

00461

2
2g

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



**LA SOBERANIA Y EL FIDEICOMISO DE INMUEBLES
PARA EXTRANJEROS EN BAJA CALIFORNIA SUR**

Tesis

que para obtener el grado de Maestría en
RELACIONES INTERNACIONALES
presenta
MA. LUISA CABRAL BOWLING

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
Facultad de Ciencias Políticas y Sociales

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1993



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

PRIMERA PARTE

Origen del concepto de soberanía.	8
La doctrina alemana y la teoría del Estado.	15
El territorio y el concepto de soberanía.	19
El concepto de soberanía y el derecho internacional.	22
La soberanía y el derecho internacional anglosajón.	27
Otros enfoques actuales sobre soberanía y derecho internacional.	37
El pensamiento político norteamericano y la soberanía.	42
El concepto de soberanía en México.	49
Conclusiones.	60

SEGUNDA PARTE

El fideicomiso de inmuebles para extranjeros en Baja California Sur.	66
El fideicomiso como negocio jurídico.	67
El fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida.	75
Acuerdo presidencial de 1971 sobre fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida.	78
La Ley de 1973 para la inversión extranjera y el fideicomiso de inmuebles para extranjeros.	87
El Reglamento a la Ley para regular la inversión mexicana y promover la inversión extranjera de 1989.	92
Situación actual del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida.	96
El fideicomiso de inmuebles para extranjeros en Baja California Sur. Antecedentes históricos.	101
Baja California Sur, territorio, población, turismo y migración.	108
El fideicomiso de inmuebles en Baja California Sur.	116
Conclusiones.	127

INTRODUCCION

Este trabajo, en el que se aborda el problema de la soberanía y el fideicomiso de inmuebles para extranjeros en Baja California Sur, está dividido en dos partes. La primera dedicada al análisis teórico, tanto jurídico como político, del concepto de soberanía, como base indispensable para poder desarrollar, en la segunda parte, al análisis del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en Baja California Sur.

El punto de partida ha sido la observación de una gran cantidad de terrenos en la costa de Baja California Sur en manos de extranjeros y la preocupación al constatar la falta de elementos de juicio, accesibles a la opinión pública, para tener siquiera una idea general sobre la situación que existe al respecto, ya no se diga poder evaluar sus impactos, repercusiones y tendencias de desarrollo a futuro, a pesar de que visiblemente afectan a la sociedad local.

En este caso se consideró indispensable iniciar el trabajo con un análisis teórico ya que el cuestionamiento que se le hace actualmente al concepto de soberanía debilita la fundamentación de la hipótesis tentativa de la investigación, que necesariamente se centra en la defensa de la soberanía sobre el territorio nacional.

La propuesta tentativa de la que se partió es que existe un riesgo considerable para la integridad del territorio nacional, y por lo tanto para la soberanía de México, por el desarrollo que ha tenido el fideicomiso de inmuebles para extranjeros, en una zona especial-

mente vulnerable como lo es la península de Baja California, haciendo especial referencia al caso de Baja California Sur.

Hemos querido así, partir de un análisis teórico general para terminar con el análisis de un problema muy concreto que es el del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en Baja California Sur.

Con este planteamiento inicial se procedió primero a tratar de esclarecer el origen del concepto de soberanía. Para ello hemos considerado muy importante determinar en qué contexto y con qué elementos constitutivos surge. Partimos de analizar el pensamiento de los cuatro grandes clásicos que todas las corrientes y todos los autores reconocen como doctrina fundamental para el concepto de soberanía que son: Bodino, Hobbes, Locke y Rousseau.

A continuación se centró el análisis en dos contextos, el pensamiento anglosajón en Estados Unidos y la doctrina mexicana al respecto.

