediante la entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en los que conste el sello o leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contraseña, contrarrecibo o cualquier otro signo inequívoco de recepción.
2. Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, telex o facsimil, contraseñados o cualquier otro medio donde se tenga evidencia de su recepción por parte del deudor, y
3. Notificación realizada por fedatario público.

En los casos señalados, la notificación deberá ser realizada en el domicilio de los deudores, pudiendo efectuarse con su representante legal o cualquiera de sus dependientes o empleados.

Para los efectos de la notificación a que alude el párrafo anterior, se tendrá por domicilio de los deudores el que señale en los documentos en que consten los derechos de crédito objeto de los contratos de factoraje.

El pago que realicen los deudores al acreedor original o al último titular después de recibir la notificación a que se refiere este precepto, no los libera ante la empresa de factoraje financiero.

La notificación se tendrá por realizada al expedir los deudores contraseñas, sello o cualquier signo inequívoco de haberla recibido por alguno de los medios señalados en el artículo en referencia.

Asimismo se les establece una obligación a las empresas de factoraje devenido de lo indicado en el artículo tercero transitorio del decreto que reformó la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito el 15 de Julio de 1993, el cual señala que tendrán un plazo de 30 días hábiles para dar cumplimiento a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 45-K, contado a partir de la entrada en vigor del referido decreto, esto es, que las notificaciones deberán ajustarse a los términos de las disposiciones fiscales.

5. TIPOS DE FACTORAJE.

El contrato de factoraje puede revestir diversas modalidades que se adecuan a las necesidades de las partes que intervienen en su operación, las cuales precisaremos a continuación.

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, sólo reconoce cuatro modalidades del factoraje; sin embargo, de éstas, sólo dos pueden ser consideradas

como contratos principales, siendo el resto promesas, por lo que, para efectos de este trabajo, dividiremos en dos categorías los tipos del factoraje, dentro de las cuales, incluiremos sus respectivas especies.

5.1 CONTRATOS PRINCIPALES.

Marco General de la Operación del Contrato de Factoraje.

El contrato de factoraje fue definido en un capítulo previo; sin embargo, consideramos conveniente proporcionar de nueva cuenta el concepto que del mismo nos brinda la fracción I del artículo 45-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, el cual proporcionamos a continuación:

“El contrato de factoraje financiero es aquella actividad en la que mediante contrato que celebre la empresa de factoraje financiero con sus clientes, personas morales o personas físicas que realicen actividades empresariales, la primera adquiera de los segundos derechos de crédito relacionados con la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos”.

Como puede observarse, esta definición nos proporciona el marco general conforme al cual opera el factoraje, del cual surgen las modalidades a que nos referiremos más adelante; sin embargo, consideramos indispensable establecer la mecánica esencial de la figura para entender claramente las variaciones que sobre el tema se pueden practicar.

De la mecánica del factoraje podemos establecer los siguientes pasos.

1. Se presupone que, previo a la celebración del factoraje, el factorado, que es un empresario proveedor de bienes o servicios, ha realizado operaciones con sus clientes (a los cuales llamamos terceros obligados en concordancia con las denominaciones propuestas en la presente monografía), de lo cual han surgido derechos de crédito a favor del factorado como consecuencia de las prácticas comerciales de diferir el pago de los bienes y/o servicios prestado.
2. Estos derechos de crédito, son cedidos por el factorado a la factorante.
3. El factorante, mediante el pago de una contraprestación a la factorada, asume la propiedad de los derechos de crédito.
4. La factorante, procederá al cobro de los derechos de crédito asumidos

Como lo mencionamos con anterioridad, de esta sencilla operación, se derivan las siguientes modalidades tipificadas en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, a saber:

5.1.1 FACTORAJE PURO.

También se le conoce a este tipo de contrato como factoraje sin recurso o factoraje sin vía de regreso (27), y es, desde nuestro punto de vista, la modalidad que captura la real

esencia del “factoring” tal como fue creado, esto es, como un medio sumamente especializado, alternativo al crédito bancario tradicional.

27. De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Tomo II*, México, D.F., Editorial Porrúa, 2000.

Su tipicidad la encontramos en la fracción I del artículo 45 B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, el cual a la letra indica:

Art. 45-B.- Por virtud del contrato de factoraje, la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente en adquirir derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes:

I.- Que el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje,

La peculiaridad de este tipo de contrato de factoraje, es que el cliente o factorado, no queda obligado solidariamente con el deudor de los derechos de crédito o tercero obligado, sino que su responsabilidad se limita a responder por la veracidad de los documentos que son cedidos a la factorante.

Dicho de otra manera, el factorado, procede a la cesión de los créditos, recibe su contraprestación conforme a lo que pacte con la factorante y termina su relación con ésta, teniendo esta última la necesidad de hacer efectivos los referidos derechos con los deudores respectivos.

Señalamos con anterioridad que considerábamos que esta modalidad es, como su nombre lo indica, la más pura dentro del contrato de factoraje, ya que en ésta se dan de manera efectiva los supuestos que dieron origen a la creación de la figura, tales como:

- Se presenta el caso de un empresario que, en atención al desempeño de sus actividades, otorga créditos a favor de sus clientes a cambio de la entrega de bienes o servicios.
- En atención a los requerimientos de liquidez que en un momento dado exige su giro, necesita recursos para invertir y/o afrontar diversas responsabilidades.
- Aunque si bien cuenta con importantes activos devenidos de los derechos de crédito que tiene a su favor, no le es factible disponer de los mismos debido a que los mismos son de vencimiento futuro.
- El empresario también desea evitar la necesidad de acudir al crédito tradicional bancario, en atención a que no le hacen falta recursos frescos, sino hacer efectivos sus activos representados por cuentas por cobrar.
- Ante tal disyuntiva, su mejor opción es proceder a la cesión de los referidos derechos de crédito mediante una línea o un contrato único de factoraje financiero, con objeto de intercambiar sus créditos por el efectivo requerido.
- El rasgo más conveniente de esta operación, para el empresario (ahora factorado), es que queda sin responsabilidad frente a la empresa de factorante finiquitando su

obligación para con ella con la efectiva cesión de los créditos y, por lo tanto, dejando a cargo de la factorante, la asunción del riesgo respecto al cobro de los documentos correspondientes.

La única limitante al deslinde de responsabilidad por parte del factorado en éste modalidad de factoraje, la encontramos en la siguiente disposición:

Art. 45-F LGOAAC> Los clientes (factorados) responderán del detrimento en el valor de los derechos de crédito objeto de los contratos, que sean consecuencia del acto jurídico que les dio origen, salvo los que estén documentados en títulos de crédito, aun cuando el contrato de factoraje se haya celebrado en términos de la fracción I del artículo 45-B.

Para el caso anterior, la Asociación Mexicana de Factoraje, en su publicación denominada, *Factoraje, Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana (28)*, considera que este supuesto se da cuando el empresario factorado entregó a sus clientes (terceros obligados) mercancía en malas condiciones o no prestó el servicio como fue pactado, hubo un retraso en la entrega de las mismas o la prestación del servicio o bien, en alguna otra causa similar.

Reiteramos lo dicho, el factoraje puro rescata el espíritu creador del factoraje ya que se aleja de cualesquier confusión en su operación con la de un contrato bancario de crédito lo cual, desgraciadamente, es muy dado en la práctica financiera de nuestro país, lo cual analizaremos más adelante.

5.1.2 EL FACTORAJE CON RECURSO.

En la fracción II del artículo 45-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, encontramos el fundamento para éste modalidad, por lo que, nos permitimos transcribirlo de nueva cuenta:

Art. 45-B.- Por virtud del contrato de factoraje, la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente en adquirir derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes:

II.- Que el cliente quede obligado solidariamente con el deudor a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje.

Como ya dijimos, en este tipo de factoraje, el factorado se obliga solidariamente con los terceros obligados para el caso en que estos no cubran la obligación correspondiente.

Consideramos que lo anterior es válido desde el punto de vista de la seguridad para la recuperación de la factorante; sin embargo, estimamos también, que esto ha causado que las empresas de factoraje dejen de lado la cobranza a los terceros obligados y opten por la

vía mas cómoda que es el hacer el reclamo correspondiente a los factorados, incurriendo, en el desvirtúo de la figura al equiparar el factoraje a un mero contrato de crédito.

28. *Asociación Mexicana de Factoraje, "Factoraje, Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana", publicada por la Amefac, México, D.F., 1995,*

5.2 MODALIDADES DE LOS CONTRATOS DE FACTORAJE

Del contrato de factoraje, se han desprendido en la práctica, una serie de modalidades que son asimilables tanto al factoraje puro como al factoraje con recurso, las cuales referimos a continuación:

5.2.1 Factoraje con Cobranza Delegada:

La única implicación de esta modalidad es, como su nombre lo dice, que la factorante delega a la factorada el cobro de los derechos de crédito a los factorados, mediante el otorgamiento de un mandato especial.

El referido mandato es siempre gratuito y obliga a la factorada-mandataria, a reintegrar a la factorante de los recursos recolectados, en un plazo determinado.

Cabe señalar que esta modalidad se encuentra regulada en la regla décimo tercera de las "Reglas Básicas para la Operación de las Empresas de Factoraje Financiero", en relación con lo cual abundamos en un capítulo anterior.

5.2.2 Factoraje Internacional:

Se denomina así a los contratos de factoraje en los cuales se da uno o ambos de los siguientes supuestos:

- a) Que en el contrato intervengan factorados de nacionalidad extranjera, o
- b) Que sean cedidos derechos de crédito a cargo de terceros obligados con nacionalidad extranjera.

A su vez, esta modalidad tiene dos especies:

5.2.2.1 Factoraje de importación: Es cuando una empresa extranjera lleva a cabo operaciones de comercio internacional con alguna empresa importadora mexicana y la primera cede los derechos de sus cuentas por cobrar a la factorante.

5.2.2.2 Factoraje de exportación: Es cuando alguna empresa exportadora mexicana lleva a cabo operaciones de comercio internacional, respecto a la cual desea obtener algún tipo de financiamiento, gestión de cobro o bien protección de riesgo de crédito, para lo cual establece un contrato de factoraje con una factorante mexicana, mediante el cual le cederá los derechos de crédito de sus clientes extranjeros (29).

Este tipo de factoraje ha sido ampliamente reconocido por la comunidad internacional como se demuestra en la celebración de la Unidroit Convention on International Factoring (30), que tuvo lugar en Ottawa, Canadá el 28 de Mayo de 1988, de la cual

consideramos importante indicar la definición que da del factoraje internacional, contenido en el Chapter I, Article 1.2, que a la letra dice:

29. *Asociación Mexicana de Factoraje, “Factoraje. Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana”, publicada por la Amefac, Mexico, D.F., 1995,*

30. *Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law), “Convention on International Factoring”, obtenida de la página www.unidroit.org*

For the purposes of this convention, “factoring contract” means a contract concluded between one party (the supplier) and another party (the factor) pursuant which:

- a) the supplier may or will assign to the factor receivables arising from contracts of sale of goods of sale of goods made between the supplier and its customers (debtors) other than those for the sale of goods bought primarily for their personal, family or household use;**
- b) the factor is to perform at least two of the following functions: -finance for the supplier, including loans and advance payments – maintenance of accounts (ledgering) relating to the receivables; - collection of receivables; - protection against default in payment bu debtors**
- c) notice of the assignment of the receivables is to be given to debtors**

5.2.3 Maturity Factoring o Credit Cash Factoring: En el maturity factoring, el factorado solo cobra al pago efectuado por el tercero obligado a la empresa de factoraje, dicho de otra manera, la empresa de factoraje solo actúa como un gestor de cobranza que únicamente retribuirá al cedente una vez que obtenga el cobro de los derechos de crédito que le fueran asignados.

En el Credit Cash Factoring, la factorante descuenta el importe de los créditos, esto es, que paga la contraprestación al factorado menos un aforo, y gestiona su cobro como legítimo propietario de estos (31).

5.2.4 Factorajes con Pago Anticipado o Pago al Vencimiento: Esta modalidad se refiere a la fecha en que la parte factorada deberá hacer el pago de los intereses generados en el contrato, así, será de pago anticipado si tiene que pagar los intereses al momento de realizar la cesión de los créditos (mediante el correspondiente descuento o aforo que para tal efecto haga la empresa de factoraje), o al vencimiento en caso de que el pago se verifique en tal época, como es costumbre en nuestra práctica financiera.

5.2.5 Factoraje Inmobiliario: Aunque la denominación es técnicamente incorrecta ya que no existe un factoraje que tenga como finalidad el financiamiento de inmuebles *per se*; sin embargo, nos permitimos hacer mención a este tipo de factoraje debido a que la Asociación Mexicana de Factoraje le da un lugar en su muy particular clasificación.

En sí, se le da esta denominación en atención al tipo de factorado al que va dirigido, esto es, que se trata de una especialización del factoraje, en la cual se financia a una empresa “desarrolladora” (tales como una constructora, club deportivo o campo turístico), la cual realiza la venta de un inmueble por medio del ofrecimiento de acciones, membresías o el

título de propiedad, a una gran cantidad de compradores; los que a cambio expiden un pagaré a favor de la “desarrolladora”, quien los cede a una empresa de factoraje (32).

31. Chuliá Vicent Eduardo y Beltrán Alandete Teresa, *“Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos I”*, Ob. cit.

32. Asociación Mexicana de Factoraje Financiero y Actividades Similares, A.C., *“Factoraje, Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana”*, ob. cit.

5.2.6 Factoraje Sindicado: Se denomina así al factoraje en el que intervienen dos o mas empresas de factoraje financiero otorgando la línea o el contrato respectivo, es decir, cuando dos o mas empresas de factoraje, fungen como factorantes en una misma operación.

5.2.7 Refactoraje: La definición de esta modalidad la encontramos en la regla décimo cuarta de las “Reglas Básicas para la Operación de las Empresas de Factoraje Financiero”, la cual señala que, se entiende por una operación de refactoraje, aquella mediante la cual se transmiten, con o sin responsabilidad, los derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje, a otras empresas de factoraje financiero.

5.2.8 Habitual o Único: Este tipo de factoraje se refiere a la relación que la empresa de factoraje realiza o pretende realizar con un cliente en particular, de tal manera que, en el factoraje habitual, se tratará de una relación de línea de factoraje con el factorado (cuya solvencia ha sido ampliamente reconocida), de tal manera que será convenido un contrato maestro de factoraje al amparo del cual serán celebradas diversas cesiones de derechos de crédito durante un plazo determinado o determinable.

Por su parte, el factoraje ocasional será celebrado con un factorado respecto al cual solo le interesa a la factorante, concertar una única operación de factoraje en atención a la valía que se reconoce a los derechos de crédito a ceder, esto es, que los terceros obligados son empresas con una solvencia que garantiza la recuperación de los créditos.

5.3 CONTRATOS PREPARATORIOS.

5.3.1 EL FACTORAJE A PROVEEDORES.

He aquí una figura novedosa tipificada por primera vez, hasta donde sabemos, por nuestra legislación, la cual se encuentra definida en la fracción II del artículo 45-C de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, que transcribimos a continuación:

45-C.- Previamente a la celebración de los contratos de factoraje, las empresas de factoraje podrán:....

II.- Celebrar contratos con los deudores de derechos de crédito, constituidos a favor de sus proveedores de bienes y servicios, comprometiéndose la empresa de factoraje financiero a adquirir derechos de crédito para el caso de aceptación de los propios proveedores.

A esta figura le podríamos llamar, prácticamente, como un factoraje a la inversa, ya que en este supuesto la factorante no celebra, en principio, el contrato de factoraje con el factorado, sino con su deudor, comprometiéndose con éste, a celebrar con posterioridad los respectivos contratos de factoraje con sus proveedores (factorados), en los cuales, aceptará la cesión de derechos de crédito originados por sus operaciones con los referidos factorantes.

El Lic. José Rafael Menéndez Medina, menciona en su tesis *Análisis sobre la naturaleza jurídica de la operación denominada Factoraje a Proveedores* (33), que los principales elementos de esta modalidad, son:

- Las partes en el contrato son la empresa de factoraje y el deudor de derechos de crédito constituidos a favor de sus proveedores de bienes o servicios.
- El objeto del contrato es establecer el compromiso por parte de la empresa de factoraje financiero, para que esta adquiera de los proveedores del emisor de derechos de crédito (futuros factorantes), los referidos derechos de crédito para el caso de aceptación de los propios proveedores.
- Este es un contrato de promesa, toda vez que la celebración del mismo da origen a la obligación de la empresa de factoraje, de celebrar un (o varios) contrato(s) de factoraje financiero con el (los) proveedor(es) del deudor de los derechos de crédito.
- Puede condicionarse la celebración del(os) contrato(s) de factoraje, a la aceptación de los presuntos factorados.

Se explica esta figura con el siguiente razonamiento: existen importantes empresas generadoras (por ejemplo las cadenas de supermercados o departamentales) de cuentas por cobrar, las cuales requieren que sus proveedores puedan soportar el diferimiento en el pago motivado por las conveniencias comerciales de aquellas, por lo que le solicitan a las empresas de factoraje que respalden a sus proveedores a fin de que los tomen como factorados y, por consiguiente, puedan tener liquidez por medio de la cesión de los derechos de crédito a favor de la factorante.

Cabe señalar que el tercero obligado (comprador del servicio a su proveedor y consecuente deudor del derecho de crédito) cuenta usualmente con una reconocida solvencia moral y económica, por lo que es común que el consecuente contrato de factoraje que sea celebrado en un futuro, se realice sin recurso.

El factoraje a proveedores se opera en nuestra práctica, mediante el establecimiento de un documento entre el tercer obligado y la factorante, para que sus proveedores “vendan” a esta última los derechos de créditos generados que dicho obligado emite como pago de las mercancías adquiridas.

En la referida tesina del Lic. Menéndez (34), se sostiene la tesis de que la naturaleza jurídica del factoraje a proveedores lo es la figura de la estipulación a favor de terceros,

consagrada en los artículos del 1868 al 1872 del Código Civil para el Distrito Federal, por las siguientes razones:

33. Menéndez Medina, José Rafael, *“Análisis sobre la naturaleza jurídica de la operación denominada Factoraje a Proveedores”*, tesis profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1994, pp. 110-112.

34. *Ibidem*

1] Esta contenida en un contrato en el cual intervienen como estipulante el cliente de la empresa de factoraje y como promitente la propia empresa de factoraje.

2] La estipulación implica una obligación de hacer por parte de la empresa de factoraje consistente en celebrar con los proveedores del cliente contratos de factoraje para adquirir derechos de crédito emitidos a favor de los propios proveedores por el cliente.

3] El beneficiario directo de la estipulación (el o los proveedores), no es parte del contrato, aunque su derecho puede sujetarse a una o varias condiciones.

4] El derecho del beneficiario existe independientemente de la aceptación, repudiación o ignorancia que haga del mismo, y su deseo de ejercitarlo obliga a la empresa de factoraje en los términos y condiciones pactados en el contrato.

Por otra parte, también es importante indicar que, normalmente, en éste tipo de operaciones, es celebrado efectivamente un contrato marco; sin embargo, la documentación real de cada una de las “operaciones-cesiones”, se efectúa mediante la suscripción de un pagaré en el cual se obliga la tercera obligada con el proveedor-factorado, quien a su vez endosa en propiedad (usualmente sin responsabilidad) el título de crédito a la factorada la cual, como es consecuente, tendrá la acción cambiaria directa en contra de la deudora primaria.

No obstante lo novedoso de esta modalidad, en la práctica, ésta ha sido desvirtuada hasta convertirse en una virtual operación cambiaria debido a la usual documentación de este factoraje en títulos de crédito; sin embargo, no debemos perder de vista la mecánica conforme a la cual debe operar esta figura.

5.3.2 LA PROMESA DE FACTORAJE.

A esta operación también se le denomina en la práctica como “Factoraje de anticipo sobre pedido”, estrictamente esta figura no es propiamente una modalidad de factoraje ya que, como su denominación lo indica, se trata de un contrato preparatorio a la operación efectiva del factoraje, por lo que no implica más que un compromiso entre las partes de realizar con posterioridad el contrato de marras.

Como contrato de promesa, éste puede indicar la modalidad conforme a la cual operará el o los posteriores contratos de factoraje, e inclusive establecer desde ese momento las condiciones que se pactarán en el mismo, lo cual tiene su base en la regulación de la figura de promesa contenida en los artículos 2243 al 2246 del Código Civil para el Distrito Federal que, en resumen, señalan lo siguiente:

- Es factible obligarse a celebrar un contrato futuro.
- Este contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo.
- Debe constar por escrito, contar con los elementos del contrato característico y limitarse a cierto tiempo.