El concepto de soberanía, como toda construcción teórica, no surge en el aire; se origina y desarrolla en contextos políticos y sociales específicos y va variando de acuerdo a circunstancias y necesidades cambiantes del entorno, por lo que no existe una concepción universal y permanente. Cada sociedad ha tenido una evolución y una experiencia histórica distinta que va conformando una escala de valores, consecuente con esa vivencia social, enmarcada en un espacio determinado y en una dimensión temporal específica.

Por otro lado hay que tener en cuenta que la correlación de fuerzas existente a nivel internacional en cada etapa, ejerce una influencia especial en cada contexto. Todo esto se consideró importante debido a que ni siquiera existe un lenguaje común al respecto entre Estados Unidos y México, que son el ámbito espacial de la investigación y por lo tanto resulta indispensable entender de dónde provienen las diferencias.

Además de ubicar el surgimiento y desarrollo del concepto en los distintos contextos, es necesario también considerar las escuelas de pensamiento o las influencias doctrinarias que se han presentado y desarrollado en ellos. Esto nos ha llevado a analizar, bajo esta perspectiva, la evolución del concepto de soberanía en México y en Estados Unidos.

Al emprender el análisis de este concepto tan importante era necesario también ubicarlo en el propio desarrollo del pensamiento político y en relación con otros conceptos también fundamentales, que son tratados en forma colateral.

También se analizó la perspectiva del derecho internacional, ya que cada disciplina tiene sus propios matices y las diferencias no son sólo contextuales, sino también disciplinarias.

Se hace especial mención del territorio como uno de los elementos esenciales en la concepción de la soberanía, por ser el aspecto más relevante en el problema del fideicomiso de inmuebles para extranjeros.

Y finalmente también se hace un breve análisis sobre el concepto de la soberanía en México, tema que por sí solo podría ser objeto de otra investigación. En este trabajo sólo se señalan los principales rasgos característicos de su construcción teórica, a través de los autores más representativos. Se intenta también ver la relación que existe entre la evolución de la doctrina y la aplicación en la práctica política de nuestro país.

A partir de todo lo anterior se intenta una evaluación sobre los cuestionamientos que se han hecho al concepto de soberanía y sobre la necesidad de replantearlo.

En una segunda parte, ya con una mayor claridad en relación con la fundamentación teórica, se aborda el tema del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en Baja California Sur. Para ello es necesario determinar la figura del fideicomiso en el plano de su concepción jurídica, su naturaleza y su origen en la doctrina anglosajona. A continuación se analiza la aplicación de esta figura jurídica en México para adjudicar el uso y disfrute de inmuebles a los extranjeros en la zona fronteriza y en los litorales, ya que éstos están impedidos por el artículo 27 constitucional para adquirir este tipo de propiedades.

Se hace después una revisión de la evolución que ha tenido la reglamentación de los fideicomisos de inmuebles para extranjeros en nuestro país.

Se analiza cómo la práctica de la adquisición de terrenos por extranjeros a través de varios métodos, va siendo motivo de preocupación y análisis y cómo esto va llevando a una serie de reglamentaciones que cada vez se alejan más del espíritu del artículo 27 constitucional y dan cada vez mayores facilidades a los extranjeros.

Esta reglamentación comprende desde el Acuerdo presidencial de 1971, del presidente Echeverría, hasta el nuevo reglamento a la ley sobre inversión extranjera de 1989.

Al mismo tiempo que se analiza el régimen jurídico del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en México, se hace referencia a la situación y evolución de este fideicomiso, en cada periodo, en el país en general, en la península y en Baja California Sur en particular.

Para analizar el caso de la península y de Baja California Sur, consideramos necesario primero hacer algunas precisiones sobre su experiencia histórica y sobre sus características geográficas y poblacionales, así como de sus particularidades en el aspecto turístico y migratorio, ya que todo esto influye para que en esta entidad el fideicomiso tenga un significado muy distinto al que tiene en el resto del país.