Por otra parte, el fundamento especial del contrato lo encontramos en la fracción I, del artículo. 45-C de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito que, a la letra dispone:

45-C.- Previamente a la celebración de los contratos de factoraje, las empresas de factoraje podrán:

I.- Celebrar contratos de promesa de factoraje.

En la citada tesina de la Amefac (35), se indica que la utilidad de esta promesa es, principalmente, para las factoradas que aún no tienen cuentas por cobrar, ni capital suficiente para producir, pero cuenta con una fuerte y formal demanda de sus productos, de esta forma se firma un contrato de promesa de factoraje en donde la empresa se compromete a cambiar su pedido por una cuenta por cobrar, misma que deberá ser cedida al factor, en una operación normal de factoraje.

Podríamos ubicar a éste tipo de contrato dentro de la clasificación general de los contratos como un contrato preparatorio, toda vez que las partes lo pactan con vistas a celebrar el contrato de factoraje financiero respectivo. Es también un contrato bilateral, ya que, de su celebración surgen derechos y obligaciones para ambas partes.

Desde el punto de vista meramente técnico, observamos que las empresas de factoraje, una vez que autorizan la línea correspondiente de factoraje, proponen la firma de un contrato maestro, en el cual únicamente se establecen los conceptos generales conforme a los cuales serán operadas las posteriores cesiones; sin embargo, no encontramos en ellos, al menos en un principio, cesión alguna de créditos, fijación de tasas de intereses, términos para el cumplimiento de las condiciones, etc., sino que de una manera pragmática, las factorantes sólo establecen la voluntad de aceptar posteriores cesiones de créditos mediante los llamados anexos, los cuales son realmente los operadores de las condiciones de cada una de las cesiones.

5.3.2.1 Modalidad. La Promesa de Factoraje con Anticipo.

Existe una especie de promesa de factoraje regulada en la regla duodécima de las “Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero”, la cual, aunque debidamente tipificada, estimamos que rompe con el esquema más elemental de la teoría general del contrato de promesa, por las razones que a continuación exponemos:

Se establece en dichas reglas que se puede convenir en la promesa de factoraje, que la factorante entregue anticipos a los factorados, quedando estos obligados a pagar una

cantidad de dinero determinada o determinable, que cubrirá el valor de las cargas financieras y demás accesorios de los anticipos, hasta en tanto se transmitan los derechos de crédito mediante la celebración del contrato de factoraje financiero, condición que debe establecerse en el contrato de promesa.

35. Asociación Mexicana de Factoraje Financiero y Actividades Similares, A.C., "Factoraje. Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana", ob. cit.

Siguen indicando las multicitadas reglas que las empresas de factoraje deberán verificar la existencia del pedido de que se trate y cuidarán que los anticipos tengan un plazo hasta de tres meses, después del cual deberá otorgarse el correspondiente contrato de factoraje financiero.

Como puede observarse, esto es a todas luces improcedente ya que, como lo fundamentamos en el apartado anterior, los contratos de promesa únicamente acarrearán a las partes obligaciones de hacer (la celebración del contrato respectivo) y no de dar, como se pretende pactar en la modalidad a que nos referimos.

Efectivamente, aquí encontramos una figura singular que no es factible considerar promesa ya que existe una obligación real de las partes de darse entre sí y tampoco podemos considerar que exista un contrato de factoraje ya que aún no se ha verificado cesión alguna de derechos de crédito.

En conclusión, estimamos que en esta figura se dan todos los elementos de una operación de crédito lo cual es incompatible con las actividades que realizan las empresas de factoraje.

6. Perspectiva del Factoraje en México.

Como lo mencionamos en el cuerpo de nuestro trabajo, la operación del factoraje en nuestro país, ha tenido altibajos, desde el auge que gozó a principios de la década de los noventa, pasando por la crisis galopante de mediados de la misma década, hasta la modesta estabilización que ha tenido en los últimos años, vuelta a poner en riesgo por la incertidumbre económica imperante en la actualidad.

Efectivamente, un factor que debemos considerar es que, hoy por hoy, nuestro país, al igual que el resto de la comunidad internacional, se haya inmerso en una fase económica recesiva, lo cual trae como consecuencia una desaceleración de la actividad financiera y,

en consecuencia, de la empresarial, razón por la cual, estimamos que al menos a corto plazo, no presenciaremos un repunte en el número de operaciones de factoraje a realizar.

Así, al no darse las condiciones idóneas para que los empresarios puedan hacer negocios y, por ende, colocar sus productos a plazos, tampoco habrá la materia prima del factoraje que lo son las cuentas por cobrar, lo cual, aunado al todavía alto costo del financiamiento por esta vía, harán de nuestra figura una opción poco viable al corto plazo.

Estimamos que es necesario que las condiciones económicas mejoren y que exista una conscientización del debido empleo de la figura para que el factoraje se constituya como una herramienta valiosa y recurrida en nuestro medio financiero.

Una vez que se den las condiciones referidas en el párrafo anterior, la figura del factoraje puede convertirse en una herramienta importante de financiamiento que será de una enorme utilidad en la medida de que la situación económica de nuestro país continúe su marcha estabilizadora y mejoren las expectativas de negocio para los empresarios.

Por último, concluimos que es importante dar una mayor difusión a la figura del factoraje ya que se percibe un desconocimiento de los empresarios respecto a su mecánica y, en general, de su existencia (aun entre los estudiosos del derecho), por lo que es básico que las escuelas de derecho, las asociaciones de abogados, los grupos financieros y las asociaciones de empresas de factoraje publiciten las bondades de la figura en estudio a fin

de que pase a ocupar el lugar que por derecho debería corresponderle en el medio financiero mexicano.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel, "Nuevo Derecho Bancario", México, Porrúa, 2000.

ALTAMIRA, Germán, "Manual del Programa de Desarrollo de Ejecutivos de Negocios. Factor Prime", México, D.F., 1994.

ALTERINI, Atilio Aníbal, "Como Redactar un Contrato", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

ASOCIACION MEXICANA DE FACTORAJE FINANCIERO Y ACTIVIDADES SIMILARES, A.C., "Factoraje, Servicio Integral de Financiamiento y Cobranza para la Empresa Mexicana, México, 1995.

BARRERO STAHL, Jorge, "El Factoraje en México, Memorias del Foro de Modernización del Mercado de Valores, Comisión Nacional de Valores", México, D.F., 1989.

BAUCHEGARCADIIEGO, Mario, "Operaciones Bancarias", México, Porrúa, 1985.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", México, Herrero, 1994.

CHULIA VICENT, Eduardo y BELTRAN ALANDETE, Teresa, "Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos I", Barcelona, J.M. Bosch, 1996.

COGORNO, Eduardo Guillermo, "Teoría y Técnica de los Nuevos Contratos Comerciales", Buenos Aires, Merú, 1979.

CUADERNOS DE DERECHOS, Revista, año 8, vol. 86, México, D.F., 2001.

DE LA FUENTE RODRIGUEZ, Jesús, "Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Tomo II", México, Porrúa, 1999.

ETCHEVERRI, Raúl, "Derecho Comercial y Económico, Contratos, Parte Especial", Buenos Aires, Astrea, 1991.

FACTOR PRIME, "Programa de Desarrollo de Ejecutivos de Negocios", México, 1994.

GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José A., "El contrato de Factoring", Madrid, Tecnos, 1990.

GARCIA Y GARCIA, Miguel y RIVERA RODRIGUEZ, Rafael, Compiladores, "Contratos Bancarios", México, Textos Jurídicos Bancomer, 1999.

HEGEWISCH DIAZ INFANTE, Fernando, "Derecho Financiero. Instituciones del Sistema Financiero Mexicano", México, Porrúa, 1999.

HISPAFACTOR, "Las 55 Primeras Preguntas del Factoring", Madrid, Marin Alvarez, 1990.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano", México, Porrúa, 1998.

LISOPRAWSKI, Silvio y GERSCOVICH, Carlos, "Factoring", Buenos Aires, Depalma, 1997.

MENENDEZ MEDINA, José Rafael, "Análisis sobre el Factoraje Financiero en México y en Especial sobre la Operación denominada Factoraje a Proveedores", Tesis para obtener título de abogado por la Escuela Libre de Derecho, México, 1994.

NACIONAL FINANCIERA, S.N.C. y INSTITUTO MEXICANO DE EJECUTIVOS DE FINANZAS A.C., "Manual de consulta del curso Fuentes de Financiamiento", México, 1992.

PAZOS DE LA TORRE, Luis, "La Estatización de la Banca", México, Diana, 1982.

SEPULVEDA SANDOVAL, Carlos, "De los Derechos Personales, de Crédito u Obligaciones", Monterrey, Lazcano Editores, 1997.

UNIDROIT, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, "Convention on International Factoring", Ottawa, 1998.

GLOBALIZACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y ALGUNOS CAMBIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL MEXICANA

Por: *Lic. Eduardo Román González**

SUMARIO: 1. *El fenómeno de la globalización.* 2. *Globalización e impactos en los Estados.* 3. *La Administración Pública mexicana y los derechos fundamentales como retos de la globalización.* 4. *Conclusión.* 5. *Bibliografía.*

“El ser humano es la razón de ser del Estado. La administración pública federal tendrá presente al ciudadano como origen y destino de sus acciones; éstas respetarán siempre los derechos humanos.”

Plan Nacional de Desarrollo 2000-2006

En este trabajo nos concentraremos en el estudio del impacto del fenómeno de la globalización en la Administración Pública mexicana en relación con los derechos fundamentales. Trataremos de evidenciar, cómo este fenómeno mundial no sólo ha traído importantes consecuencias en el ámbito económico para nuestro país, sino, también, ha sido una de las principales influencias en el diseño del sistema de promoción y protección no jurisdiccional de los derechos fundamentales que se ha ido implementando en México.

1. El fenómeno de la globalización

La globalización es sin duda uno de los fenómenos más complejos en la historia de la humanidad, ya que implica muy diversos aspectos –prácticamente todos- de la vida en sociedad. Como bien lo señala David Held: “La globalización connota la ampliación e intensificación de relaciones sociales, económicas y políticas a

* Licenciado en Derecho por el ITESM, Campus Monterrey. Actualmente, Secretario Auxiliar de Sala en la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, adscrito a la ponencia del Magistrado Carlos Emilio Arenas Bátiz. Comentarios: eduardoroman1@hotmail.com

través de regiones y continentes. Es un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes y opera en múltiples escalas temporales.”¹

Debido a esta complejidad del fenómeno global, su estudio puede darse desde muy diversas perspectivas. Así, cómo nos recuerda José Ramón Cossío, el término “globalización” puede ser usado: a) como metáfora, en la cual se concibe a la globalización como algo cuyos elementos no se encuentran tan claramente definidos y, por lo tanto, se busca reducir lo desconocido a algo conocido para poder manejar este concepto; b) como descripción, en la cual se pretende explicar la realidad del fenómeno de la globalización a través de algunas notas características; c) como ideal, a partir de la cual se entiende a la globalización como una situación en la que sus elementos han comenzado a manifestarse pero que requieren acrecentarse en mayor medida y en la misma dirección; o bien d) como necesidad, a partir de la cual se analiza la situación que se viene presentando y se busca producir aquellas consecuencias que tarde o temprano habrán de llevarse a cabo.² Nosotros trataremos de abordar este concepto desde una perspectiva meramente descriptiva.

Ahora bien, pareciera ser que este proceso tiene como principal impulsor la satisfacción de las necesidades económicas de los grandes agentes económicos del planeta (Estados y grandes compañías privadas). El distinguido constitucionalista español Pedro de Vega, explica la aparición de este fenómeno en los siguientes términos, en los que, como veremos, lo atribuye en su totalidad al aspecto económico:

En los umbrales del tercer milenio estamos asistiendo al doble y contradictorio fenómeno del esanchamiento de los espacios económicos y sociales en los que hasta ahora los hombres desarrollaban su existencia, al tiempo que se produce la más

¹ Held, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p. 33.

² Cossío, José Ramón, “Constitucionalismo y globalización”, en *Ibidem*, p. 233.

escandalosa reducción de sus ámbitos políticos. Apoyados en los logros de la revolución tecnológica y cibernética, los trashumantes flujos monetarios del capitalismo financiero recorren los centros bursátiles de todo el planeta, consagrando lo que se ha dado llamar la ‘mundialización de la economía’. Queramos o no, en la época de las autopsias de la comunicación y de la globalización económica, nos vemos obligados a ser ciudadanos del mundo.³

Todo lo anterior nos permite apenas definir algunos elementos para tratar describir lo que entendemos como globalización: un fenómeno mundial que, principalmente, a través de las ventajas que ofrecen los avances tecnológicos, busca disminuir las barreras del libre tránsito de bienes a través de la implementación de políticas mundiales de mercado, lo cual ha traído como consecuencia una serie de procesos de transformación alternos relativos a la cultura, la sociedad, los regímenes jurídicos, etc.

Este fenómeno mundial ha traído consigo grandes impactos en los Estados del mundo, quienes por una parte se han visto en la necesidad de ajustar muchas de sus estructuras internas a fin de responder a esta corriente global y, por otro lado, se han visto en la necesidad o en algunos casos han visto la conveniencia de trasladar su capacidad de autodeterminación en muchas materias a instancias internacionales conformadas por grupos más o menos grandes de países.

2. Globalización e impactos en los Estados

A raíz de este proceso, los Estados “nacionales”, como los llama la doctrina, han experimentado una serie de transformaciones en muy distintos ámbitos además del económico. Uno de los puntos centrales de este proceso de transformación es, sin lugar a dudas, el régimen jurídico. Estos cambios en el régimen jurídico de cada país obedecen, principalmente a dos cuestiones: la primera, a la necesidad de modificar el marco legal en

³ Vega, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Ibidem*, p.165.

cada Estado con el propósito de hacerlo competitivo económicamente con los demás Estados; la segunda, como consecuencia de presiones de facto o cumplimiento de obligaciones de *iure*, que se tengan con organismos internacionales a los cuales se haya adherido el Estado en cuestión.

Son estos organismos internacionales conformados con el concurso de las voluntades de varios Estados, los que irán definiendo directrices en muchos aspectos - dependiendo de las finalidades del organismo de que se trate- de la vida de cada Estado. Así el Estado, se ve inmerso en una serie de “clubes” internacionales a los cuales pertenece y cuyas directrices debe obedecer.

Ahora bien, estos organismos son, principalmente, de dos tipos: regionales y mundiales. Los primeros buscan la satisfacción de necesidades referentes a una determinada zona geográfica, en tanto que los segundos buscan la satisfacción de necesidades de carácter mundial.

No obstante su ámbito territorial de validez o competencia, los fines que persiguen estos organismos regionales o mundiales suelen coincidir, en términos generales, en muchos aspectos, como, por ejemplo, el de los derechos fundamentales. Entre estos tipos de organismos, encontramos un importante sector en el que el reconocimiento, promoción y defensa de estos derechos, constituyen unos de sus objetivos primordiales. Como ejemplo de organismo regional, podemos mencionar a la Organización de Estados Americanos y como organismo de carácter mundial, a la Organización de las Naciones Unidas.

2.1. Derechos fundamentales

Perecería como si hablar hoy en día de derechos fundamentales o derechos humanos estuviera de moda en el discurso político. Muchos son los países, entre ellos el nuestro, que han ido incorporando prácticamente como una política pública todo lo relativo a la promoción y defensa de los derechos fundamentales. Pareciera, pues, como nos dice Carbonell, que:

Los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; quizá son un signo distintivo, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que por el momento –pese a los avances innegables que se han sucedido- todavía permanece inalcanzado. Son un ‘signo de los tiempos’, como diría Bobbio; de los tiempos actuales, pese a que junto con el aumento de las preocupaciones y de las ocupaciones en torno a los derechos, se han producido en los años recientes y se siguen produciendo en la actualidad las más horribles e impensables violaciones a los mismos.⁴

De tal forma, que la importancia que ha adquirido el reconocimiento, promoción y protección de los derechos fundamentales, es sumamente relevante en los estados democráticos de la actualidad, como nos lo dice el propio autor:

En todos los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos. El ejercicio de los poderes democráticamente conquistados debe corresponderse con una política de respeto y de compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarán, cuando menos, un déficit en su *legitimidad de ejercicio*.⁵

Si esto es así, quedaría justificado el interés -un tanto súbito- de muchos países por contar con la aprobación de los demás Estados democráticos a través de la suscripción de tratados, convenciones y declaraciones, así como apoyando el mayor número posible de las acciones que a nivel mundial se van gestionando a favor de los derechos fundamentales.

Sin embargo, este discurso de connotaciones eminentemente políticas y hasta cierto punto convenenciero, poco se ha traducido en una práctica efectiva en el ámbito interno de cada país, aunque, por otra parte, es conveniente destacar la efectividad que la concepción universal de los derechos fundamentales y su asociación indisoluble con el

⁴ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p. 11.

⁵ *Idem*.

término “democracia”, han tenido en el ámbito internacional, lo cual ha permitido el surgimiento efectivo, en la mayor parte de los casos, de organismos internacionales formados con el concurso de varias naciones y cuyo propósito fundamental es la protección y promoción de los derechos fundamentales.

Precisamente debido a esta efectividad en la defensa internacional de los derechos fundamentales, se ha ido impulsando paulatinamente un cambio efectivo en el ámbito interno de cada país, que bien puede llegar a traducirse en un futuro –esperemos no muy lejano- en una protección de los derechos fundamentales mejor –o, al menos, igual- que la ofrecida en el ámbito internacional.

Es a esta parte de la globalización a lo que Bovero llama “globalización jurídica” y “globalización política”, utilizando para tratar de describirlas las fórmulas de “persona global” y “democracia global”.

Con estas fórmulas me refiero, por una lado, a la extensión planetaria del reconocimiento y de la protección de los derechos humanos que son, precisamente, derechos de la persona (no sólo del ciudadano) y, por el otro, a la difusión mundial del modelo democrático, en dos niveles: la instauración y multiplicación de regímenes con pluralismo electoral más allá del área (denominada) norte-occidental o europa-americana, y la (progresiva) transformación del sistema político internacional en un sistema democrático.⁶

México no ha sido la excepción y poco a poco pareciera que ese discurso político a favor de los derechos fundamentales, comienza a ir tomando la forma de acciones efectivas para integrar un sistema completo de tutela estos derechos.

A continuación, nos proponemos analizar, así sea someramente, algunas de las transformaciones de la Administración Pública mexicana, que consideramos son en buena medida una consecuencia del impacto que ha tenido esta corriente internacional a favor de la defensa de los derechos fundamentales.

⁶ Bovero, Michelangelo, “Globalización, democracia y derechos (¿siete globalizaciones?)”, en Revista *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 138, septiembre de 2002, p. 3.

3. *La Administración Pública mexicana y los derechos fundamentales como retos de la globalización*

Los derechos fundamentales se han convertido así, en un elemento más, en una materia principal del fenómeno global, que si bien pudiéramos encuadrar dentro del tema general del régimen jurídico, estos merecen un tratamiento particular, pues ya no son los derechos fundamentales los que se encuentran sujetos al orden jurídico (al menos no en la concepción tradicional, en la que sólo valían en los términos de éste, sin importar las restricciones injustificadas que pudiera imponerles), sino que, mas bien en la actualidad, pareciera que todo el ordenamiento jurídico está construido sobre la base de la concepción universal de los derechos fundamentales. Incluso, hay quien se atreve a sostener que los derechos fundamentales constituyen hoy un límite infranqueable a las constituciones de los demás Estados, con lo que aquellos vienen a constituir la base un constitucionalismo global:

...la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo derechos constitucionales, sino supraestatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los Estados. Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, que ha transformado un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre Estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supraestatal.⁷

Independientemente si se está de acuerdo o no con la posición de Ferrajoli, es imposible dejar de reconocer que esta corriente global a favor de los derechos, ha llegado a nuestro país y ha ido ganando terreno. Por lo que se refiere al Poder Ejecutivo, ésta ha transformado poco a poco, al menos una parte de la estructura de la Administración Pública. Por lo que toca al Poder Judicial de la Federación, éste pareciera ir tomando una

⁷ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: el constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, pp. 397.

posición más de mayor apertura hacia la doctrina internacional de los derechos fundamentales, aunque, como bien dice Carbonell, en materia de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, “seguimos teniendo en México una serie de lastres de enormes dimensiones.”⁸ Por lo que toca al Poder Legislativo, consideramos que sigue actuando poco consciente del desarrollo que en el ámbito internacional ha tenido la concepción universal de los derechos fundamentales. A continuación, trataremos de enfocarnos en esta última parte del trabajo en los esfuerzos –al menos estructurales- de la Administración Pública federal en materia de derechos fundamentales.

3.1. Algunos cambios significativos hacia el interior

Es en la estructura interna de la Administración Pública federal, donde comenzó a materializarse en nuestro país esta corriente internacional a favor de los derechos fundamentales. A continuación analizaremos brevemente algunos de estos avances.

3.1.1. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Los antecedentes más inmediatos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), los podemos encontrar en la Secretaría de Gobernación (SEGOB). En ella, se creó en un principio la Dirección General de Derechos Humanos el 13 de febrero de 1989 y, posteriormente, mediante un decreto presidencial del 5 de junio de 1990, se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con el carácter de órgano desconcentrado de dicha Secretaría.

A decir de Jorge Carpizo, el nacimiento de la Comisión obedeció a un esfuerzo por tratar de promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos, principalmente, con el propósito de disminuir

⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 4, p. 68.

el alarmante aumento de las violaciones de los derechos humanos cometidas por ministerios públicos y policías federales encargados de la lucha contra el narcotráfico.⁹

A decir del propio Carpizo, el marco jurídico que sustentó en un principio a la Comisión creó un gran clima de escepticismo sobre la efectividad de su función, sin embargo, dicho marco se consideró siempre provisional y que buscaba ser afinado con las experiencias que fuera teniendo en el ejercicio de sus funciones.¹⁰

Pero además de los cuestionamientos hacia la oportunidad de la ubicación orgánica de la Comisión, surgieron graves señalamientos sobre la legalidad, o más bien, sobre la constitucionalidad del acto del titular del Ejecutivo con el cual dio vida a este nuevo órgano del Estado. Sin duda, uno de los trabajos más serios y que ofrece importantes argumentos jurídicos en contra del acto que dio vida a la Comisión, es el realizado por el hoy ministro del Suprema Corte de Justicia de la Nación, José de Jesús Gudiño Pelayo. En él, el autor argumenta en primera instancia cómo la figura del decreto presidencial resulta inconstitucional para dar vida a la Comisión, ya que para fundamentar dicho decreto, el entonces Presidente de la República, acudió al artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), es decir, a su facultad reglamentaria, la cual, de acuerdo con la doctrina y, principalmente, la jurisprudencia sostenida por el Poder Judicial de la Federación, no es una facultad ilimitada, sino que, por el contrario, se encuentra sujeta a la existencia de una ley previamente elaborada por el Congreso de la Unión, a la cual el reglamento provee las condiciones necesarias para su ejecución, sin dejar de reconocer los casos de excepción que la propia Constitución señala.

⁹ Carpizo, Jorge, *Nuevos Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, pp. 373 y 374.

¹⁰ *Ibidem*, p. 374.

Pero, además, en el caso de creación de autoridades, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que la facultad reglamentaria sólo puede servir de fundamento cuando se trate de crear el organismo que habrá de ejercer las atribuciones previamente establecidas en alguna ley a favor de algún órgano de la Administración Pública, o bien crear órganos internos especializados o determinar las dependencias a través de los cuáles se deben ejercer las facultades concebidas por una ley previa a un organismo público.¹¹ Lo anterior, lleva a Guidiño a concluir que:

El “Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación”, no reglamentaba ley alguna expedida por el Congreso de la Unión, por lo que no se encontraba en el supuesto establecido por las ejecutorias de la Segunda Sala de la SCJN...para que el Presidente de la República esté constitucionalmente facultado para “crear autoridades”; pues de hacerlo no sólo estaría determinando el “cómo” sino también el “qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica” lo que se encuentra expresa y terminantemente prohibido..¹²

No obstante los inconvenientes jurídicos que señala Gudiño, la Comisión desempeñó sus funciones y los resultados de su trabajo fueron observándose poco a poco, de tal forma que al año de haberse creado, ya podía afirmarse que se había ganado la confianza de la sociedad, por lo cual, se consideró apropiado entrar al análisis de ese marco jurídico provisional y seriamente cuestionado.¹³

Como producto de dicho análisis al marco jurídico de la Comisión, el 28 de enero de 1992 culminó con su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el proceso de reforma constitucional que consagró en el texto fundamental la existencia de este órgano creado ex profeso para proteger los derechos fundamentales en nuestro país por una vía

¹¹ *Vid.* Tesis de jurisprudencia 2a./J.68/97 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rubro “REGLAMENTOS. LA FACULTAD DE EXPEDIRLOS INCLUYE LA DE CREAR AUTORIDADES Y DETERMINAR SU COMPETENCIA”, publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Epoca, Tomo VII, enero de 1998, p. 390.

¹² Gudiño Pelayo, José de Jesús, *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de Derechos Humanos y la deslegitimación de lo Estatal*, México, Noriega Editores, 1999, p. 37.

¹³ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 9, p. 375.

no jurisdiccional, estableciéndose en el apartado B del artículo 102 constitucional lo siguiente:

B. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa proveniente de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas, autónomas, no vinculatorias, y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados.

Posteriormente, el 25 de junio de 1992 se expidió la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (LCNDH), misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* al día siguiente y que en su artículo 2º concibió a dicha Comisión como un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tenía por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano.¹⁴

Quedaba así constituido con un sustento constitucional y legal adecuado un *ombudsman* mexicano, semejante a los creados en otros países, aunque con peculiaridades propias. De acuerdo con Fix-Zamudio y Fix-Fierro, este tipo de organismos, independientemente de esas características que en cada país pueden establecerse, pueden ser definidos en términos generales como:

el organismo dirigido por uno o varios funcionarios, designados por el órgano legislativo, el ejecutivo, o ambos, que con el auxilio de personal técnico, posee la función esencial de recibir e investigar reclamaciones (lo que también puede hacer de oficio) por la afectación de los derechos e intereses legítimos de los gobernados, incluyendo los de carácter fundamental, de manera especial respecto de los actos u

¹⁴ Fix-Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor, “Artículo 102”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*, 19ª ed., México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, tomo IV, p. 100.

omisiones *de las autoridades administrativas*, no sólo por infracción de la legalidad, sino también por injusticia, irrazonabilidad, o retraso manifiesto.¹⁵

A pesar de esta aparente solidez constitucional y legal de la Comisión, en 1999 se decidió modificar de nueva cuenta su marco jurídico. En principio, la propuesta de reforma formulada por separado por grupos parlamentarios de los partidos del Trabajo, Acción Nacional y de la Revolución Democrática, así como por una Senadora¹⁶, buscaba introducir una serie de cambios significativos para mejorar la función de este organismo. No obstante que los resultados finales de la reforma no fueron los esperados¹⁷, ésta introdujo algunos aspectos importantes, sobre todo referentes a enfatizar la autonomía de la Comisión.

De esta forma la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 13 de septiembre de 1999, básicamente modificó lo siguiente:

- a) Algunas expresiones, como por ejemplo: se cambió la expresión “que otorga”, por la de “que ampara el orden jurídico”, en referencia a los derechos humanos protegidos por estos organismos; se establece el nombre de “Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, para designar al organismo que establecería el Congreso de la Unión; se suprimió el calificativo de “autónomas” en relación con las recomendaciones.
- b) Se plasmaron a nivel constitucional, algunas disposiciones ya contenidas en la Ley de 1992, como por ejemplo: la existencia de un Consejo Consultivo; la personalidad jurídica y patrimonio propios; las garantías con las goza el presidente de la Comisión (respecto del nombramiento, estabilidad en el cargo, remuneración, y responsabilidad).

¹⁵ *Ibidem*, p. 93.

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷ Sobre las principales propuestas que no fueron aceptadas puede verse: Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 9, pp. 388 y sigs.

- c) Quizá la más importante, relativa a que se le dio el carácter de órgano constitucional autónomo, con lo cual concluyó la evolución administrativa de la Comisión, que pasó de dependencia de la SEGOB a órgano desconcentrado, después a órgano descentralizado, para finalmente quedar consagrado como órgano con “autonomía de gestión y presupuestaria”.

Así, contamos hoy con un organismo que cuenta, además de la autonomía de gestión y presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano (artículo 2º, LCNDH) y que cuenta con atribuciones para:

- a) Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos.
- b) Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:
- Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal.
 - Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas.
- c) Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

- d) Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las entidades federativas.
- e) Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los organismos de derechos humanos de las entidades federativas y por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de estos por parte de las autoridades locales, en los términos señalados por la LCNDH.
- f) Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita.
- g) Impulsar la observancia de los derechos humanos en el país.
- h) Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la CNDH redunden en una mejor protección de los derechos humanos.
- i) Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional.
- j) Expedir su reglamento interno.
- k) Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de derechos humanos.
- l) Supervisar el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país.
- m) Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados,

convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de derechos humanos.

n) Proponer al ejecutivo federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de derechos humanos (artículo 6, LCNDH).

Como podemos apreciar, la CNDH sirve como órgano de única instancia para atender violaciones a los derechos fundamentales provenientes de autoridades principalmente pertenecientes a la Administración Pública federal, puesto que tienen vedado el conocimiento de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales (del Poder Judicial de la Federación)¹⁸, así como tampoco puede atender consultas formuladas por las autoridades sobre interpretaciones a la Constitución o a las leyes; así mismo puede funciones como órgano de segunda instancia en relación con las resoluciones de las comisiones estatales de derechos humanos (arts. 102, aparato B, párrafo tercero de la CPEUM y 7° LCNDH). Existen algunas propuestas relativas a ampliar las facultades de la Comisión en algunas de estas materias cuyos conocimientos tienen vedados¹⁹, sin embargo, debemos reconocer que, a la fecha, la Comisión no ofrece una protección integral de todos los derechos humanos (se excluyen los de naturaleza política, por ejemplo), ni tampoco abarca actos de todas las autoridades (se excluyen los del Poder Judicial de la Federación, por ejemplo).

¹⁸ El artículo 8° de la LCNDH dispone lo siguiente: “solo podrán admitirse o conocerse quejas o inconformidades contra actos u omisiones de autoridades judiciales, salvo las de carácter federal, cuando dichos actos u omisiones tengan carácter administrativo. La Comisión Nacional por ningún motivo podrá examinar cuestiones jurisdiccionales de fondo.”

¹⁹ Por ejemplo, Carpizo se manifiesta partidario de ampliar la competencia de la Comisión en relación con actos del Poder Judicial de la Federación, cuando dichos actos sean de carácter administrativo, como sucede en el caso de los Poderes Judiciales de los estados. (*Vid.* Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 9, pp. 391 y sigs.)

La existencia de la Comisión ha ido generando un cambio paulatino en la actuación de los órganos de la Administración Pública, pues como bien apuntan Fix-Zamudio y Fix-Fierro, la creación de aquélla representa el inicio de la cultura de los derechos humanos en nuestro país.²⁰ Pero además de un cambio paulatino en la actuación de las autoridades administrativas, en algunos casos, ha implicado la creación de dependencias dentro de los órganos de la Administración Pública federal, para atender exclusivamente lo relativo al tema de los derechos fundamentales. A continuación mencionaremos algunos ejemplos.

3.1.2. La Dirección General de Derechos Humanos de la Procuraduría General de la República

Esta dirección constituye la segunda dependencia –sólo después de la creación de la CNDH- dentro de la Administración Pública federal, creada específicamente para la atención de asuntos relacionados con derechos fundamentales. Su funcionamiento se encuentra regulado en el artículo 44 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (PGR), encomendándole las siguientes funciones:

- a) Fomentar entre los servidores públicos de la Institución una cultura de respeto a los derechos humanos.
- b) Intervenir, conforme a las normas aplicables, en la investigación, resolución y seguimiento de quejas, propuestas de conciliación y recomendaciones, así como en las visitas que envíe la CNDH.
- c) Iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa en contra de servidores públicos de la PGR, a quienes se imputen actos violatorios de los derechos fundamentales de las personas.

²⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota. 14, p. 96.

- d) Establecer las relaciones de la Institución con las Comisiones Estatales de Derechos Humanos y los Organismos No Gubernamentales, y
- e) Ejercer las atribuciones a que se refieren los artículos 8o. y 13 de la Ley Orgánica de la PGR, en contra de los servidores públicos de la Institución, cuando derive de una recomendación de la CNDH.

En suma, podemos ver como esta dependencia dentro de la PGR nace como consecuencia directa de la creación y consolidación de la CNDH como órgano autónomo, siendo una de sus principales funciones y propósitos de constitución el combate a la violación de los derechos fundamentales dentro de los órganos del Estado encargados de la procuración de justicia. Como podemos apreciar, de las facultades antes transcritas, las funciones de esta dependencia dentro de la PGR las podríamos resumir en dos aspectos: colaboración con la actividad de la CNDH y de los organismos estatales de derechos humanos; y llevar a cabo los procedimientos de responsabilidad de los funcionarios de la PGR acusados de violación a los derechos fundamentales.

3.1.3. Los derechos fundamentales en el Plan Nacional de Desarrollo

Sin duda uno de los cambios más trascendentes generados, en mi concepto, por la globalización de los derechos fundamentales, ha sido el de incluir este tema dentro del discurso político nacional, lo cual si bien por sí sola esta circunstancia no es garantía de nada, sí al menos le da a los derechos fundamentales un justo papel protagónico dentro de la agenda política nacional.

Prueba de la incursión de los derechos fundamentales en las más altas esferas del discurso político del gobierno, lo es su constante utilización dentro del *Plan Nacional de Desarrollo* (PND) 2000-2006. Como sabemos, de acuerdo con el artículo 26 de la

CPEUM, el PND constituye un programa de acción “al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal”, por lo que, al estar los derechos fundamentales incluidos en dicho plan, automáticamente pueden considerarse como directrices que deben respetar los programas y, en general, cualquier actividad de cualquier órgano de la Administración Pública Federal.

En la redacción del PND 2000-2006 es posible advertir la preocupación del gobierno mexicano de ser visto en el ámbito internacional como un país en el cual se promueven y se protegen efectivamente los derechos fundamentales, con lo cual, se pone de manifiesto el efecto de la globalización de los derechos fundamentales hacia el interior de la Administración Pública Federal. Y es que, como bien lo reconoce el PND, México “ha visto empañada su imagen y autoridad moral internacional por el descrédito en materia de *derechos humanos*.”²¹ Ante este escenario el PND propone acciones hacia el interior, así como directrices en materia de política exterior.

Sobre esta última, se señala que la labor del gobierno en materia de relaciones exteriores para el período 2001-2006 se articulará en torno a cinco objetivos estratégicos, el primero de los cuales lo constituye el “promover y fortalecer la democracia y los derechos humanos como bases fundamentales del nuevo sistema internacional”. Asimismo, se advierte que uno de los elementos que han generado la mala imagen internacional de México en materia de protección de los derechos fundamentales, lo constituye el hecho de que nuestro país no ha suscrito algunos de los más importantes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales (piénsese, por ejemplo, en la ratificación del Estatuto de Roma que da vida a la Corte Penal Internacional), lo cual además se traduce en que el régimen jurídico nacional se

²¹ *Plan Nacional de Desarrollo 2000-2006*, p. 129, disponible en: www.pnd.presidencia.gob.mx

encuentre incompleto en materia de protección de derechos fundamentales; por todo lo cual, se propone “que México suscriba estos instrumentos, reconozca la competencia de sus comités y que participe en los nuevos instrumentos que vayan surgiendo en la materia.”²²

En tanto hacia el interior, se proponen líneas de acción en diversos sectores de la Administración Pública Federal, con el propósito de promover una cultura de los derechos fundamentales que consolide su respeto y repudie cualquier violación a los mismos. Asimismo, se enfatiza la importancia de la promoción y respeto de los derechos fundamentales en áreas como migración²³, procuración de justicia²⁴, en la actividad de las fuerzas armadas²⁵, etc.; concluyendo con una concepción de la posición de los gobernados en relación con el Estado que, sinceramente, esperamos se vuelva realidad:

Se partirá del principio de que el gobierno debe tener como fuente y destino al ciudadano. En consecuencia, se promoverá la cabal observancia de los mandatos derivados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La democratización del ejercicio del poder público guiará las tareas de la administración pública federal. Para ello, se pondrá especial énfasis en el respeto a los derechos humanos y en la vigencia de las garantías individuales, como valores supremos de la actividad política. *La administración pública federal cuidará prevenir la comisión de actos que vulneren los derechos humanos y dará seguimiento especial a las recomendaciones que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos dirija a autoridades del Ejecutivo federal.*²⁶

Esperando no pecar de optimista, parecería que este compromiso asumido por el Poder Ejecutivo federal, se ha ya traducido en cambios de algunas entidades de la Administración Pública federal, a las cuales nos referiremos a continuación.

3.1.4. La Subsecretaría para Derechos Humanos y Democracia de la Secretaría de

Relaciones Exteriores

²² *Ibidem*, p. 61.

²³ “Además de su importancia intrínseca, la promoción y defensa de la democracia y los *derechos humanos* son de enorme interés para México ya que éstos ofrecen instrumentos para la defensa de los derechos de los mexicanos en el extranjero” (*Idem*).

²⁴ “La prevención del delito, el combate frontal a la impunidad y la corrupción, y la procuración de justicia, con pleno respeto a los *derechos humanos* y dentro del marco del derecho, son prioridades del Ejecutivo federal por convicción y exigencia ciudadanas.” (*Ibidem*, p. 127).

²⁵ “Mejorar la estructura jurídica de la Fuerzas Armadas, con especial atención a las estructuras administrativas y a los *derechos humanos* en el seno de sus dependencias...” (*Ibidem*, p. 132)

²⁶ *Ibidem*, p. 136.

A inicios de la actual administración, el presidente de la República introdujo algunos cambios en la Administración Pública federal, por ejemplo, se cambió la denominación de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, por la de Secretaría de Economía; se crearon nuevas áreas dependientes de la Presidencia de la República (Coordinación de Asesores en Políticas Públicas, la Oficina para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, entre otras); etc. Dentro de estas modificaciones, se intentó crear en un principio la figura de “Embajador de los Derechos Humanos”, sin embargo, después de meses de negociaciones, no se logró obtener el consenso para impulsar las reformas al marco jurídico necesarias para la existencia de dicho cargo, por lo que finalmente se decidió por incluir dicha figura al rango de subsecretaría en la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE).

Así, el 25 de septiembre de 2001, se informó la creación de dos nuevas subsecretarías, la “Subsecretaría para Derechos Humanos y Democracia” y la “Subsecretaría para Asuntos Globales”, quedándole encarga a la primera la responsabilidad de diseñar la política internacional del gobierno para promover y proteger los derechos humanos dentro y fuera del país; coordinar con otras agencias gubernamentales la participación de México en los foros multilaterales relevantes y encuentros bilaterales, y para coordinarse con actores pertinentes de la sociedad civil nacionales e internacionales.²⁷

²⁷ *“The Undersecretary for Human Rights and Democracy will be responsible for designing the government’s international policy for promoting and protecting human rights inside and outside of the country; for coordinating with other governmental agencies Mexico’s participation in the relevant multilateral forums and bilateral meetings; and for liaising with the pertinent civil society actors, both national and international”* (Boletín de prensa No. 179/01 de la Secretaría de Relaciones Exteriores del 25 de septiembre de 2001. Sólo se encuentra disponible una versión en inglés en: www.sre.gob.mx)

En el artículo 5° del Reglamento Interno de la SRE quedó plasmada la existencia de la “Subsecretaría para Derechos Humanos y Democracia”, sin embargo, no se contempló en el propio reglamento cuáles serían las funciones específicas de la misma.²⁸ No obstante, en el propio reglamento, el artículo 27 prevé la existencia de una “Dirección General de Derechos Humanos”, seguramente dependiente de la mencionada subsecretaría y que tiene a su cargo las siguientes funciones:

- a) Proponer al Secretario y coordinar la política exterior de México en materia de derechos humanos.
- b) Coordinar los trabajos de las áreas competentes de la Secretaría con otras dependencias de la Administración Pública Federal, en la definición e instrumentación de la acción internacional de México en el tema de los derechos humanos y derecho humanitario.
- c) Coordinar, la relación interinstitucional de la Secretaría con las demás dependencias y entidades de la Administración Pública Federal competentes en materia de derechos humanos, a efecto de determinar las posiciones internacionales que adoptará el Gobierno de México en la materia.
- d) Preparar la participación de México en las reuniones convocadas por organismos y mecanismos internacionales sobre derechos humanos y en las reuniones bilaterales sobre el tema.
- e) Supervisar y coordinar la actuación de las delegaciones de México en las reuniones relacionadas con el tema de los derechos humanos.
- f) Diseñar y promover las iniciativas internacionales de México en materia de derechos humanos.