También analizamos las repercusiones que tiene en este problema, el tratamiento centralizado que se da al manejo de todo lo relativo a estos fideicomisos, así como los problemas muy significativos en sí mismos, para obtener información sobre el tema y que obedecen tanto al excesivo centralismo como a la percepción, por parte del gobierno, de que se trata de un problema muy delicado, por lo que los datos se manejan en forma confidencial.

En esta parte se analizan los datos obtenidos sobre estos fideicomisos en Baja California Sur y se hace una referencia especial a la situación en la región de Los Cabos, por ser ésta la parte de la entidad en donde más se ha desarrollado el fideicomiso y en donde se presentan problemas dignos de consideración.

Al final de la investigación se plantea una serie de conclusiones que abarcan e integran las dos partes del trabajo. Sin embargo, la primera parte tiene sus conclusiones por separado que se refieren en exclusiva al aspecto teórico del concepto de soberanía. La importancia y el interés del tema justifican su elaboración aparte.

Este trabajo no es, ni pretende ser una investigación acabada sobre el tema. Sólo pretende contribuir en la reflexión y actualización sobre el concepto de soberanía, así como plantear algunas preocupaciones y señalar algunos datos sobre el fideicomiso de inmuebles para extranjeros en Baja California Sur, cuyo conocimiento es importante para contribuir en la solución de un problema sobre el que no hay mucha conciencia, ni a nivel local, ni a nivel nacional.

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE SOBERANIA

ORIGEN DEL CONCEPTO DE SOBERANIA

El concepto de soberanía nace con el Estado moderno. Se empieza a formular cuando ya no puede sostenerse la creencia de que en el orden social la voluntad divina es la que determina el desarrollo de los acontecimientos. Durante las guerras de religión y los enfrentamientos entre el Papa y el emperador y entre los señores feudales y los monarcas se rompe la unidad medieval y se inicia la consolidación del Estado-nación alrededor del monarca que es el principal reivindicador de la soberanía después del emperador a quien el papa reconoció poder con pretensiones de universalidad.

Este concepto que se inicia con el Estado no se agota en éste y ha tenido concepciones muy distintas que están siempre en estrecha relación con el contexto en el que surgen. Es por ello que no puede hablarse de un concepto único y universalmente válido. Su contenido ha ido variando y se ha ido adaptando a distintas necesidades.

Aunque podemos encontrar antecedentes en Aristóteles y posteriormente en otros autores en la Edad Media, indudablemente quien primero analiza y define el concepto de soberanía fue Bodino que lo caracterizó como el poder absoluto y perpetuo de una república y que entendía por república "el recto gobierno de varias familias y de lo que les es común con poder soberano."¹

1 Bodino, Jean, *Los seis libros de la república*, Ed. Aguilar, 1967, libro primero, p.11.

Para Bodino la soberanía es un elemento esencial del Estado y señalaba que este poder es ilimitado y que el soberano estaba exento de sujeción a las leyes de sus predecesores, pero al mismo tiempo afirmaba que sus límites eran la ley divina, la ley natural y las leyes del reino ya que estas estaban en su origen. Bodino decía que el titular de la soberanía podía ser el monarca, un grupo aristocrático o el pueblo.²

Thomas Hobbes completó el concepto, pero sobre todo lo llevó hasta sus últimas consecuencias, en forma más congruente con la idea de un poder absoluto, ilimitado y perpetuo. El Estado para Hobbes era "una persona (artificial) de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos como lo juzgue conveniente para asegurar la paz y la defensa comunes".³

El titular de esa persona se llama Estado y se dice que tiene poder soberano. En Hobbes se confunden Estado y soberano.

Hobbes dice que ese poder es irrenunciable, que no es divisible, ni se puede enajenar y que no está sujeto a leyes. Su concepción sirve para fundamentar al Estado absolutista, aunque Hobbes hablaba de su origen democrático.

Es hasta Rousseau que se habla de la soberanía del pueblo, pero como ser colectivo y que sólo se podía manifestar como voluntad general. Soberano es el cuerpo colectivo que

2 *Ibidem*, Libro primero, Caps. VIII, IX y X.