²⁸ Cfr. Reglamento Interno de la Secretaría de Relaciones Exteriores, disponible en: www.sre.gob.mx

- g) Recibir y procesar las quejas y denuncias presentadas en contra del Estado mexicano ante organismos internacionales de derechos humanos y representar al gobierno de México en los litigios o procedimientos derivados de los mismos, en coordinación con la Consultoría Jurídica. Asimismo, promover la adopción de las medidas necesarias para resolver favorablemente dichas quejas o denuncias.
- h) Atender, en coordinación con las dependencias competentes de la Administración Pública Federal, las solicitudes de información provenientes de organizaciones no gubernamentales nacionales o internacionales, en relación con la política exterior de México en materia de derechos humanos o sobre los casos individuales objeto de atención internacional.
- i) Coordinar el análisis y preparar los informes del gobierno de México conforme a los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.
- j) Promover y coordinar una relación efectiva entre la Secretaría y las organizaciones de la sociedad civil interesadas, con miras a tomar en cuenta sus observaciones y sugerencias en la definición y ejecución de la política exterior de México en materia de derechos humanos.
- k) Proponer al Secretario la suscripción y adhesión a instrumentos internacionales sobre derechos humanos ya existentes o, en su caso, promover la participación del Gobierno de México en las negociaciones de nuevos instrumentos, en coordinación con las demás áreas competentes de la Secretaría, así como dar seguimiento al cumplimiento de los mismos.
- l) Realizar las demás atribuciones que las disposiciones legales confieran a la Secretaría, que sean afines a las anteriores y que le encomiende el Secretario.

Como podemos apreciar, esta instancia pretende ser la vía por medio de la cual se dé cumplimiento a una de las líneas de acción señaladas en el PND: la relativa a desarrollar una política exterior comprometida, preocupada y ocupada en propiciar una mayor participación de nuestro país en los foros internacionales en donde se discuta y se implementen soluciones para prevenir y remediar violaciones a los derechos fundamentales, con lo cual, sin lugar a dudas, se busca ganar una imagen internacional de nuestro país, como uno en el que la promoción y defensa de los derechos constituye uno de sus objetivos centrales.

3.1.5. La Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación

La dependencia de más reciente creación dentro de la Administración Pública federal, encargada directamente de asuntos relacionados con los derechos fundamentales, lo es la nueva “Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos” de la SEGOB. El 30 de julio del 2002, se anunció la creación de ésta y otra subsecretaría (la de Enlace Legislativo), la primera con el fin de fortalecer el respeto al marco institucional, la vigencia del Estado de Derecho y, sobre todo, consolidar la vigencia y promoción de los derechos humanos.²⁹

Al igual que sucede con la antes mencionada subsecretaría de la SRE, las funciones relativas a esta subsecretaría de la SEGOB no se encuentran especificadas en su reglamento interno y solamente se contempla su existencia en el artículo 2º del propio reglamento.³⁰ No obstante, en el artículo 21 se contempla la existencia de una “Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos”, que al igual que en el caso de la

²⁹ Boletín de prensa No. 286/02 de la Secretaría de Gobernación del 30 de julio de 2002, disponible en: www.segob.gob.mx

³⁰ Cfr. Reglamento Interno de la Secretaría de Gobernación, disponible en: www.segob.gob.mx

SRE, suponemos que está bajo la dirección de la “Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos”. La mencionada Unidad desarrolla las siguientes funciones:

- a) Promover, coordinar, orientar y dar seguimiento a los trabajos y tareas de promoción y defensa de los derechos humanos que lleven a cabo las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.
- b) Auxiliar al Secretario en la coordinación de los esfuerzos que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal emprendan para el adecuado cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- c) Constituir, llevar y mantener actualizado el registro de las recomendaciones que la CNDH emita a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.
- d) En el ámbito de competencia de la SEGOB, actuar como instancia de apoyo en la promoción de los derechos humanos con los organismos locales competentes.
- e) Fungir como vínculo entre la SEGOB y las organizaciones civiles dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos, así como atender y, en su caso, remitir a las instancias competentes, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, las peticiones que éstas le formulen.
- f) En el ámbito de competencia de la SEGOB, atender las recomendaciones dictadas por organismos internacionales en materia de derechos humanos cuya competencia, procedimientos y resoluciones sean reconocidos por el Estado Mexicano.
- g) En el ámbito de competencia de la SEGOB, coadyuvar con los órganos e instancias dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos.

- h) Dar trámite administrativo a las medidas que procuren el pleno respeto y cumplimiento, por parte de las autoridades de la Administración Pública Federal, de las disposiciones jurídicas que se refieren a las garantías individuales y a los derechos humanos, y coordinar la atención de las solicitudes de medidas precautorias o cautelares necesarias para prevenir la violación de derechos humanos, así como instrumentar dichas medidas, siempre que no sean de la competencia de alguna otra dependencia de la Administración Pública Federal;
- i) Formar parte del Comité Jurídico Interno de la SEGOB, y
- j) Las demás que determine el Secretario, dentro de la esfera de sus facultades.

A diferencia de la instancia creada en la SRE, esta subsecretaría de la SEGOB, pareciera ser la encargada de promover el cumplimiento de la directriz impuesta por el PND, hacia la acción interna de la Administración Pública Federal, pues, de acuerdo con las atribuciones antes transcritas, aquélla no sólo atiende lo relacionado con los derechos fundamentales en la actuación de la SEGOB, sino que busca que esta subsecretaría se convierta en una especie de instancia coordinadora y promotora de una política interna a favor de los derechos fundamentales en todos los órganos de la Administración Pública Federal.

4. Conclusión

El objetivo de este trabajo no ha sido el de esgrimir argumentos a favor de la política que en torno a los derechos fundamentales ha adoptado el actual gobierno de la República, sino que, lo único que hemos pretendido ha sido mostrar cómo la preocupación internacional sobre la promoción y defensa de los derechos fundamentales es una parte significativa del fenómeno global y evidenciar cómo, en alguna medida,

dicho fenómeno ha influido en el rediseño de algunas estructuras de la Administración Pública federal, algunas de las cuales, cabe decirlo, corresponden a regímenes presidenciales anteriores, como es el caso de la CNDH y la Dirección General de Derechos Humanos de la PGR.

Este trabajo descriptivo del fenómeno de globalización de los derechos fundamentales y de su impacto en la Administración Pública federal, tampoco puede concluir que la promoción y defensa de estos derechos sea un tema acabado en nuestro país. Por el contrario, debemos estar conscientes de que estos nuevos diseños institucionales sólo pueden ser el comienzo de una cultura de los derechos fundamentales hacia el interior de la Administración Pública federal, pues nada solucionan por sí mismas las estructuras, sin ir acompañadas de un efectivo uso de las mismas. Por ello, el reto más importante para la Administración Pública federal, debe seguir siendo la modificación en su forma de actuar en torno a los derechos fundamentales.

Ojalá que estos cambios institucionales vayan acompañados de acciones efectivas a favor de los derechos fundamentales para que estas nuevas estructuras no se queden – como muchas otras que pudiéramos recordar- engrosando el aparato burocrático en forma estéril.

5. Bibliografía

BOVERO, Michelangelo, “Globalización, democracia y derechos (¿siete globalizaciones?)”, en Revista *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 138, septiembre de 2002, pp. 2 a 9.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.

CARPIZO, Jorge, *Nuevos Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.

COSSÍO, José Ramón, “Constitucionalismo y globalización”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, pp. 221 a 238.

FERRAJOLI, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: el constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, pp. 397 a 409.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FIX-FIERRO, Héctor, “Artículo 102”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*, 19ª ed., México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, tomo IV, pp. 85 a 102.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de Derechos Humanos y la deslegitimación de lo Estatal*, México, Noriega Editores, 1999.

HELD, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, pp. 33 a 51.

VEGA, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, pp. 165 a 219.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS SITUACIONES DE POST CONFLICTO*

Por: Dr. Luis Eduardo Zavala[•]

Toda sociedad, ya sea grande o pequeña, fuerte o débil, ha creado para sí un marco de principios y normas dentro de los cuales se desarrolla: lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer, los actos permitidos, los prohibidos y todo aquello que está siempre en la conciencia de toda la comunidad. El progreso, con todos sus inexplicables avances y adelantos, siempre se ha basado en un grupo de hombres y mujeres que combinados persiguen ciertas metas comunes. El Derecho, es aquel elemento que une a todos esos miembros de la comunidad que comparten valores y estándares y por lo tanto, el Derecho consiste en una serie de reglas que regulan el comportamiento de la sociedad y reflejan, hasta cierto punto, las ideas y preocupaciones de la sociedad dentro de las cuales éstos valores funcionan y se desarrollan. Así, también conocemos el Derecho Internacional, con la diferencia de que el objeto principal de su estudio son los Estados Nación, no los ciudadanos.

Hoy nos es posible decir que una de las más grandes conquistas de la humanidad ha sido el administrar racionalmente el uso de la violencia a través del proceso ya que éste es el único medio que nos lleva a encontrar la verdadera justicia.

La justicia pues, no es cuando un individuo muere como resultado de un crimen, sino cuando la pena es aplicada después de seguir un proceso³¹.

Así, el Derecho se encuentra inmerso en un proceso legislativo, y el proceso legislativo siempre envuelve aspectos políticos y cálculos de poder, por lo tanto, todas aquellas decisiones resultantes, se entrelazan de distintas maneras con decisiones determinadas por principios legales. Para que una norma y un principio legal sea aceptado como legítimo, el contenido principal de ambos debe ser percibido por todos

* Quiero agradecer la colaboración de mis asistentes: Luis Murray y Anna Julia Cabrera en la edición final y las correcciones de esta presentación. Asimismo, al del Dr. Luis Enrique Herrera por sus comentarios para enriquecer este texto.

[•] Profesor del Departamento de Derecho de ITESM. Campus Monterrey.

³¹ Federico Reyes Heróles, *1373*, artículo publicado en El Norte, 2 de octubre del 2001.

como justo. Ahora bien, todas esas reglas basadas en valores, ayudan a conformar regímenes, y éstos a su vez afectan la definición propia de los actores internacionales los cuales modifican valores.

En cualquier análisis de la política y del derecho internacional, el poder relativo y los intereses de cada Estado y otros actores representan valores importantes ya que todos estos elementos interactúan y afectan la evolución normativa. Antes que nada, me gustaría referirme a la doctrina, esto es, las fuentes del derecho internacional público y los métodos de creación del derecho. Algunas veces, la doctrina se ocupa de explicar quién tiene el poder, quién hace las leyes y quién no. Otras veces, lo que busca es determinar cuándo emergen las normas y dónde aplican las reglas.

Las fuentes de la doctrina intentan explicar cómo las reglas del derecho internacional crean obligaciones y otras veces la meta es explicar cómo es que esas reglas adquieren el poder de crear obligaciones³².

¿Cómo surgirán las normas más importantes del derecho internacional durante la siguiente generación en situaciones de post conflicto?

Para poder dar respuesta a este cuestionamiento, a lo largo de este artículo, daré en un principio una explicación descriptiva de algunos aspectos particulares sobre lo que está sucediendo dentro del Derecho Internacional así como dentro del Sistema Legal Internacional, iniciando con algunos principios generales, el papel del Derecho Internacional en el escenario mundial y más adelante, algunos hechos y acontecimientos importantes, especialmente los ataques del 11 de septiembre lo cual nos abrirá un panorama amplio de los cambios y de los futuros retos que enfrenta el Derecho Internacional en las situaciones de post conflicto.

³² Para un análisis más detallado, Vaughan Lowe, en su artículo titulado *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?* Publicado en *The Role of Law in International Politics*, Reino Unido, 2000, explica detalladamente algunos aspectos relevantes al estudio de las fuentes del derecho internacional, en especial aquellas funciones de la doctrina que nos servirán de base a nuestro análisis posterior en situaciones de post conflicto.

Enfocándonos principalmente: en el papel del Consejo de Seguridad; el establecimiento y desarrollo de la Corte Penal Internacional; la doctrina de la jurisdicción universal así como el respeto a los Derechos Humanos; y, finalmente, veremos cómo todos estos procesos de creación de normas están cambiando hoy en día, cuando nos enfrentamos a una nueva geografía de los conflictos en los cuales el derecho internacional desempeña un papel muy importante como regulador de todas las acciones emprendidas en situaciones de post conflicto.

El derecho internacional constituye un sistema dentro del cual la interacción entre los Estados se puede conducir de una manera más sencilla y predecible que los sistemas legales nacionales que tratan con los asuntos individuales o corporativos.

Hoy en día, contamos con un sistema de Derecho Internacional. La importancia de su función al estructurar el sistema internacional ha aumentado debido al crecimiento de la interdependencia mundial y a los intereses propios de cada Estado de regular su actuación racionalmente con base en la reciprocidad. Así pues, las controversias entre Estados comúnmente van acompañadas o hacen referencia al Derecho Internacional.

El sistema ha surgido como resultado de una serie de fases de desarrollo y los principios fundamentales del sistema legal internacional han completado ya este proceso.

Las reglas más importantes, los principios y las instituciones del derecho internacional, ya han sido creadas. Cuando los elementos de un sistema legal pueden ser combinados para construir una estructura normativa para las necesidades de la población en las que éstas aplican, podemos decir que nos encontramos ante un sistema legal completo.

En el derecho internacional, existen elementos básicos como lo son la creación de leyes, los conceptos de Estado y personalidad internacional, la soberanía territorial, la jurisdicción y la noción de responsabilidad del Estado. Partiendo de estos elementos, se

han construido reglas y regímenes más específicos. Por ejemplo, se podría decir que el derecho internacional de la protección al medio ambiente apenas existía hace cincuenta años, aunque eso no significa que el derecho internacional ambiental contemporáneo contenga principios legales fundamentales o instituciones que no existieran hace medio siglo. Esto no es algo nuevo. En este sentido, podemos afirmar que el sistema del derecho internacional ha alcanzado un estado de totalidad, en otras palabras, está completo, o al menos se encuentra muy cerca de estarlo. A pesar de esto cabe aclarar que el número de reglas o leyes individuales continuará creciendo día con día y todas estas nuevas reglas regularán cada vez más aspectos de la vida internacional con mayor detalle. Dada la manera en la que el orden político internacional está estructurado, y dada también la distribución de poderes y funciones entre los Estados, organizaciones, individuos y otros grupos sociales, el Derecho Internacional brinda un marco legal normativo adecuado para implementar todas las transacciones que tienen lugar en el presente.

El derecho internacional en nuestros días cubre complejas áreas de interés transnacional: incluyendo los asuntos tradicionales como la posición de los Estados, la responsabilidad internacional, la paz y seguridad, el derecho de guerra (el *ius bellum*, así como el *ius ad bellum*), el derecho de los tratados, el derecho del mar, las aguas internacionales y la conducción de relaciones diplomáticas; así como otros asuntos: como lo son las organizaciones internacionales, la economía y desarrollo, la energía nuclear, el Derecho espacial y aéreo, así otras actividades tales como el uso de los recursos del mar, el medio ambiente, las comunicaciones, y en un lugar preponderante: la protección a los Derechos Humanos.

Sin embargo, el Derecho Internacional aún carece de mecanismos satisfactorios que se ocupen de los intereses comunes, como por ejemplo: el mar y el espacio aéreo más allá de las jurisdicciones nacionales, y en lo que se refiere también a los derechos de ciertos grupos. El derecho internacional también carece de mecanismos de acción en lo que se refiere a circunstancias en las cuales las causas o los efectos, o aún ambos, de ciertas actividades dañinas a la sociedad que se encuentran extensamente dispersas.

¿Qué formas de desarrollo son características del derecho internacional contemporáneo en situaciones de post conflicto?

Primeramente, y de manera más obvia, existe una gran actividad en el campo de la creación de leyes en lo que se refiere al medio ambiente, el comercio y el derecho del mar. También existe un segundo proceso dentro del cual el derecho internacional se está desarrollando; ocupándose, ya no de lo que llamamos normas primarias del derecho internacional, esto es, las reglas de mandato, prohibición o autorización de ciertas actividades y de instituciones legales³³.

En lugar de esto, el desarrollo está tomando forma en el surgimiento de conceptos normativos que operan en la unión de esas normas primarias: estas normas surgen porque en todos los sistemas legales existe la posibilidad de que las reglas y principios se entrecrucen. Este enlazamiento, así como los conflictos pueden surgir debido a que las normas y principios no tienen límites o fronteras establecidas.

La consistencia es otro concepto que debemos tener claro: La consistencia sirve a los fines de la justicia, la identificación de similitudes y diferencias entre cada caso hacen posible el demostrar que casos similares deben ser tratados de manera similar. El refinamiento gradual de un principio de consistencia, probados en la sucesión de casos concretos, hace posible la destilación de un análisis detallado y cuidadosamente considerado difundido entre la totalidad de las decisiones individuales. Este es un proceso continuo. Los principios legales nunca son estáticos.

³³ El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, según lo dispuesto por el artículo 93, fracción 1), de la Carta de las Naciones Unidas, es obligatorio para todos los Estados miembros de la ONU. Las fuentes mencionadas en aquella disposición se encuentran también reconocidas por los Estados que no pertenecen a la ONU. En dicha disposición podemos diferenciar entre fuentes primarias y fuentes secundarias. Las primarias son los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

Las situaciones de conflicto proporcionan la materia prima; los factores y elementos con los que determinan el contenido de las normas de Derecho Internacional: tanto en lo referente a la solución de dichos conflictos³⁴, como al contenido normativo de los instrumentos legales concluidos para evitar que dichos conflictos se repitan³⁵.

Es un hecho que los Estados, se están volviendo relativamente menos importantes, ya que el poder y la influencia de otras instituciones se incrementa. El cambio es necesariamente gradual; los Estados aún poseen un gran poder en comparación con otras instituciones sociales. Así, los mayores desarrollos en lo que se refiere al derecho internacional en situaciones de post conflicto ocurrirán no en las normas primarias tradicionales, sino en otros tipos de normatividad que se encuentran fuertemente influenciados por el ambiente cultural contemporáneo y el derecho internacional ha iniciado hoy un proceso de migración hacia áreas de la vida privada.

EL CONSEJO DE SEGURIDAD Y TERRORISMO

Los acontecimientos del 11 de septiembre, vinieron a modificar profundamente el curso que llevaban las relaciones internacionales y el derecho internacional; por primera vez se encontró frente a un gran reto: debía dar una respuesta efectiva y oportuna ante una situación que nunca antes había ocurrido en donde no fueron utilizadas armas tradicionales para un ataque, en lugar de eso, instrumentos tan cotidianos como aviones de pasajeros se convirtieron en armas de destrucción masiva. No hay duda de que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sirvió de base de todas las acciones emprendidas, ya que es éste quien sustenta la responsabilidad principal de mantener la paz y la seguridad internacional³⁶. Así, se vuelve imprescindible referirnos a la base que

³⁴ Referencia hecha especialmente al inciso d) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que sitúa a las decisiones judiciales como fuente de Derecho Internacional.

³⁵ La propia Carta de las Naciones Unidas fue concluida al término de la Segunda Guerra Mundial, lo cual la convierte claramente en un ejemplo de norma pos conflicto.

³⁶ Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas: "El Consejo determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y

sustenta estos principios, y al papel que desempeñó el Consejo de Seguridad para afrontar esta situación.

Antes que nada, es necesario definir el concepto de terrorismo ya que el gran desacuerdo que existe sobre la noción de dicho concepto ha representado un gran obstáculo para tomar medidas significativas en el plano internacional. Si el terrorismo es definido estrictamente en términos de los ataques a objetivos no militares, varios ataques a instalaciones militares o residencias de soldados no podrían ser incluidos en las estadísticas, entonces, tomemos la definición del consenso académico la cual en síntesis nos dice que el terrorismo viene siendo un método inspirado en la ansiedad el cual representa actos violentos, empleados por individuos clandestinos o semiclandestinos, un grupo o actores estatales, por razones de idiosincrasia, políticas o simplemente criminales, donde en contraste con el asesinato, los objetivos directos de violencia no son los blancos principales. Las víctimas inmediatas generalmente son elegidas al azar o seleccionadas dentro de la población, lo cual sirve como generador de mensajes³⁷. Así, empezando con esta definición, vayamos más a fondo para entender el papel que desempeña el Consejo de Seguridad ha desempeñado ante esta lamentable situación.

El Consejo de Seguridad está constituido por quince Estados, cinco de ellos son permanentes, los demás, son elegidos por un período de dos años por la Asamblea General³⁸. Las principales funciones del Consejo de Seguridad consisten en hacer

hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

³⁷ Hemos tomado esta definición debido a que esta interpretación engloba las principales características del terrorismo y en base a ella, analizaremos la respuesta del Consejo de Seguridad y las acciones de los actores involucrados en los acontecimientos.

1. ³⁸ Artículo 23 de la Carta de las Naciones Unidas: El Consejo de Seguridad se compondrá de quince miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, serán miembros permanentes del Consejo de Seguridad. La Asamblea General elegirá otros diez Miembros de las Naciones Unidas que serán miembros no permanentes del Consejo de

recomendaciones para la resolución de conflictos de manera pacífica y tomar acciones en contra de cualquier amenaza para la paz, cualquier violación al establecimiento de la paz y actos de agresión. En este punto, el Consejo de Seguridad hace un llamado al derecho de todos los Estados a proteger a sus ciudadanos de actos de terrorismo que constituyan una amenaza internacional. Como sabemos, la supresión de actos de terrorismo internacional, es esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional.

El Consejo de Seguridad ha sido muy cauteloso en lo que se refiere a todas sus resoluciones que conciernen al terrorismo: en la Resolución 731 del 21 de enero de 1992, sobre el vuelo Pan Am 109 en la ciudad de Lockerbie, Escocia, el Consejo de Seguridad convocó a todos los Estados, en concordancia con la Carta de Naciones Unidas y los principios de derecho internacional³⁹, con el propósito de proteger a sus ciudadanos de actos de terrorismo. De manera similar, la Resolución 748 del 31 de marzo de 1992,

-
- Seguridad, prestando especial atención, en primer término, a la contribución de los Miembros de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás propósitos de la Organización, como también a una distribución geográfica equitativa.
2. Los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad serán elegidos por un periodo de dos años. En la primera elección de los miembros no permanentes que se celebre después de haberse aumentado de once a quince el número de miembros del Consejo de Seguridad, dos de los cuatro miembros nuevos serán elegidos por un periodo de un año. Los miembros salientes no serán reelegibles para el periodo subsiguiente.
 3. Cada miembro del Consejo de Seguridad tendrá un representante.

³⁹ A este respecto debe mencionarse que el caso llevado a la Corte Internacional de Justicia por Libia en contra de los Estados Unidos y el Reino Unido en conexión con el incidente Lockerbie (que versa sobre la interpretación de una Convención Multilateral acerca de la jurisdicción criminal, y el derecho de los Estados de rehusarse a extraditar a sus propios nacionales, en conexidad con las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad bajo los alegatos de que Libia era responsable de fomentar el terrorismo en general, y en particular del incidente del vuelo 104 de Pan Am), ha planteado la cuestión de si la Corte Internacional de Justicia puede revisar las decisiones tomadas por el Consejo de Seguridad de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

definió en su Preámbulo que la supresión de actos de terrorismo internacional es esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. La Resolución 1371 del 30 de septiembre del 2001 sobre la erradicación del terrorismo, se basa en el Capítulo VII de la Carta y estipula que ahora la condena de grupos terroristas, con toda la información del caso y la persecución interna, dejará de ser un acto voluntario para volverse un acto de obligación legal internacional.

Finalmente, en la Resolución 1371 sobre terrorismo del 28 de septiembre del año pasado, el Consejo de Seguridad vio con preocupación la fuerte conexión entre el terrorismo internacional y los movimientos ilegales nucleares, químicos y biológicos, así como otros materiales potencialmente mortales. El peligro inmediato más peligroso, podría surgir de un grupo no estatal, o aún de individuos que adquieran y usen armas nucleares, biológicas o químicas. Entonces, mientras algunos expertos han notado que el uso de dichas armas en probabilidad es bajo, también previenen que puede haber serias consecuencias de ser utilizadas. Cada Estado debe trabajar en conjunto para fortalecer las normas globales contra el uso y la proliferación de armas de destrucción masiva. A este respecto, el Secretario General de Naciones Unidas sugiere:

- Redoblar esfuerzos para asegurar la universalidad, verificación y la completa implementación de tratados clave relacionados con las armas de destrucción masiva, incluyendo aquellas armas químicas y biológicas así como la proliferación de armas nucleares.
- Promover una cooperación más cercana entre las organizaciones internacionales que se encargan del control de este tipo de armas.
- Una legislación nacional más estricta en lo que se refiere a la exportación de bienes y tecnología necesarias para construir armas de destrucción masiva y sus sistemas de recepción o entrega⁴⁰.

⁴⁰ Declaración hecha por el Secretario General de la ONU, Koffi Annan efectuada el 12 de noviembre del 2001 donde se invoca la participación y colaboración de todos los Estados en la lucha contra el terrorismo.

Considerando estas resoluciones que emanan de la lucha contra el terrorismo, vemos que el Consejo de Seguridad no sólo implementa las normas jurídicas de Derecho Internacional, sino que también las produce⁴¹. Por ello, desempeña un papel fundamental dentro del sistema legal internacional ya que los derechos y obligaciones que se derivan de las resoluciones de este órgano, pueden suplantar los derechos y obligaciones que se derivan de tratados y convenciones.

Las Resoluciones del Consejo de Seguridad en favor de la paz y la seguridad internacional, también han promovido el desarrollo progresivo del derecho internacional. El establecimiento de tribunales judiciales por este órgano ha tenido importantes implicaciones para el sistema legal internacional, conduciendo a través de la operación de un proceso judicial al desarrollo no sólo de los aspectos que se refieren al procedimiento del derecho criminal internacional sino también a su contenido⁴².

Es necesario recordar que el Consejo de Seguridad no es un órgano judicial, debido a ello, no puede intervenir en asuntos de carácter penal; produce patrones legales reconocidos que cambian la posición legal tanto de los Estados como de los individuos, trayendo consigo consecuencias legales y haciendo posibles nuevos enfoques normativos. Es por tanto: que en el contexto de las resoluciones del Consejo de Seguridad, se debe evitar el utilizar palabras derivadas del vocabulario del derecho criminal.

JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Otro concepto que tenemos que puntualizar, es el que se refiere a la doctrina de la jurisdicción universal la cual menciona que algunos crímenes son tan horribles que sus perpetradores no deberían escapar a la justicia invocando doctrinas de inmunidad

⁴¹ Mediante el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas se establece la obligatoriedad de las decisiones del Consejo de Seguridad: "Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta". Y en las resoluciones del Consejo se puede encontrar evidencia de la costumbre internacional.

⁴² Como los establecidos en Rwanda o Yugoslavia.

soberana o la sacrosanta naturaleza de las fronteras nacionales⁴³. Y en un sentido amplio, debemos entender a la Jurisdicción Universal como el poder un Estado para perseguir y castigar a los autores de ciertos hechos, sin importar cuándo, en dónde o contra quién hayan sido cometidos.

El concepto de jurisdicción universal es de creación reciente. Aún en lo que se refiere a la Convención sobre el Genocidio, nunca se pensó que ésta pudiera llevar ante una corte a líderes pasados o futuros de una nación por parte de magistrados nacionales de algún otro Estado donde no fueron cometidas dichas violaciones. Este principio, sin embargo, ha sido implícitamente reconocido en los tratados que versan sobre determinados crímenes, tales como los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura son ejemplos de estos crímenes.

La necesidad de perseguir a individuos culpables de estas atrocidades se ha vuelto un asunto aceptado dentro del derecho internacional. Según algunos especialistas, existen dos enfoques de acercamiento a este tema: el primero se refiere a la aplicación de procedimientos domésticos de justicia criminal ante violaciones de los estándares universales, algunos de los cuales se encuentran incluidos en Convenciones de Naciones Unidas, autorizando a las autoridades nacionales a perseguir a los criminales dentro de sus jurisdicciones a través de la extradición desde terceros países. El segundo enfoque se refiere al establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Algunos tratados internacionales colocan a los Estados partes ante la obligación de asegurar que los sospechosos que se encuentran dentro de sus fronteras serán llevados ante la justicia, ya sea mediante un proceso en sus propias cortes o por medio de la extradición, enviándolos a cumplir un juicio en otro lugar. Esta obligación se encuentra incluida en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, donde los Estados partes están obligados a buscar y procesar o extraditar a todos aquellos que han cometido serias

⁴³ Debiendo puntualizarse que este principio puede llevarnos ante el serio dilema de: ¿Qué pasaría si un individuo fuese castigado por hechos cometidos bajo el amparo de la ley doméstica en vigor en el tiempo en que dichas acciones fuesen cometidas?

violaciones de dichas Convenciones, las cuales incluyen asesinato, tortura o trato inhumano, causando grandes sufrimientos al cuerpo o a la salud y otras violaciones graves a los derechos humanos. Cabe señalar que una debilidad importante dentro de las Convenciones es que la práctica de la jurisdicción universal aplica sólo para ofensas cometidas en conflictos armados internacionales.

Se reconoce ampliamente que el derecho internacional consuetudinario permite la práctica de la jurisdicción universal por genocidio, crímenes de lesa humanidad, y violaciones serias al derecho de guerra en conflictos armados internos. El ejercicio de la jurisdicción universal, donde un Estado procesa a una persona sin importar dónde o en contra de quién se haya cometido el crimen es un ejemplo de jurisdicción extra territorial, y una excepción a la situación normal donde un Estado procesa a un individuo por crímenes cometidos dentro de su propio territorio. La jurisdicción extra territorial cada vez se vuelve más común.

Algunos obstáculos a la persecución de estos crímenes pueden ser explicados en parte por la manera *ad hoc* en la que cada jurisdicción ha sido decretada después de que un Estado ratifica un tratado en particular. Las limitaciones de este acercamiento *ad hoc* se han visto reflejados en los esfuerzos para llevar al ex líder chileno Augusto Pinochet ante la justicia en Europa. De todos los terribles actos cometidos contra la población chilena durante su mandato, por las limitaciones de las leyes inglesas y españolas, sólo los crímenes de tortura podían ser considerados por la Cámara de los Lores para llevar la causa ante la jurisdicción universal. Este resultado nos revela las deficiencias no sólo de las leyes nacionales sino también del derecho internacional ya que aún no existe un tratado que obligue a los Estados partes a practicar la jurisdicción universal en lo que se refiere a las desapariciones o asesinatos extrajudiciales u otros crímenes similares.

Los procesos judiciales que se iniciaron en contra de Pinochet en el Reino Unido, España, Bélgica, Suiza, Alemania y Francia también han demostrado la presencia de otros obstáculos importantes para la práctica de la jurisdicción universal, entre ellos encontramos las inmunidades o las prohibiciones a la legislación retrospectiva. Estos

casos han demostrado la importancia de una legislación adecuada y la cooperación en otras áreas del derecho como lo es la extradición. Así, una lección importante que debemos aprender es que la presencia o ausencia de la implementación de una legislación adecuada es importante para determinar si un Estado será capaz de llevar a la práctica efectivamente la jurisdicción en base a los principios de la jurisdicción universal.

Otros aspectos del sistema legal de un país que son importantes incluyen la capacidad o la voluntad de sus autoridades encargadas de investigar y perseguir a quienes cometen ofensas para llevar a cabo un proceso en casos que envuelven violaciones a los derechos humanos o a las leyes humanitarias cometidas fuera de sus fronteras. El implementar una adecuada legislación se vuelve necesario aún dentro de Estados que son partes en tratados internacionales y que una vez ratificados, se incorporan automáticamente a las leyes nacionales; esto es necesario para permitir a un Estado el aplicar sus leyes y procedimientos nacionales a cada caso particular.

Dicha legislación deberá definir el crimen y las penas que serán impuestas en condena, designar cortes competentes según el caso y establecer claramente la base del ejercicio de la jurisdicción universal. Algunos Estados han adoptado provisiones generales en las cuales el derecho criminal doméstico puede ser aplicado a actos cometidos en el extranjero en casos donde un tratado internacional del cual el Estado es parte le obliga a tomar esas medidas. La práctica efectiva de la jurisdicción universal es una herramienta muy importante en la lucha contra la impunidad ante crímenes internacionales, y un arma importante también en situaciones de post conflicto.

DERECHOS HUMANOS

El Derecho Internacional ha tenido importantes cambios, uno de los más relevantes es el desarrollo de la idea de los derechos humanos, particularmente en lo que se refiere a crímenes de lesa humanidad donde como hemos visto, hoy nos encontramos ante la posibilidad de juzgarlos a través de cualquier frontera.

El concepto de derechos humanos es un concepto dinámico y ha sido sujeto a cambios y a diversas interpretaciones, esto lo podemos ver claramente en la historia constitucional de los países Occidentales. Pero, también es importante el mantener la esencia del concepto: todo individuo tiene ciertos derechos inalienables que le protegen a él o a ella contra la interferencia del Estado o el abuso del poder de parte del gobierno⁴⁴. Así, los derechos humanos son considerados como aquellos derechos morales de la persona que son necesarios para llevar una vida con dignidad.

Estos derechos civiles y las libertades fundamentales son, por ejemplo, el derecho a un juicio justo, la libertad de religión o la libertad de expresión. Cabe mencionar que la diversidad cultural, económica y política de la comunidad internacional conlleva consigo dificultades para encontrar un consenso global en lo que se refiere al significado de los derechos humanos en distintas áreas.

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado en las últimas cuatro décadas trazando sus orígenes en la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. No es necesario mencionar que no existían normas que hoy se pudiesen considerar como parte del derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, el derecho internacional anterior a las Naciones Unidas desarrolló varias reglas e instituciones que hoy forman parte de este derecho.

La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos encuentra una profunda preocupación en lo que se refiere a la violación de los derechos humanos durante conflictos armados, afectando sobre todo a la población civil, en especial a los niños, mujeres, ancianos y discapacitados. La Conferencia hace un llamado a todos los Estados y todas las partes involucradas en conflictos armados a observar estrictamente el derecho internacional humanitario tal como se establece en las Convenciones de Ginebra de 1949 y otras reglas y principios del derecho internacional así como los estándares mínimos de protección a los derechos humanos que se mencionan en convenciones internacionales.

⁴⁴ Vincent, R. *Human Rights and International Relations*, U.K. 1999.

El desarrollo de los derechos humanos en el ámbito internacional es una de las innovaciones más sobresalientes del derecho internacional porque éste tiene el poder de desencadenar fuerzas explosivas que desafían el principio básico del sistema, este es, el principio de soberanía⁴⁵. Sin embargo, un mayor acercamiento al gran cuerpo de reglas y documentos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos revelan que aún existe la dificultad de decidir si un individuo tiene obligaciones ante el derecho internacional o si sólo deriva beneficios⁴⁶.

La protección a los derechos civiles de los individuos en contra de la interferencia del Estado aún permanece como una importante tarea y es en ésta área donde el derecho internacional y la aplicación de toda una maquinaria ha tenido sus mayores progresos al respecto. Las metas de las Naciones Unidas enlistadas en el Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas incluyen la promoción y el estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, lenguaje o religión. Por otro lado, las innumerables violaciones a los derechos humanos que continúan en todo el mundo, demuestran la necesidad de concentrar esfuerzos para asegurar el respeto de esas facultades de tal forma que los civiles, prisioneros de guerra, soldados heridos o refugiados, reciban la protección que necesitan, sancionando a todos aquellos que violen el Derecho Internacional Humanitario⁴⁷.

⁴⁵ Sin duda, el desarrollo de los derechos humanos ha dado lugar a grandes cuestionamientos, entre ellos, el respeto a la soberanía de cada Estado, es decir, hasta dónde el deber de respetar los derechos humanos puede traspasar los límites de las fronteras nacionales e influir considerablemente en la actuación de los gobiernos.

⁴⁶ Podemos encontrar que si el Derecho Internacional impone, así como en el derecho romano de propiedad, un deber universal de respeto al titular de dichos derechos. Como puede desprenderse, en lo tocante a violaciones masivas de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad el apartado anterior, acerca de la Jurisdicción Universal.

⁴⁷ Específicamente: los [Convenios de Ginebra de 1949](#) para la protección de las víctimas de la guerra [1] y sus [Protocolos adicionales de 1977](#) [2], de la [Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales](#) y su reglamento [3], y de la [Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales](#) y sus cuatro protocolos [4].

Ha reconocido la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta en los términos del [artículo 90 del protocolo adicional I de 1977](#) [5] y ha ratificado –el 14.9.99- la [Convención de Ottawa sobre la prohibición de minas antipersonal](#).

De esta forma, existirá una garantía de credibilidad del derecho y las leyes que de éste emanan; también recordará la responsabilidad de todos aquellos que luchan y la voluntad y el compromiso de la Comunidad Internacional hacia el respeto de los derechos humanos y la aplicación efectiva de ellos quedará demostrada.

El mayor problema sin embargo, no es tanto la creación de nuevas leyes, sino más bien la aplicación de todo el órgano existente de leyes y principios humanitarios. A este respecto debe mencionarse la tendencia de ciertos Estados a reclamar jurisdicción sobre crímenes en contra de los Derechos Humanos. El primer caso de este tipo decidido por un tribunal nacional fue *Filartiga v. Peña Iraia* en que un ciudadano paraguayo demandó en los Estados Unidos en contra de un ex – oficial de policía (que ilegalmente vivía en los Estados Unidos) por la tortura y muerte del hermano del demandante, cometidos tres años antes. La Corte de Apelaciones del Segundo Distrito encontró al demandado, *hostis humani generis*, enemigo de la humanidad. El fallo sostuvo que la tortura bajo la investidura de una autoridad “oficial”, aun cuando no pudiera atribuirse directamente al gobierno, es una violación al derecho internacional, y que los torturadores descubiertos en los Estados Unidos podrían ser demandados ante una Corte norteamericana, con independencia del lugar en donde fueron cometidos los crímenes⁴⁸.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Aparte de los tratados y convenciones que imponen obligaciones a los Estados partes en relación con ofensas específicas, como vimos anteriormente, se reconoce que el derecho consuetudinario internacional permite el ejercicio de la jurisdicción universal por genocidio y crímenes de lesa humanidad, así como por serias violaciones al derecho de guerra en conflictos armados internos. Todo esto se encuentra dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma de julio de 1998, y esto estimulará a

⁴⁸ Symposium – Federal Jurisdiction, Human Rights, and the Law of Nations: Essays on *Filartiga v. Peña –Irala*, Ga, JICL 11 (1981), 305- 41; F. Hassan, A Conflict of Philosophies: The *Filartiga* Jurisprudencie, ICLQ 32 (1983), 250- 8. Citado por Peter Malanczuk en “Akerhurt’s Guide to International Law; Routledge; 1997.

los Estados a hacer uso de la jurisdicción universal por dichas ofensas. El Estatuto de Roma dio origen al establecimiento de la Corte Penal Internacional, la cual es permanente y no tiene límites geográficos. Es importante mencionar que el establecimiento de la Corte llevó consigo un largo proceso histórico.

El primer intento por crear una Corte Penal Internacional en un nivel teórico, se dio al terminar la Segunda Guerra Mundial y continuó con mayor intensidad al término del segundo conflicto. Las atrocidades que se cometieron en la Ex Yugoslavia y Rwanda se volcaron en la conciencia de la humanidad e intensificaron la voluntad de la comunidad internacional de crear un órgano de justicia. La violencia y la brutalidad que se extendía en forma masiva durante la guerra que aconteció en la Ex Yugoslavia, sin precedente alguno en Europa desde 1945 en lo que se refiere a asesinatos masivos y la implementación de políticas llamadas de “limpieza étnica”, la existencia de campos de concentración, violaciones y torturas organizadas, provocaron que el Consejo de Seguridad tomara la decisión por medio de la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 (con referencia a la resolución 770 de 1992), de establecer un tribunal internacional *ad hoc* el cual sería implementado para procesar a todas aquellas personas responsables de serias violaciones al derecho humanitario internacional. La decisión se basó en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, siguiendo un reporte del Consejo que había sido solicitado por el Secretario General.

Durante los últimos seis años, la Corte Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha acusado alrededor de 84 individuos por crímenes de guerra y el Tribunal hoy ha presentado acusaciones al presidente yugoslavo Slobodan Milosevic así como a otros cuatro oficiales yugoslavos.

No cabe duda que Milosevic es culpable de graves violaciones a los derechos humanos (durante la guerra de los Balcanes, por su apoyo a las milicias serbio bosnias lideradas por Radovan Karadzic; y muy especialmente por la situación creada en la provincia de Kosovo), lo que no tiene precedente sobre la acusación de Milosevic es que

éste representa la primera ocasión en que a un líder contemporáneo: se le acusa por crímenes de guerra cuando éstos siguen teniendo lugar.

El Tribunal para la Ex Yugoslavia representa un progreso real para las víctimas de abuso de los derechos humanos pero no debemos olvidar que éste aún es un tribunal *ad hoc* y hay muchas situaciones que quedan fuera de su competencia⁴⁹.