3 Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, F.C.E., México, 1978, p. 141.

sólo tiene existencia activa cuando el pueblo está unido. Al igual que sus antecesores, Rousseau decía que el poder soberano no se puede enajenar ni dividir.

Para Rousseau es el pacto social el que da al cuerpo político un poder absoluto sobre los suyos y este poder dirigido por la voluntad general toma así, para él, el nombre de soberanía.⁴

Los tres pensadores que hemos mencionado son los que todos los enfoques y todos los autores reconocen como antecedente teórico, para el concepto de soberanía.

Posteriormente, Locke retoma el concepto como soberanía del pueblo pero más bien con el significado de soberanía del parlamento, que por otro lado en esa época tenía una representación reducida a la nobleza, propietarios y grandes comerciantes. Tanto en Bodino como en Locke, el poder soberano consistía ya fundamentalmente en la facultad de legislar.⁵

Durante la revolución francesa se popularizó la concepción de la soberanía nacional, aunque no se profundizó en su análisis teórico ya que esta se forjó en la lucha política y en la praxis revolucionaria y así quedó plasmada en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano y en las constituciones francesas de 1791 y de 1830.⁶

En Estados Unidos los acontecimientos se desarrollaron de manera muy distinta. Durante la guerra de independencia y el largo proceso de discusión antes de que fuera

4 Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Porrúa, México, 1982, p. 16.

5 Cfr. Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Ed. Aguilar, 1984, *passim*.

6 Cfr. Arnalz, Aurora, *Soberanía y Potestad*, Porrúa, México, 1981, p. 24.

promulgada la Constitución, la principal preocupación era determinar si los estados originarios eran los soberanos o si lo era la unión federal. En estos términos la plantean Hamilton y Madison en El Federalista.⁷ La tesis que prevaleció fue la de que la soberanía que radica originalmente en el pueblo, pertenecía por ello a los estados originarios.

Jefferson también fue, hasta antes de ocupar la presidencia, un defensor de la autonomía de los estados. Consideraba que el estado federal no poseía más poderes que los que la Constitución le confería de una manera expresa. Todos los demás poderes no señalados correspondían a los estados.⁸

Tocqueville⁹ por su parte consideraba que la soberanía del pueblo y su aplicación a los negocios públicos era un dogma característico de Estados Unidos.

Señala que en las colonias la soberanía quedaba constreñida a las asambleas provinciales y sobre todo a la comuna y era también una soberanía limitada por el censo.

Aquí vemos que este concepto está estrechamente vinculado al de democracia y a la elección de representantes en el poder legislativo.

Tocqueville decía que las naciones democráticas europeas tendían más a la centralización y que ésta era lo único que muchos príncipes europeos habían tomado de la revolución francesa. Le preocupaba que el Estado cada vez intervenía más en asuntos antes

7 Hamilton, Madison, et. al., *El Federalista*, F.C.E., México, cap. XXXII y XXXIX.

8 *Cfr. Selsler, Gregorio, "Prólogo a la Historia de las Intervenciones Extranjeras en América Latina", en La Jornada, 29 de agosto de 1991, p. 4.*

9 Tocqueville, Alexis de, "El principio de la soberanía del pueblo en los EE. UU." en *La Democracia en América*, F.C.E., México, Cap. IV. p. 74.

privados, sin existir ninguna posibilidad para revisar o interponer algún recurso para oponerse. Agregaba que la existencia de desigualdades y privilegios que había llevado a la revolución de la igualdad, reforzaba el poder social para acabar con los privilegios y que por lo tanto reforzaba la centralización. Para Tocqueville la soberanía consiste fundamentalmente en la facultad para dictar leyes.

En Estados Unidos la soberanía denota dos conceptos distintos pero relacionados y de significación constitucional.¹⁰ Se refieren por un lado, a la autonomía del Estado con respecto a su jurisdicción y por otro lado, a la autoridad suprema dentro del Estado. En el primer sentido es un concepto derivado del derecho internacional. Se considera que un Estado es soberano si es independiente de otros estados y posee autoridad para determinar sus relaciones con otros estados y regular sus propios asuntos internos. Si un Estado es soberano en este sentido, puede pertenecer a la familia de las naciones. En el caso de una federación los estados son soberanos legalmente en su interior. Poseen jurisdicción como autoridad legítima en su territorio para dictar leyes. Pero no se considera una autonomía ilimitada. Los gobiernos de los estados quedan sujetos a las prohibiciones constitucionales, según una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 1943.¹¹ Sin embargo, se considera que en su esfera los estados son tan soberanos, tan supremos como el gobierno nacional.¹² Como soberanos, no pueden ser sometidos a sus cortes o a las cortes federales, según la enmienda constitucional número once.

10 Mahoney, Dennis V., en *Enciclopedia of American Constitution*, Mc Millan Publishing Company, 1986, pp. 1714-1715.

11 Suprema Corte de Justicia, 1943 (*Parke vs. Brown*) *cit. post.*, Mahoney, *op. cit.* p. 1714.

12 *Cfr.* Madison, James, en *El Federalista*, *op. cit.*, p. 39.

Se considera que la soberanía de los estados no limita o disminuye la soberanía de la unión federal. En los asuntos internacionales y en los asuntos internos sometidos a ella, el gobierno de Estados Unidos es soberano. Se dice que la soberanía del pueblo es indivisible pero que sus atributos están divididos entre el gobierno nacional y los estados.¹³

Por lo que se refiere al segundo sentido como autoridad suprema, la formulación de un poder único e indivisible en el Estado se convirtió en parte del "credo político Tory" y para los Whigs de América la idea de que sólo el rey en el parlamento es soberano y de que las asambleas provinciales de las colonias sólo tenían poder y autoridad por gracia del parlamento, era considerada una amenaza a la libertad que habían heredado y al autogobierno que habían establecido. El considerar indivisible a la soberanía no parecía conveniente a un sistema federal y se consideraba que intentaba subvertir *their american home rule*.¹⁴ La declaración de independencia y las primeras constituciones estatales adoptaban la idea del contrato social y rechazaban la doctrina Tory. Se afirmaba la creencia de que ni el gobierno, ni ninguna rama u oficina del gobierno podían ejercer con justicia ningún poder salvo por consentimiento de los gobernados. Así como también se consideraba que por la igualdad de derechos ninguna persona podía estar por encima de la ley. Definitivamente se afirmaba que no puede haber más soberano que el pueblo. Se decía que los gobiernos estatales y federal derivan su poder del pueblo, a través de su Constitución.

Por otra parte también influyó en el pensamiento norteamericano el positivismo jurídico europeo del siglo XIX, que sostenía que no había derecho superior contra el cual

13 Mahoney, *op. cit.*

14 *Ibidem.*

pudieran medirse los decretos del Estado y que en ese sentido el poder de la legislatura era absoluto.¹⁵

El hecho de que un gobierno tenga su jurisdicción y sea supremo no significa que sea inmune a las leyes. Pero en todo caso la soberanía sólo reside en el pueblo y el gobierno surge por consentimiento y es conducido por los representantes populares y así, para los norteamericanos, el pueblo constituye una colectividad de ciudadanos libres.¹⁶

15 *Cfr. Ibidem.*

16 *Cfr. Faulkner, Robert Kenneth, The Jurisprudence of John Marshall, Princeton, N.Y., Princeton University Press., 1968, p. 117.*

LA DOCTRINA ALEMANA Y LA TEORÍA DEL ESTADO

El concepto de soberanía siguió un rumbo muy diferente en Alemania a partir del pensamiento de Hegel. Dentro de su construcción filosófica la soberanía era una cualidad del Estado en su totalidad que comprende, por lo tanto, al gobierno y al pueblo formando un todo.¹⁷