Similar a lo que sucedió con el Tribunal para la Ex Yugoslavia, en noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad decidió establecer una Corte Criminal para procesar a los responsables de los crímenes perpetrados en Rwanda. Estos tribunales aplicaron la ley que ya existía, las leyes del derecho internacional humanitario, el cual se refiere en sus estatutos. Cabe señalar que estos tribunales no crearon nuevas leyes, y la jurisdicción estaba limitada a los territorios que ocupaban, ello les impedía tener competencia sobre violaciones cometidas en cualquier otro lugar, aun en conexión directa con el conflicto.

Los Estados normalmente están de acuerdo en que los criminales deben de ser llevados ante la justicia por medio de sus instituciones nacionales, pero es importante señalar que en tiempos de conflictos, ya sean domésticos o internacionales, dichas instituciones a veces no tienen la voluntad o se encuentran incapacitadas para actuar, usualmente esto se debe a dos razones: los gobiernos frecuentemente carecen de la voluntad política para llevar ante un juicio a sus propios ciudadanos o aún a oficiales de alto rango como fue en el caso de la Ex Yugoslavia; o las instituciones nacionales pueden estar colapsadas como sucedió en el caso de Rwanda⁵⁰.

⁴⁹ Debemos mencionar por ejemplo, que un grupo de juristas canadienses, de acuerdo con ámbito especial y temporal de jurisdicción de dicho tribunal, sostuvieron que los errores cometidos por la OTAN durante los bombardeos de 1999, debían ser investigados y juzgados por el mismo tribunal encargado de juzgar a Milosevic.

⁵⁰ La importancia de hacer efectiva la responsabilidad individual de los autores de crímenes de guerra no debe hacernos olvidar la responsabilidad que recae sobre los propios Estados para la promoción y aplicación del derecho internacional humanitario. El primer artículo de los Convenios de Ginebra establece claramente que son los Estados son los responsables de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario en todas las circunstancias.

El derecho internacional ha promovido tratados y costumbres, que a su vez, han producido una serie de reglas, leyes y normas que prohíben atrocidades tales como el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, o prohibiendo el uso de gas venenoso y armas químicas o biológicas⁵¹. Sin embargo, vemos que las estadísticas de aplicación y cumplimiento de estas leyes no son muy altas.

Durante casi medio siglo, las Naciones Unidas han reconocido la necesidad de establecer una corte permanente para perseguir y castigar a todo aquel que resulte responsable por esos crímenes. Hasta ahora, los intentos de crear dicho mecanismo no habían tenido ningún éxito, aunque las continuas violaciones enfatizaban esa necesidad.

Los conflictos de hoy, por lo regular tienen sus raíces en las fallas cometidas para solucionar los daños del ayer (la Segunda Guerra Mundial puede encontrar su origen en el tratado de Versalles; un ejemplo mucho más actual se puede encontrar en los Balcanes). La lucha contra la impunidad no sólo es un asunto de justicia sino que se encuentra intrínsecamente ligada a la búsqueda de una paz duradera en situaciones de post conflicto. Una corte de naturaleza permanente puede actuar de manera más rápida que un tribunal *ad hoc* que ha sido establecido después de que serios crímenes ya se han cometido. Como una entidad establecida, su existencia servirá como fuerza de disuasión, enviando un mensaje a todos aquellos posibles perpetradores de crímenes de lesa humanidad.

⁵¹ [Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas \(biológicas\) y tóxicas y sobre su destrucción](#). Abierta a la firma en Londres, Washington y Moscú el 10 de abril de 1972.
[Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados \(CCW\)](#). Ginebra, 10 de octubre de 1980.
[Protocolo sobre fragmentos no localizables \(Protocolo I\) \(CCW.P.I\)](#). Ginebra, 10 de octubre de 1980.
[Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados](#). Ginebra, 10 de octubre de 1980.
[Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción](#). París, 13 de enero de 1993. [Anexo sobre sustancias químicas](#).

Lo que es más importante, la existencia de una Corte Penal Internacional, estimulará a los Estados y a sus cortes nacionales a practicar la jurisdicción sobre crímenes cometidos dentro de sus territorios o por sus nacionales ya que de no hacerlo, la Corte podrá intervenir para investigar y procesar a los responsables. El establecimiento de una corte de carácter permanente, también evitará la aplicación selectiva de la justicia que existía en el método *ad hoc* que sólo se enfocaba a ciertos conflictos y no a otros.

La Corte Penal Internacional ha sido llamada el eslabón faltante en el sistema legal internacional. La Corte establecida en la Haya sólo se ocupa de casos entre Estados, no entre individuos⁵². Sin una corte internacional que se ocupe de la responsabilidad individual como un mecanismo regulatorio, actos como el genocidio y serias violaciones a los derechos humanos no podrán ser castigados.

Ahora, cabe preguntarnos, ¿Por qué le tomó a la Asamblea General cincuenta años para llevar a cabo el establecimiento de una Corte con estas características?

La explicación tiene aspectos tanto políticos como legales:

El objetivo principal es la persecución y el cumplimiento de la ley que claramente guarda prerrogativas soberanas. Bajo la mayoría de los sistemas legales del mundo, las cortes nacionales tienen jurisdicción sobre crímenes cometidos dentro de sus territorios, sin tomar en cuenta quién perpetró el crimen, en adicional a esto, el castigo debe ir en concordancia a las leyes nacionales y a sus propias cortes, y los criminales deben cumplir sentencias en las prisiones del país donde los actos son cometidos. La jurisdicción nacional prevalece en todas estas situaciones.

Algunos Estados, mientras apoyan el establecimiento de una corte internacional, se muestran renuentes a la creación de un cuerpo que pudiese invadir su soberanía

⁵² Artículo 34 fracción 1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "Sólo los Estados podrán ser partes en casos de ante la Corte".

nacional: así, existe un debate entre la compatibilidad constitucional y la Corte Penal Internacional.

Mientras que en algunos países, se han dado lugar a diferentes cuestionamientos acerca de la compatibilidad entre Estatuto de la Corte por un lado, y las provisiones constitucionales relevantes (en varios países, después de un detallado análisis, las preocupaciones iniciales han dado lugar a la visión de que el Estatuto y la Constitución en realidad pueden ser vistas como compatibles).

Existen además tres asuntos que han surgido con particular regularidad en los debates relativos al establecimiento de la CPI, y estos son los que se refieren al Estatuto de la Corte con prohibiciones: sobre la extradición de nacionales, las prohibiciones sobre inmunidades, y las prohibiciones sobre el encarcelamiento de por vida.

La Corte Penal Internacional es hoy una institución permanente que se especializa en asuntos penales, autorizada para aplicar su jurisdicción sobre individuos que hayan cometido serios crímenes de relevancia internacional, teniendo un carácter complementario en lo que respecta a las jurisdicciones penales nacionales y ligadas a las Naciones Unidas.

La existencia de una Corte Penal es necesaria, aun tomando en cuenta que ya existe un órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas: la Corte Internacional de Justicia⁵³. La diferencia entre la Corte Penal Internacional y la Corte Internacional de Justicia es que ésta última es un tribunal civil que atiende disputas entre Estados. La Corte Penal Internacional procesará individuos. Los dos tribunales *ad hoc* sobre crímenes de guerra son similares a la CPI sólo que tienen un alcance geográfico limitado mientras que la CPI tendrá un alcance global. La CPI, como una corte permanente, también evitará los retrasos y los costos cuando se crea un tribunal específico cada vez que surge la necesidad.

⁵³ Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas:

La Corte juzga cuatro tipos de crímenes: los crímenes de lesa humanidad, todos aquellos actos cometidos como un ataque sistemático contra la población civil y con conocimiento del ataque, éstos pueden ser un asesinato, exterminación, esclavitud, torturas, desapariciones forzadas, entre otros. Por otro lado, juzga el genocidio el cual se entiende como cualquier acto llevado a cabo con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial y religioso⁵⁴.

El genocidio es reconocido en la Convención como un crimen dentro del derecho internacional que se puede dar tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Los crímenes de guerra, son todos aquellos crímenes cometidos que causan serias violaciones a las leyes y costumbres aplicadas en conflictos armados. Existen Convenciones internacionales establecidas en las últimas décadas que pretenden definir los crímenes de guerra⁵⁵.

Y, finalmente, la Corte (en lo individual, por supuesto) juzga el crimen de agresión, definido como un ataque armado dirigido por un Estado en contra de la integridad territorial o la independencia política de otro Estado cuando el ataque armado se ha llevado a cabo en contraposición a la Carta de las Naciones Unidas⁵⁶.

⁵⁴ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio Adoptado por Resolution 260 (III) A de la Asamblea General de U.N. el 9 de diciembre de 1948.
Entrada en vigor: el 12 de enero de 1951.

⁵⁵ La pregunta que surge es: si no se estableciera un Tribunal como la CPI, ¿quién haría cumplir dichas Convenciones?.

⁵⁶ Únicamente los artículos 42 y 51 establecen los casos en que se autorizará el uso de la fuerza:

Artículo 42 "Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas".

Artículo 51: Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el **Consejo de Seguridad haya** tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en

La Corte no sólo es un instrumento de justicia, sino también es una herramienta adicional del Consejo de Seguridad para procurar el establecimiento de la paz internacional. La Corte provee de un espacio neutral para llevar a cabo un juicio, así, su buena operación reducirá las fricciones que pudieran surgir al extraditar a un sospechoso a otro Estado y la competencia entre Estados por el derecho a abrir un proceso a un individuo o el recurso de los Estados de una acción ejecutoria unilateral. Por otro lado, también ayudará a los Estados a obtener una reconciliación internacional y como resultado, lograr una paz duradera.

Otra consecuencia que tendrá la Corte en su operación será la significativa disminución de costos en los que incurre la Comunidad Internacional y los Estados cuando se termina un conflicto armado y existe la necesidad de reparar las consecuencias. La Corte desempeñará un rol decisivo en el cumplimiento del respeto a los derechos humanos, la prevención de futuros crímenes y el fortalecimiento de los principios fundamentales sobre los cuales, si no es que todas las Constituciones del mundo han sido creadas.

Una de las desventajas de la Corte, es que sólo podrá operar entre aquellos estados que acepten la Convención⁵⁷. Hoy, a pesar de la ratificación del Estatuto por parte de 74 países, la Corte aún no tiene el consenso mundial: por ejemplo, los Estados Unidos han mostrado su negativa a la ratificación.

Las principales objeciones al Estatuto de Roma por parte de los Estados Unidos, se han reducido hoy a un principal problema: los Estados Unidos desean tener la

manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

⁵⁷ Al igual que la Corte Internacional de Justicia cuya jurisdicción no es obligatoria: "La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y en las Convenciones vigentes" [artículo 36, 1), Estatuto de la Corte Internacional de Justicia].

capacidad de exentar a sus oficiales militares y políticos y a su personal de la jurisdicción de la Corte hasta que hayan ratificado el tratado. Desde el punto de vista norteamericano; la corte puede obstaculizar las operaciones militares de la primera potencia del mundo, y posiblemente, llevar a cabo juicios políticos en contra de sus líderes.

Los que apoyan el establecimiento de la Corte, deberán demostrar que ésta puede ser un arma útil en su campaña para lograr un mundo más seguro y civilizado, por ejemplo: previniendo a Saddam Hussein de que si en el futuro comete atrocidades en contra de sus ciudadanos u otros individuos, será llevado ante la justicia.

Por otro lado, la Corte no será capaz de perseguir casos que ya se han atendido anteriormente, e involucrarse en crímenes que hayan sido cometidos en el pasado. Para que la Corte tenga la capacidad de conocer de un determinado asunto, el crimen deberá haberse cometido en un país que haya ratificado el tratado, o el crimen debe haberse cometido por el ciudadano de un país que igualmente lo haya ratificado. El Consejo de Seguridad también puede referir un caso a la Corte.

A pesar de estos movimientos creados dentro del sistema de justicia internacional, en el futuro próximo aún tendrán una gran importancia y un gran papel que desempeñar las cortes nacionales al perseguir a aquellos sospechosos responsables de crímenes internacionales que se encuentren dentro de sus fronteras⁵⁸.

Dentro del derecho internacional actual, todos los Estados pueden practicar la jurisdicción universal en actos como el genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, sin importar la nacionalidad del ofensor, la nacionalidad de las víctimas y el lugar donde el crimen fue cometido. Esto significa que, en un dado caso de genocidio, cada uno de los Estados puede practicar su jurisdicción criminal nacional, sin importar si la custodia, el territorio u otro Estado han dado el consentimiento de practicar esta jurisdicción con anterioridad.

⁵⁸ Ver caso *Filartiga v. Peña -Irala*

CONCLUSION

El derecho internacional representa una forma particular de práctica, razonamiento y argumentación que está socialmente ideada e históricamente construida, basada en un amplio consenso y relativamente bien institucionalizada. La autonomía relativa del derecho como un aspecto distinto de la política envuelve la creación de leyes compartidas que determinan más o menos un universo conceptual.

Aun cuando derecho internacional es claramente inferior al derecho doméstico en lo que se refiere a la sanción y al cumplimiento coactivo de sus normas, provee sin embargo los elementos necesarios y suficientes que determinan la conducta de un Estado hacia la Comunidad Internacional.

Los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus manifestaciones así como la relación de varios países con el tráfico de drogas y otros temas de trascendencia internacional, son actividades que llevan a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial, la seguridad de los Estados y desestabilizan gobiernos constituidos legítimamente. La comunidad internacional debe tomar las medidas necesarias para comprometerse, prevenir y combatir el terrorismo y todas estas actividades.

Por otro lado, la Corte Penal Internacional puede ser una gran herramienta para las futuras generaciones. Su creación representa un paso gigantesco en la marcha hacia el respeto de los derechos humanos universales a través de una justicia supranacional capaz de proteger los valores básicos y fundamentales que ninguna sociedad civilizada debe perder.

El derecho internacional ahora se encuentra ante un gran reto: ¿Cómo reaccionar ante situaciones de post conflicto y cómo aplicar su marco legal al nuevo orden internacional?

En un primer acercamiento, debemos recordar que sólo la paz estable es la única forma verdadera de resolución de conflictos y ésta es muy poco común ya que toma el tiempo y la paciencia pocas veces vista en la vida política; es decir, el Derecho Internacional debe proveer las herramientas y mecanismos necesarios para la prevención de conflictos (artículo 29 de la Carta de las Naciones Unidas).

En este sentido Corte Penal Internacional desempeñará un rol decisivo en el cumplimiento del respeto a los derechos humanos, la prevención de futuros crímenes, al contar con un órgano capaz de hacer valer efectivamente los Tratados y Convenciones relativos a la protección de los Derechos Humanos.

La Comunidad Internacional deberá asimismo adecuar los mecanismos que se tienen para enfrentar las situaciones de conflicto, refiriéndonos al Consejo de Seguridad, órgano que por excelencia está encargado de actuar a nombre de la Comunidad Internacional ante conflictos ya existentes; y cuya actuación; ya como evidencia de costumbre internacional, ya como órgano capaz de usar la fuerza a través de sus resoluciones; trae importantes consecuencias legales para la comunidad internacional, y hace posibles nuevos enfoques normativos.

Por último, el desarrollo del Derecho Internacional está tomando forma en el surgimiento de conceptos normativos que operan enlazando las normas primarias (las reglas de mandato, prohibición o autorización de ciertas actividades y de instituciones legales) para hacer frente a situaciones no previstas cuando dichas normas fueron creadas, sin que por ello los principios contenidos en las mismas dejen de ser válidos tanto para los individuos como para las naciones.

TEMAS IMPORTANTES PARA LA REALIZACIÓN INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Por: Dr. Rogelio Martínez Vera*.

Actualmente existe una importante discusión de los más variados temas jurídicos los cuales con razón y a veces sin ella, se discuten y hasta se están llevando a cabo intentos para modificar, transformar o actualizar, los ordenamientos jurídicos reguladores y en algunos casos más, crear los que se encarguen de regular situaciones motivadas por las nuevas formas de convivencia, que hasta hace relativamente poco tiempo o al momento actual, carecen de dicha regulación. Este abanico de comentarios puede ser útil como temas de investigación, tanto para nuestros estudiantes en sus diversos cursos, como para los profesionales de la ciencia jurídica, quienes pueden enriquecer la producción de ideas y conceptos en torno a estos importantes temas de actualidad. En este número se iniciará una exposición de los más resaltantes temas que en el lapso de un trimestre han preocupado, tanto al Poder Público como a la sociedad en su conjunto. Desde luego, se procurará hacer algunos breves comentarios sobre esos temas, a fin de dejar abierta la posibilidad de trabajo a los investigadores, tanto a los que lo hacen en el campo profesional, como a quienes se dedican a esta actividad, como requerimiento académico en sus cursos de derecho.

TRATAMIENTO FISCAL ESPECIAL A MAQUILADORAS

Mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación del día 7 de agosto pasado, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público amplió hasta el 2007, el plazo que expiraba en diciembre del año 2003, para que las empresas maquiladoras quedaran fuera de la aplicación de la norma jurídica que ubica a este tipo de empresas como una persona moral con *establecimiento permanente*, y consecuentemente, obligadas al cumplimiento general de las obligaciones que impone la Ley del Impuesto sobre la Renta a este tipo de contribuyentes; una entre las más importantes, es la consistente en el pago de su impuesto mediante el cumplimiento de la exigencias que le ley de la materia impone a todas las personas morales, las cuales deben aplicar una tasa del 32% al resultado fiscal del ejercicio (Ingresos totales, menos las deducciones legales, menos las pérdidas de ejercicios anteriores). Por supuesto, los directivos de las empresas maquiladoras se encuentran felices por la prórroga concedida por cuatro años más para esta empresas que las colocan en una situación de privilegio frente a las demás empresas manufactureras de origen nacional. Esta ventaja tributaria consiste en que estas empresas tributan en el ISR sobre la base de un único pago del 6.5% sobre sus costos y gastos (o sobre sus precios de transferencia). Inclusive, la Asociación Nacional de Empresas Maquiladoras está negociando que esta facilidad tributaria se otorgue no solamente a las empresas ya establecidas, sino inclusive, a las que se instalen posteriormente.

*Coordinador del Centro de Investigación Jurídica y editor responsable de *IUSTITIA*.

Los interesados buscarán en este largo lapso de 5 años (entre 2003 y 2007), que esta ventaja fiscal se contemple no en una resolución administrativa como se ha hecho hasta ahora, sino en la propia Ley del ISR, y para tal efecto, no repararán en gastos para *cabildear* ante el Congreso de la Unión, una reforma legal que les favorezca no sólo de manera temporal, sino permanente. Estas empresas han logrado parcialmente su objetivo, puesto que ciertas ventajas fiscales se han insertado en la Ley de Ingresos de la Federación para el año 2003, y aunque esa ley tiene sólo vigencia de un año, ya representa para las empresas maquiladoras un avance, puesto que le han *quitado* al Ejecutivo la facultad de darles de manera precaria, ventajas fiscales. A partir de ahora, el Congreso de la Unión será el facultado para empezar a manejar la regulación fiscal de este importante sector económico.

Esta regulación debe abarcar desde luego un mejor y más eficaz control sobre las mercancías que se importen temporalmente para su transformación. Con no poca sorpresa hemos recibido información a través de los medios de difusión, que algunas empresas maquiladoras realizan operaciones de importación temporal de productos totalmente manufacturados en el extranjero, que subrepticamente, aprovechando la falta de controles, tanto de las autoridades de la secretaría de Economía como de la de Hacienda y Crédito Público, colocan en el mercado nacional en forma fraudulenta, tipificándose en estos casos inclusive, el delito de contrabando. ¿Qué hacer en estos casos? ¿Cómo optimizar los controles existentes, que no han resultado eficaces? ¿En verdad las empresas maquiladoras son *la gallina de los huevos de oro*, que salvarán la economía mexicana, como por ahí lo pregonan algunos?

Los investigadores tienen frente a sí, un problema jurídico, político y económico de una gran trascendencia para nuestro país.

EL AGUA COMO RECURSO NATURAL SUSTENTABLE

En la tercera semana del mes de octubre pasado, se celebró en México el Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, organizado por el Instituto Nacional de Ecología. Desde luego, en este encuentro no estuvieron los más importantes conocedores del derecho ambiental en México, desgraciadamente. Se trató de un encuentro propiamente cerrado, celebrado entre representantes casi exclusivamente gubernamentales. La academia por ejemplo, no contó con importante representación en el evento.

El Secretario de Medio Ambiente, señor Lichtinger señaló en su discurso de inauguración del Encuentro, que la actual legislación vigente en el país sobre el agua, presenta numerosas lagunas y que por consiguiente, se está preparando *junto con el Congreso* una iniciativa de Ley para regular la explotación de este importante recurso natural. La doctora Mabarak publicó en el número 3 de IUSTITIA un importante estudio sobre los recursos naturales y la legislación aplicable. El tema central de este estudio se refiere precisamente al agua. Se recomienda al investigador de este tema, la lectura de este material.

Mabarak destaca que el agua recurso natural indispensable para la vida, es un elemento escaso, mal distribuido y peor aprovechado. La administración de este recurso debe hacerse de manera cuidadosa y responsable, si se toma en cuenta que SOLO el 1% del total de agua existente en el planeta es apta para consumo de los seres humanos, y que esta proporción está disminuyendo alarmantemente por el uso, pero sobre todo, por el abuso que se ha hecho de este vital líquido, con la colaboración a veces, y en otras por la negligencia con la que han actuado las autoridades responsables de la administración, regulación y control de este líquido.

Nuestra autora señala también que existe una importante legislación sobre este tema. Parece que no se requiere tanto una mayor legislación, sino mayor orden y congruencia de las autoridades encargadas de esta actividad. Vale la pena estudiar aquí el Plan Nacional de Desarrollo (que nada aporta sobre este tema); el Programa Nacional Hidráulico; la Ley Federal de Aguas; la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación de Aguas, el Reglamento para prevenir y Controlar la Contaminación del Mar; las numerosas Normas Oficiales Mexicanas dictadas sobre el agua, así como los numerosos tratados internacionales sobre la materia, amén de las legislaciones locales existentes en torno a este tema. El trabajo para el investigador es arduo, pero el camino está marcado. En consecuencia surge la pregunta obligada: ¿Es necesario una legislación mayor? ¿Acaso hace falta sólo una mejor legislación? ¿O quizá haga falta exclusivamente un mayor sentido de responsabilidad de las autoridades públicas? Las respuestas están en la calidad de los trabajos que se realicen sobre este importante tema.

PRÓXIMO AUMENTO DE LA NACIONES PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA.

Hace poco tiempo se celebró el famoso Tratado de Niza, mediante el cual las 15 naciones miembros de la Unión Europea acordaron extender a 25 el número de naciones que en un futuro cercano integrarán a este formidable organismo político y económico internacional. El proceso de ratificación del tratado, ha terminado ya, y la aceptación es unánime por parte de las actuales naciones perteneciente a esta Unión. Sólo quedaba pendiente de ratificación Irlanda. Este pequeño país requiere la aprobación de la ciudadanía de todo tratado internacional que celebre su gobierno, mediante un referéndum, el cual se celebró el día 19 de octubre pasado con resultados positivos para la diez naciones aspirantes a pertenecer a la Unión.

Los países que a partir del 2004 serán miembros de la Unión Europea son: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia, Chipre, Malta y República Checa. La Unión en consecuencia, se extenderá hacia el centro y el este de Europa. Se contempla para un futuro inmediato, el ingreso de un país no europeo a esta Unión, y se trata de Turquía. No hay aún consenso para tal decisión, por lo cual tendrá este país que esperar un tiempo mas, hasta la próxima extensión.

Muy pocos teóricos sobre la materia hubieran podido predecir en 1957, cuando se firmó el tratado de Roma por las primeras 7 naciones fundadoras de esta poderosa organización, que tan sólo 47 años, pudieran estar agrupados en la organización 25 naciones, muchas de ellas, las más importantes de la región. Todos los especialistas del tema se preguntan: ¿y Rusia, cuándo? ¿Qué condiciones deben darse para que este poderoso país pudiera ingresar y convivir con Alemania Inglaterra, Francia e Italia? Este sin duda, es un magnífico tema de investigación para los especialistas en política y en comercio internacional.

FALTA DE COMPETITIVIDAD DE LOS PRODUCTORES AGROPECUARIOS MEXICANOS

El panorama presente del campo mexicano es verdaderamente un problema de alcances incalculables, y el futuro inmediato se antoja dramáticamente desfavorable. Ante el avance progresivo de los pactos celebrados en el tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), no sólo fuera sino inclusive dentro del país, los productos nacionales del campo están siendo rebasados en precio, sino también a veces, en calidad, por los productos agropecuarios sobre todo, estadounidenses. Los productores nacionales se encuentran ubicados en un a verdadera encrucijada. Los antecedentes inmediatos de este problema son los siguientes:

Cuando se suscribió el TLCAN, en el año de 1993, México acordó con los estados miembros, Canadá y EUA, que en relación con los productos del campo, se daría un plazo de 9 años para que estos productos, procedentes de los estados miembros, fueran desgravados y pudieran entrar libres de cargas aduaneras a los mercados de los otros países. Seguramente que en 1993 nuestro país pensó que 9 años era un plazo más que suficiente para reconvertir la producción agropecuaria, hacerla competitiva mediante una capitalización al agro, el ingreso de tecnología en la producción de alimentos, el reagrupamiento de las unidades de producción, amén de otras importantes acciones para nivelar la competitividad con las otras dos poderosas naciones, altamente industrializadas, que son los *socios* comerciales de México.

Al acercarse el vencimiento del plazo, la situación es desalentadora: El campo mexicano no se reconvirtió, y en una competencia comercial abierta, como sucede en un tratado de libre comercio, tiene todas la expectativas en su contra. Se está intentando poner en práctica diversos instrumentos legales y económicos. Dentro de los primeros están la implantación de cuotas compensatorias a los productos que ingresan del exterior en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional. Pero para que tales cuotas pudieran ser procedentes, sería necesario que México demostrara que los productos del exterior ingresan a precios de dumping o que los productores extranjeros gozan de subsidios ilegales por parte de su gobierno. El uso de estos mecanismos de protección parecen improcedentes. Otro mecanismo es el establecimiento de cupos a productos agropecuarios procedentes del exterior. Esta medida ya se ha estado implementando desde hace años, aún antes de que entraran los productos extranjeros en un proceso de liberación. De acuerdo con al Ley de Comercio exterior, esta salvaguarda sólo puede

aplicarse de manera temporal, por consiguiente, no resulta aplicable ya en este momento. Es por ello que se están estudiando de manera urgente otros mecanismo de protección.

Los directivos del FIRA, que es un fideicomiso para la protección y fomento de las industria agropecuarias, administrado por el Banco de México, sugiere que los productores mexicanos establezcan alianzas estratégicas entre los productores primarios y el sector agrocomercial. Esta medida se antoja improbable, por virtud de que el sector comercial de los productos del campo, nunca ha mostrado, ni creemos que tenga interés en proteger a los productores nacionales, a costa de utilidades que dejará de percibir. En consecuencia: ¿Qué hacer? ¿Qué medidas legales, económicas y políticas adoptar para detener o remediar el inminente desastre? ¿La medida de solución podría ser la revisión del capítulo agropecuario del TLCAN, como lo sugieren algunos partidos políticos y organizaciones campesinas? Este es un buen tema para el investigador.

PROPUESTAS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA NUEVA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

Como es sabido, existe de parte de numerosos interesados, sobre todo del Poder Público y del sector empresarial, el propósito de que el Congreso estudie y en su caso apruebe, una nueva Ley Federal del Trabajo, o de que cuando menos, se reforme sustancialmente el actual ordenamiento jurídico. Los aspectos fundamentales que contempla la iniciativa que se está elaborando, son los siguientes:

- a) La inclusión de contratos laborales *de prueba*, con el fin de que el empleador verifique en un breve lapso si la persona a quien se pretende contratar en forma definitiva, reúne o no el perfil para el puesto; asimismo, se introduce nuevamente el contrato de aprendizaje, al que ahora se le denominará: de *capacitación inicial*, a fin de que mediante una prudente duración de un contrato de esta naturaleza, la empresa justiprecie el valor del servicio prestado por el sujeto aprendiz o en vías de capacitación, y en proporción a su dedicación, el grado de dificultad de la misma y otros elementos, se determine el salario y la duración de este contrato.
- b) Jornadas de trabajo acordes a las necesidades de producción. En este caso, no se pretende modificar la jornada laboral de 48 horas, sino la relativa a las 8 horas diarias, a fin de acuerdo con las necesidades productivas de la empresa, la jornada diaria pudiera ser mayor, a cambio de un aumento de días u horas de descanso. Aquí se incluye una jornada laboral por horas trabajadas.
- c) La iniciativa contempla la importante necesidad de someter a los sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales, a un registro obligatorio, dentro de un sistema nacional único, que a su vez, sea funcional y se tenga un control adecuado de estas organizaciones, para efectos de manejar una política laboral y económica congruente con las realidades del país.
- d) Establecer como obligatorio para todas las organizaciones sindicales, el sistema de voto secreto para elegir a las mesas directivas, con el propósito de eliminar todo intento de hegemonía, atentados y modelos actualmente viciados por los sistemas de elección.

- e) Establecer dentro de la ley, como causales de infracción y en su caso, de sanción, el hecho consistente en no rendir cuentas de su gestión, así como del manejo de cuotas a los trabajadores.
- f) Se pretende crear un servicio público de conciliación para la resolución de diferencias entre los trabajadores y la empresa, que a manera de mediación, aporte elementos y posibilidades de solución de conflictos y,
- g) Reestructuración de las normas jurídicas mediante las cuales se aplican los mecanismos de huelga, a fin de evitar daños, a veces innecesarios a la fuente de trabajo.
- h) El seguro de desempleo se hará una realidad en esta iniciativa, en donde se pretende darle eficacia y utilidad económica para el trabajador desempleado.

En la elaboración de esta iniciativa, las comisiones encargadas del proyecto han estudiado de manera detallada, otras legislaciones laborales extranjeras acordes con nuestro sistema jurídico, político y económico. Las legislaciones española, argentina, chilena y venezolana, entre las más importantes de iberoamérica fueron consultadas exhaustivamente. Igualmente, se hicieron estudios de derecho comparado entre las legislaciones de la materia de los Estados Unidos de América, de Francia y de Dinamarca. Funcionarios de alto nivel de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también han participado en importantes jornadas de trabajo.

Desde luego, dentro de todos los puntos trascendentes que contiene esta iniciativa, los referidos a la jornada laboral por horas y al emplazamiento a huelga, tienen la mayor importancia, por la trascendencia de las disposiciones que al efecto regulen a estas dos instituciones jurídicas. El investigador tiene en esta materia, numerosas áreas para trabajar en favor de esta materia, vital para el futuro económico de México.

EL PAPEL DE MÉXICO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El prestigio sostenido de nuestro país en la política internacional, se ha visto disminuido por la participación de los actuales gobernantes en los foros intencionales y por actitudes adoptadas en cuanto al sostenimiento de algunas decisiones internacionales referidas a otros países de cuyo régimen interior, nuestro gobierno había sido siempre muy respetuoso. El caso de Cuba es un ejemplo importante. La doctrina Estrada había sido nuestra norma de conducta en la relaciones internacionales. Se han dado casos en los que omitiendo esta importante tesis de don Genaro Estrada, -un prestigiado internacionalista mexicano-, hemos externado críticas oficiales sobre el régimen interno de algunos países, por considerar que en ellos existe ausencia de democracia en su sistema político interior. Esta postura es contraria a la política internacional que por casi 70 años había sostenido el estado mexicano. ¿Es acertado el cambio? ¿Requerimos de una nueva tesis de política internacional en estos menesteres? ¿En verdad, la doctrina Estrada ya no debe ser la tesis fundamental de México en las relaciones internacionales?

Creo que este es un tema muy importante para el investigador jurídico.

EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS QUE ESTE PODER ES PARTE INTERESADA.

En fecha relativamente reciente nos sorprendió una nota de prensa en la cual se informaba que el Poder Judicial de la Federación había celebrado claro, mediante licitación pública, un contrato de obras con una empresa particular, para la construcción de un inmueble que albergaría a algunas oficinas o juzgados dependientes de dicho Poder. Es el caso, que durante el desarrollo de las obras, surgió un conflicto jurídico entre la empresa contratante y el citado Poder Judicial Federal, que amerita por parte de la empresa contratista, la interposición de un juicio. La demandada sería desde luego, una autoridad dependiente del citado Poder Judicial. ¿Es posible que dicho Poder pueda desempeñar simultáneamente el papel de juez y parte?. En caso contrario, ¿Qué hacer para evitar esta presumible aberración jurídica? ¿Porqué en otra época diferente a la actual no se había dado un caso como éste? ¿Quién se encargaba de contratar obras y servicios para beneficio del Poder Judicial de la Federación?

Parece este un tema muy atractivo para el investigador jurídico, cuyo estudio y conclusión, seguramente podría ayudar en la solución de este problema.

VIOLACIONES A LAS LEYES FEDERALES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como es sabido, México tiene el nada honroso papel de ser un país de una alta incidencia en la manufactura y venta de artículos de procedencia ilegal. La producción y venta de artículos de origen ilegal, la reproducción por medio de la fotocopia de obras científicas protegidas por la ley en favor de los autores, son frecuentes y constantes. Esta situación tiene ya un buen número de años, en cuyo transcurso este tipo de actividades ilícitas se han multiplicado en algunos casos, al grado de considerar una acción ilegal de estas, como legítimas. Ejemplo de este es la fotocopia indiscriminada de libros que realizan numerosas personas quienes consideran equivocadamente que no existen con ello conductas contrarias a la ley.

En fechas recientes se han realizado una serie de acciones emprendidas por las autoridades representantes del ministerio público federal, encaminadas a la práctica de cateos para *decomisar* productos de procedencia ilegal. Como todo estudios del derecho lo sabe, el decomiso es una pena que debe ser aplicada por las autoridades judiciales y no por las autoridades administrativas, como son los agentes que dependen del citado ministerio público. En consecuencia, en el ejercicio de estas acciones no se han observado y cumplido con estricto apego a la ley, las exigencias que la misma prevé. La autoridad dependiente del Poder Judicial ha quedado completamente al margen de estas acciones. Los cuerpos policiacos simplemente *decomisan* esos productos y proceden presumiblemente a destruirlos, pero se repite, sin observar un estricto apego a las normas constitucionales y legales aplicables.

Inclusive, existe en las leyes que regulan la propiedad intelectual, procedimientos administrativos que en materia de propiedad industrial sobre todo no se han seguido en

ningún caso. La duda sería el investigar porqué no se ha escogido el camino administrativo, que es menos drástico y violento, aunque igualmente efectivo para llegar al decomiso de esos productos ilícitos. Simplemente se han intentado el ejercicio de acciones penales que han dejado trucas en numerosos casos, puesto que se repite, las autoridades dependientes del Poder Judicial Federal, han permanecido frecuentemente al margen. También se encuentra que en estas acciones dudosamente se ha dado cumplimiento a las exigencias que marcan los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.

Igualmente, sería importante que en estas investigaciones, el estudioso hiciera equipo con expertos en mercadotecnia, para tratar de dilucidar una cuestión muy importante, consistente en las causas a virtud de las cuales las acciones de producción y venta de mercancías falsas han ganado aparentemente la carrera a las mercancías de procedencia legal. ¿Será acaso que el alto precio de estos bienes favorece la llamada piratería? ¿No debieran las empresas lesionadas poner mucho de su parte, reduciendo sus pingües ganancias en beneficio de los consumidores?

Como claramente puede observarse, este tema tan actual y tan delicado merece un estudio jurídico, económico, mercadotécnico y sociológico muy cuidadoso.

LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Por:
Alejandro Sánchez
Jesús E. Escobar y
Diana Williamson

INTRODUCCIÓN

En la investigación realizada por todos los compañeros del equipo y que aquí se encuentra documentada, se encuentra toda la información necesaria para darnos una muy clara idea acerca del tema de la inversión extranjera, la cual, en la actualidad, viene a jugar un papel trascendental en el desarrollo del país.

Se analiza de manera detallada el desarrollo que ha tenido la Inversión Extranjera a través de las diversas épocas que han transcurrido, la Independiente, la Porfirista, la Cardenista, etc., por citar alguna de ellas y se observará el desarrollo gradual que ha ido teniendo, además de conocer los países que más ha invertido en nuestro país y los beneficios que esto trajo consigo.

Así, también se llega a una definición de Inversión Extranjera, esto con darnos un mejor panorama del tema que se estará estudiando, las clases de Inversión Extranjera que existen y la manera en que se llevan a cabo cada una de ellas y los resultados que traen consigo.

Lograremos conocer la Ley de Inversión Extranjera, que tiene por objeto regular y canalizar todo lo concerniente a la Inversión Extranjera, dentro de la cual se logra observar la manera en que algunas actividades económicas se regulan de manera específica y las especificaciones a que éstas se sujetan. Además de conocer la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, como está integrada y las atribuciones que ésta tiene.

Por otra parte, se trata de analizar algunas ventajas y desventajas que trae consigo la Inversión Extranjera en nuestro país, además de establecer algunas perspectivas de nuestro país en cuanto a la Inversión Extranjera.

Por lo anterior, este trabajo constituye un aporte al Derecho Económico, ya que nos permitirá conocer más a fondo todo lo relacionado con el tema de la Inversión Extranjera en México.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Etapa Independiente

Al consumarse la independencia de México, existía una absoluta anarquía en el país, una notoria desarticulación de las actividades productivas, escasez de recursos financieros y un aislamiento de los Estados Europeos y del Continente.

Reconocimiento internacional de Inglaterra (1825) y España (1836)

El estado mexicano toma cuerpo después de la formalización de su independencia política, esto a través de la constitución de 1824, que organiza al estado con base en un sistema económico capitalista. En este contexto, México desde entonces era un atractivo para los Estados poderosos. En esta época, Inglaterra era el estado con más fuerte inversión directa en México.

La empresa United Mexican, era la más importante inversión inglesa de tipo privado.

Etapa de la reforma

En el lapso de 1854 a 1874 la economía de México permanece estable y en algunos momentos pasa a un proceso reversivo. Dentro de este periodo, la concentración de la industria en la ciudad de México ya es notoria, existen, entre otros, fábricas y molinos de aceite, ácidos, cartón, cerillos, cepillos, etc., las cuales estaban en manos de 15 mil extranjeros, que eran propietarios, copropietarios o administradores.

En este mismo periodo, la deuda pública de México era considerable y, lo mismo que las inversiones privadas, por lo que existía una gran presión del exterior para obtener los resultados proyectados o proteger sus inversiones.

La expedición de Francia, Inglaterra y España, que desembocó en la inversión francesa de 1862, tenía como principal objetivo satisfacer a los acreedores del Estado mexicano en esos países.

Etapa del Porfiriato

Al asumir el mando Porfirio Díaz, existe una desarticulada economía cuya responsabilidad cae en latifundistas criollos y extranjeros, e industriales de ambas nacionalidades, todos ellos pasaban por una etapa pre-industrial. Ante este panorama, Díaz decide introducir a México en el ámbito de las relaciones internacionales, lo que se ve reflejado en un aumento en el cuerpo diplomático extranjero acreditado en el país, situación que se convierte en campo fértil para difundir las bondades de México para la inversión. A partir de este momento, la inversión extranjera se convierte en el pilar de los treinta y cinco años de la paz porfiriana.

Estos empresarios extranjeros, preferentemente invierten en actividades primarias, adquiriendo predios para la ganadería y la agricultura, para hacer sus actividades más redituables, llegando a poseer 32 millones de hectáreas, que los hace tener además del poder económico, el político.

Reciben prioridad los cultivos de café, hule, chicle, tabaco, pieles y ganado en pie, mismos que son destinados a la exportación.

Durante este periodo se empezó a utilizar en el medio jurídico mexicano, el término concesión, mismo que fue la puerta de entrada para la corriente de inversionistas extranjeros, protegidos por sus gobiernos y auspiciados por el gobierno mexicano. En este periodo, los Estados Unidos tiene en el territorio mexicano el 29.3% del total de sus inversiones.

El gobierno porfirista desde un principio se inclinó a favor del afluencia del capital extranjero, ya que se aseveraba que no existían en el país recursos financieros suficientes para impulsar el progreso general.

De esta forma la minería, centro de riqueza de la colonia, es reactivada en este periodo a través de la inversión extranjera.

De los 3,226.1 millones de pesos que registra el total de la inversión extranjera, 1,130.5 millones de pesos corresponde a ferrocarriles, o sea el 35%, cuyos inversores principales son Estados Unidos, Reino Unido y Francia.

Expedición de la Ley Minera en 1909, para regular la explotación del subsuelo, en el que se tienen invertidos 817 millones de pesos y 351 en petróleo, que representan el 25.3 y 10.9 por ciento de la inversión externa.

A través de la Ley Minera, se restringe la inversión extranjera en el campo minero, lo que provoca su refugio en los servicios, principalmente en los servicios de luz, teléfono, telégrafos y transportes.

Para 1896, la empresa Compañía Mexicana de Gas y Luz Eléctrica para alumbrado público, de propiedad alemana, se había convertido en la única para explotar la energía eléctrica en el Valle de México.

Más del 30% del total de la inversión extranjera en México correspondía a los ferrocarriles.

Los inversionistas mexicanos quedaron relegados en esta época, poseyendo los países europeos el 56% de la inversión y el resto lo controlaban los Estados Unidos.

El marco político e institucional era propicio para que las inversiones extranjeras fueran muy redituables.

Etapa Post-revolucionaria

En el artículo 27 de la Constitución de 1917 se incluye la cláusula Calvo¹, por lo cual las empresas transnacionales que han invertido en el país, se someten a la jurisdicción de los tribunales mexicanos en caso de controversia, además de que se establece la prohibición absoluta a las personas físicas y morales extranjeras de adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas en una franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las playas.

Como resultado de la inclusión del artículo 27 en la constitución de 1917 se circunscribió lo relacionado a la inversión extranjera en el orden jurídico constitucional, pero se adolece en el futuro de una falta de reglamentación de la misma.

¹ El contenido de esta cláusula se comenta más adelante.

Como resultado de la inclusión del artículo 27 constitucional reaccionan los inversionistas extranjeros para la protección de sus intereses, situación que alcanza su punto máximo en 1925 cuando se promulga la Ley del Petróleo, reglamentaria del artículo 27 constitucional, misma que tuvo que ser declarada inconstitucional por la Corte como resultado de las presiones extranjeras.

Etapa Cardenista

En la etapa Cardenista, las compañías transnacionales, en especial las petroleras vivían en una tierra de nadie, a tal grado que las compañías petroleras se negaron a acatar una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, situación que desembocó en la expropiación petrolera.

Durante esta etapa del cardenismo se da un boicot por parte de los inversionistas extranjeros en México que sólo invirtieron 48.9 millones de dólares, como respuesta a la expropiación petrolera y a la política social de redistribución de la riqueza.

En el periodo cardenista faltó la reglamentación a la inversión extranjera. En la etapa cardenista la mayoría de la industria extractiva estaba en manos de extranjeros.

Etapa Moderna

Decreto para regular la inversión extranjera del 29 de junio de 1944: enumera los actos para los cuales es indispensable el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores que autorice a los inversionistas extranjeros a explotar ciertas ramas de la actividad económica, del mismo modo establecía que la participación mexicana en todo caso debía de ser del 51%.

Se crea la Comisión Mixta Intersecretarial el 23 de junio de 1947 para coordinar la aplicación de las disposiciones legales relacionadas con la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

El periodo de 1950 a 1970 se caracterizó por una política de industrialización basada en el apoyo de grupos de empresarios nacionales. Paralelamente se fue eliminando la inversión privada extranjera en los sectores tradicionales.

La inversión extranjera directa se dirige a las ramas manufacturera y de servicios. En el mismo periodo, el capital norteamericano invertido en la industria manufacturera creció en gran medida.

La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Extranjera, publicada en el DOF el 9 de Marzo de 1973, reserva al estado de forma exclusiva en los siguientes sectores: petróleo, petroquímica básica, electricidad, ferrocarriles, telégrafos, comunicaciones radiotelegráficas y explotación de minerales radioactivos. Del mismo modo reserva nueve sectores a empresas con capital íntegramente nacional: instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, instituciones de seguros, instituciones de fianzas, sociedades de inversión, empresas de radio y televisión, transporte automotriz urbano y

federal, distribución de gas, explotación forestal y transporte aéreo y marítimo y 17 a empresas con capital nacional mayoritario, entre las que destacan la minería, petroquímica secundaria, química básica, producción de productos alimenticios, industria cinematográfica, etc.

En 1983 se adicionó la fracción XXIX-F al artículo 73 constitucional para señalar que el congreso de la Unión tiene facultades para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera. (X y XVI)

El 28 de septiembre de 1993, entró en vigor la Ley de Inversión Extranjera, misma que abrogó la ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973.

Durante los últimos 3 sexenios, las administraciones han realizado giras por el extranjero y celebrado constantes reuniones entre empresarios extranjeros y funcionarios estatales, con el objeto de atraer inversionistas extranjeros, del mismo modo se han adoptado múltiples medidas para atraer esta importante fuente de recursos, como son la liberación de controles al comercio exterior, políticas de ajuste salarial, etc.

INVERSIÓN EXTRANJERA

Para el mejor entendimiento del presente escrito, sería importante explicar primeramente lo que Inversión significa, para ya de ahí conducirnos directamente al tema en cuestión. Inversión, es en lenguaje coloquial “la compra de cualquier activo como acciones ordinarias en la bolsa, a fin de proporcionarle una ganancia o beneficio al inversor en el futuro.”²

En lenguaje meramente económico, es “la adquisición de bienes de capital, como maquinaria y edificios, que le darán al inversor una satisfacción en el futuro, probablemente en forma de beneficios.”³

Otro concepto más de inversión, no lo da Ramón Tamames, quien señala que inversión es “el gasto de dinero que se realiza en un proyecto, con la intención de que los flujos de caja más que compensen el capital invertido.”⁴

La inversión actualmente dividida en dos formas, las cuales son directa e indirecta. Inversión directa es aquella “efectuada por particulares para el establecimiento, mantenimiento o desarrollo de toda clase de negocios”⁵ aunque cabe señalar que este tipo de inversión se puede hacer por particulares en un país extranjero.

Inversión indirecta llamada también como de portafolio, es aquella que “se efectúa a través de préstamos entre gobiernos, o de organismos internacionales a gobierno o

² Congdom, Tim.- Diccionario de Economía. Editorial Griujalvo. Barcelona, España, 1982.

³ Ibidem.

⁴ Tamames, Ramón.- Diccionario de Economía y Finanzas. Alianza editorial. Madrid, España, 1994

⁵ Ramos, Oscar.- México ante la Inversión Extranjera. Docal, editores. México, 1974.

empresas públicas, o a través de la colocación de valores bursátiles oficiales del país receptor del crédito en las bolsas de valores del país que otorga el crédito.”⁶

Este tipo de inversión, se realiza por medio del otorgamiento que se hace a personas físicas y morales del país receptor, de toda clase de créditos. La inversión directa, tiene como objetivo el obtener el interés que previamente se debió de haber pactado.

En cuanto a inversión extranjera, se menciona que son “las inversiones de los individuos e instituciones de un país en otro.”⁷ En México, la inversión extranjera está conceptuada, dentro del artículo 2 de la Ley de Inversión Extranjera, el cual reza que:

“Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

II.- Inversión extranjera:

- a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas;
- b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y
- c) La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley.”⁸

Inversión Extranjera Directa en México

Son tres formas que nuestra legalización reconoce, y por medio de las cuales es posible que los extranjeros realicen proyectos de inversión en México. Dichas formas son las siguientes:

- “A través del establecimiento de una persona moral, extranjera dentro del territorio nacional.
- A través de la constitución de una sociedad mexicana en la que la inversión extranjera participe hasta en cien por ciento en su capital social.
- A través de una sociedad mexicana que está sujeta a regulación específica.”⁹

Establecimiento de una Persona Moral extranjera

Existen dos maneras por medio de las cuales dos personas morales pueden establecerse:

1. Sucursal u oficina de representación con ingresos: es necesaria primeramente la autorización de la Secretaría de Economía, para que una sociedad extranjera pueda inscribirse en el Registro Público del Comercio, para después de esto pueda establecerse y realizar sus actos habituales de comercio.
2. Oficina de representación sin ingresos: este tipo de personas morales, la autorización de la Secretaría de Economía, no es necesaria, sin embargo tienen

⁶ Ibidem.

⁷ Ver: Nota 1.

⁸ Artículo 2º. Ley de Inversión Extranjera.

⁹ García, Alicia.- Prácticas Legales de Inversión Extranjera en México. Import-Export. Monterrey, N.L., México, 1999.

la obligación de presentar la información de todos sus servicios y actividades que realiza la matriz establecida en el exterior.

Constitución de una Sociedad Mexicana con Participación Extranjera hasta el 100%.

Para los extranjeros que se vean en la posibilidad de participar dentro de las sociedades mercantiles de México, es indispensable que se establezca en el Acta Constitutiva de la empresa la cláusula de extranjería o calvo, la cual se encuentra establecida en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y señala “establece para los extranjeros la obligación de considerarse como mexicanos y de no recurrir a la protección de sus gobiernos en las operaciones que realicen en la adquisición de bienes raíces.

Plan Nacional de Desarrollo

Con la transición política que tuvo nuestro país en el año 2000, nuestro país ha despertado el interés internacional, el cual debemos mostrar como punto clave para mostrar al exterior una imagen de un México diferente y así promocionar la inversión extranjera en nuestro país.

Uno de los objetivos que el gobierno del presidente Vicente Fox utilizará en cuanto a las relaciones exteriores es, “intensificar la participación e influencia de México en lo foros multilaterales, desempeñando un papel activo en el diseño de la nueva arquitectura internacional.”¹⁰.

El diversificar, las relaciones exteriores de México con Europa y la región de Asia-Pacífico, es una estrategia utilizada para así, poder identificar por medio de acuerdos de comercio con la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio, nuestros vínculos jurídicos con tales regiones.

Con esto se busca el que México, fortalezca sus relaciones económicas y comerciales de manera tal que nuestro país pueda diversificar los mercados internacionales y las fuentes de inversión extranjera.

El sistema de política exterior que presenta este gobierno, será de gran ayuda para poder cumplir otros objetivos de crecimiento económico que el Plan Nacional de Desarrollo señala también.

México, se encuentra actualmente como octava potencia en cuanto a comercio internacional se refiere y por el tamaño de su producción industrial en el mundo se ubica dentro de los primeros quince países, convirtiéndolo así entonces en un lugar de destino para efectuarse la inversión extranjera directa de portafolio.

¹⁰ Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006.

Con la reforma económica por la que el país ha pasado en estos últimos años, así como con el establecimiento de una red de acuerdos de libre comercio, asociación económica y cooperación y diálogo político, sin duda ayudarán para que los consumidores y productores mexicanos los tomen como nuevas opciones.

Todo esto, se realiza con el fin de informar al exterior el desarrollo económico nacional que tiene nuestro país, de tal manera que se logre una buena coordinación entre los distintos actores a nivel nacional, público y privado.

Para lo anterior referido, se creó la Subsecretaría de Relaciones Económicas y de Cooperación Internacional, la cual se encuentra dentro de la Secretaría de Relaciones Exteriores, teniendo como principal objetivo la transformación de una política exterior a un instrumento central, para lograr así las metas de desarrollo económico y social de México.

Esta secretaría se encarga también de dar promoción en materia económica, en todas las misiones diplomáticas y consulares, las cuales se dedicarán a identificar así como a apoyar las diversas oportunidades de comercio, turismo, inversión y financiamiento entre otras.

LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA

La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República. Su objeto es la realización de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país su propiar que ésta contribuya al desarrollo nacional.¹¹

El objeto de la Ley de Inversión Extranjera es la promoción de la inversión mexicana y la regulación de la inversión extranjera, aspecto modular que debe dirigir a la autoridad aplicatoria y a la expedición de reglamentos, resoluciones y actos que se le relacionen.

Existen actividades que constituyen la infraestructura básica para el desarrollo de la economía nacional, ya que su fin es neta y principalmente el beneficio social. Si bien existen actividades que no revisten como propósito el beneficio social, en razón de su importancia para la economía nacional, no se ha considerado deseable la participación en dichas actividades de inversionistas extranjeros, por lo que se ha reservado de manera exclusiva al inversionista mexicano.

Actividades Económicas sujetas a regulaciones específicas.

- *Actividades sujetas a inversión extranjera limitada.*

En este tema se refiere de tal manera, ya que son distintas actividades económicas y sociedades, dentro de las cuales la inversión extranjera puede participar, siempre y cuando se adecue a los porcentajes establecidos por nuestra legislación.

¹¹Gómez Palacio, Ignacio.- Ley de Inversión Extranjera. Editorial Themis. México, 1999.

I. Hasta el 10%

- Sociedades cooperativas de producción.

II. Hasta el 25%

Transporte aéreo nacional, Transporte en aerotaxi; y Transporte aéreo especializado;

III. Hasta el 49%

Sociedades controladoras de grupos financieros; Instituciones de banca múltiple; Casas de bolsa; Especialistas bursátiles; Instituciones de seguros; Instituciones de Fianzas; Casas de cambio; almacenes generales de depósito; Arrendadoras financieras; Empresas de factoraje financiero; Sociedades financieras de objeto ilimitado.”

Los límites señalados con anterioridad, no pueden ser rebasados de manera directa, a través de fideicomisos, convenios, esquemas de piramidación ni por ningún otro mecanismo, que pueda otorgar el control o una participación superior a la establecida.

- *Actividades reservadas al estado*

Nuestra legislación señala también, las diversas actividades en las cuales por motivo de que son exclusivas del estado, la inversión extranjera es imposible: “Petróleo y demás hidrocarburos; Petroquímica básica; Electricidad; Generación de energía nuclear; Minerales radioactivos; Telégrafos; Radiotelegrafía; Correos; Emisión de billetes; Acuñación de moneda.

- *Actividades reservadas a mexicanos*

Por ultimo al igual que las actividades mencionadas con anterioridad, existen algunas en las cuales la inversión extranjera no puede llevarse a cabo tampoco, debido a que tales actividades están reservadas a los mexicanos: “Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable; Uniones de crédito, Banca de Desarrollo.”

Se requiere resolución favorable de la comisión para que la *inversión extranjera participe en un porcentaje mayor al 49%* en las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación:

- Servicios portuarios a las embarcaciones para realizar sus operaciones de navegación interior tales como el remolque, amarre de cabos y lanchaje;
- Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura;
- Administración de terminales aéreas;
- Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados;
- Servicios legales;

Se requiere resolución favorable de la Comisión para que en las sociedades mexicanas donde la inversión extranjera pretenda participar, directa o indirectamente, en una proporción mayor al 49% de su capital social, únicamente cuando el valor total de activos de la sociedad de que se trate, al momento de someter la solicitud de adquisición, rebase el monto que determine anualmente la propia Comisión.

La inversión neutra

Es aquella realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme al presente Título y no se computará para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas.

COMISIÓN NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS

La Comisión es un órgano de los denominados “comisiones intersecretariales” que son órganos colegiados integrados por los representantes de secretarías de Estado, departamentos administrativos y otros organismos de la administración paraestatal.

La comisión estará integrada por los Secretarios de Gobernación, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Social, de Energía, Minas e Industria Paraestatal, de Comercio y Fomento Industrial, de Comunicaciones y Transportes, del Trabajo y previsión Social y de Turismo, quienes podrán designar a un subsecretario como suplente.

La Comisión será presidida por el Secretario de Comercio y Fomento Industrial y para su funcionamiento contará con un Secretario Ejecutivo y un Comité de Representantes. La Comisión debe sesionar por lo menos una vez al mes, por lo que no existe obstáculo para que sesione con mayor frecuencia.

La L.I.E. no provee el quórum de asistencia necesario para que la comisión pueda sesionar, pero se considera que para que la Comisión pueda sesionar, deberán estar presentes por lo menos, un Secretario de Estado que la presida y además tres subsecretarios de otras Secretarías actuando como suplentes designados de los respectivos titulares.

La comisión tendrá las siguientes atribuciones:

- Dictar los lineamientos de política en materia de inversión extranjera y diseñar mecanismos para promover la inversión en México;
- Resolver, a través de la Secretaría, sobre la procedencia, y en su caso, sobre los términos y condiciones de la participación de la inversión extranjera de las actividades o adquisiciones con regulación específica.
- Ser órgano de consulta obligatoria en materia de inversión extranjera para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

- Establecer los criterios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversión extranjera, mediante la expedición de resoluciones generales.

La Comisión deberá resolver las solicitudes sometidas a su consideración dentro de un plazo que no excederá los 45 días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud respectiva.

En caso de que la comisión no resuelva en el plazo señalado, la solicitud se considerará aprobada en los términos presentados. A petición expresa del interesado, la Secretaría deberá expedir la autorización correspondiente.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Ventajas

- Que en cualquier inversión, pero especialmente las de tipo industrial, tiene un contenido importación que muchas veces se financia con la inversión externa.
- En muchas ocasiones, sólo a través de ellas se garantiza el acceso abierto y permanente a la tecnología moderna.
- En el caso de las inversiones en industrias de exportación, es necesaria para asegurar los mercados exteriores.
- Otra ventaja radica en la contribución al ingreso fiscal, con lo cual puede ayudar indirectamente a cubrir las brechas del ahorro público.
- Puede propiciar el establecimiento de contactos con bancos extranjeros, mercados de capital, organizaciones de ventas y otras instituciones.
- Se crea un estímulo de competencia más vigorosa al modificar la estructura del mercado y el desarrollo de zonas no industrializadas.¹⁷

Desventajas

- Empresas nacionales ya establecidas, creadas con capital mexicano, se venden fácilmente a inversionistas extranjeros.
- Los beneficios de carácter económico y tecnológico son contrastados con la posible pérdida o disminución de la autonomía nacional.
- Los países importadores de capital, consideran que ello puede significar la enajenación de la economía nacional a extranjeros.
- Se corre el riesgo que con esta infiltración gradual, en algún futuro sobrevenga una pérdida de independencia.
- La tecnología se importa directamente de la matriz, sin que el gobierno imponga criterios para obligar a las filiales a establecer centros de investigación propios.
- Se crea un alto grado de dependencia tecnológica extranjera.

PERSPECTIVAS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Las negociaciones comerciales internacionales de México son fundamentales en la promoción de las exportaciones y constituyen un instrumento importante en la estrategia de crecimiento y modernización del país.

Con el objeto de ampliar y diversificar los mercados de exportación, México tiene en vigor tratados de libre comercio con Estados Unidos y Canadá; Colombia y Venezuela; Costa Rica; Bolivia; Nicaragua; Chile; Unión Europea e Israel. Asimismo, se suscribió un tratado con El Salvador, Guatemala y Honduras.

Se tienen establecidos procesos de negociación para lograr tratados de libre comercio con Ecuador y Perú, así como con Panamá y Trinidad y Tobago.

Asimismo, se está desarrollando un proceso de negociación con Brasil, para concertar un acuerdo en el marco de ALADI, con preferencias arancelarias para los productos de interés de los países y para establecer normas, entre otras, en materia de acceso a mercados, reglas de origen, normas técnicas y fitosanitarias, así como un mecanismo de solución de controversias.

Con Argentina, también se viene desarrollando un proceso de negociación para una nueva ampliación del acuerdo que se tiene suscrito en el marco de ALADI, a efectos de incluirle productos del sector automotor, siguiendo un modelo similar al acuerdo que se ha formalizado con Brasil, así como otros productos de interés de las partes y para que contenga disciplinas en materia de normas sanitarias, normas técnicas y un régimen de solución de controversias.

Bibliografía

- Las empresas transnacionales en México. Bernardo Sepúlveda Amor, Olga Pellicer y otros. Editorial Colegio de México. México, 1977.
- La inversión extranjera en México. Bernardo Sepúlveda Amor, Antonio Chumacero y otros. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1973.
- Foreign Direct Investment and Industrial Development in México. William Pérez. Editorial Development center of the Organization for the Economic Cooperation and Development. París, 1990.
- Inversión Extranjera y Transferencia de Tecnología en México. Asociación de Abogados de Empresas A.C.. Editorial Tecnos S.A.. México, 1973.
- Atracción de la Inversión en México. Antonio Serrano Camarena y Alfredo Sandoval. Editorial Centro de Estudios Estratégicos de Sistema ITESM; Monterrey, 1997.
- Estadísticas Históricas de la Inversión Extranjera Directa. Banco de México. Subdirección de Investigación Económica. Cuaderno 1938-1979. Tomo I.

- El Estado Mexicano entre la Inversión Extranjera Directa y los Grupos Privados. José R. Medina Cervantes. Editorial Porrúa. México, 1984.
- El Régimen Jurídico de la Inversión Extranjera. Ricardo Méndez Silva. Editorial UNAM. 1969.
- Diccionario de Economía. Tim Congdon. Editorial Grijalvo. Barcelona, 1982.
- Diccionario de Economía. Ramón Tamames. Editorial Alianza. Madrid, 1994.
- México ante la Inversión Extranjera. Oscar Ramos. Editores Docal, 3ª Edición. México, 1974.
- La Ley de Inversión Extranjera. Ignacio Gómez Palacio. Editorial Themis; México, 1999.
- Plan Nacional de Desarrollo. Gobierno 2001-2006.
- Inversión Extranjera en México. Miguel Wionczek; Editorial Siglo21; México.
- La Inversión Extranjera en México. Bernardo Sepúlveda; Fondo de Cultura Económica; México.
- Ley de Inversión Extranjera; www.camaradediputados.gob.mx
- Introducción al Derecho Económico. Jorge Witker. Mc Graw Hill. Cuarta Edición. México, 2001.