Para Hegel "la voluntad unitaria real soberana del Estado al positivizar el derecho está sometida, por un lado, al conjunto de condiciones histórico-materiales e histórico-espirituales de una comunidad y a la finalidad estatal última, el bien general; pero por otro lado, esa determinación no puede ser sino la manifestación real de la idea ética, la cual recibe su ser actual en la realidad de los estados".¹⁸ Las relaciones Estado- hombre llevan así al totalitarismo en lo interno y a una unidad hacia afuera enfrentada con otras unidades. El pueblo sin gobierno no detenta la soberanía, pero el pueblo organizado se convierte en Estado democrático a través de su poder legislativo.

Con Jellinek quien formula la teoría del Estado, se perfecciona la idea de Estado como abstracción, ya que considera que el Estado es diferente de la sociedad y de su gobierno. Además Jellinek niega el derecho natural y rechaza toda idea de democracia o de

17 *Cfr.* Cueva, Mario de la, Estudio Preliminar, en Hermann Heller, *La Soberanía*, México, UNAM, 1965 y Flores Olea, Victor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, FCPS, UNAM, Serie Estudios no. 2, México, 1969, pp 33 y ss. y Arnal, *op. cit.*, p. 33.

18 Hegel, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, No. 257, p.97, *cit. post.*, Flores Olea, *op. cit.*, p. 33.

soberanía del pueblo.¹⁹ Considera a la soberanía como la potestad de autodeterminarse y al Estado como función y ya no como sustancia, como lo concebía Hegel. Y piensa que el Estado está constituido por relaciones humanas entre dominadores y dominados.

Jellinek hacía la distinción entre una concepción sociológica del Estado y una concepción jurídica. Desde el punto de vista sociológico, la sociedad es una unidad de relaciones humanas en un espacio, formado por un pueblo como unidad histórica, con un fin determinado y con unas instituciones.²⁰ Esta unidad está dotada de un poder de mando, que tiene su origen "en el mismo Estado como unidad espacial, histórico-formal y teleológica".²¹

Con Jellinek se va dando la despersonalización del Estado y la atribución de la soberanía al derecho, que finalmente va a completar y llevar a sus últimas consecuencias Hans Kelsen. Este autor define al Estado como orden legal y a la soberanía como un sistema de normas jerárquicas, afirmando su naturaleza puramente jurídica y negando por lo tanto la soberanía del Estado. Es el propio orden jurídico formal el que es soberano con lo que también niega el contenido social del Estado y concluye que la organización internacional prevalecerá sobre el Estado y sobre la soberanía del Estado.²² En Hegel, Jellinek y Kelsen se da el aniquilamiento total del sujeto de la soberanía como instancia dotada de voluntad real, como lo señala Flores Olea en su ensayo sobre la soberanía que ya hemos citado.

19 *Cfr. de la Cueva, op. cit.*

20 *Ibidem.*

21 *Ibidem.* Desde el punto de vista jurídico, el Estado es para Jellinek una persona, una corporación territorial dotada de poder de mando.

22 *Cfr. Flores Olea, op. cit. p.29 y Keeton, George, National Sovereignty and International Order., London, Peace Book Co., 1939.*

De estos antecedentes parte la concepción de Hermann Heller sobre la teoría del Estado que va a predominar no sólo en Alemania, sino también en países como el nuestro y por un periodo muy prolongado, además de que, como veremos más adelante, también influye en la concepción de soberanía en el derecho internacional.²³

El problema de la soberanía es tan importante para Heller que su análisis antecede y en buena medida determina el desarrollo de su obra más importante.²⁴ Es interesante señalar que su obra en relación con el problema de la soberanía y del Estado fue escrita en el periodo de entreguerras, cuando el concepto de soberanía era muy cuestionado por unos países y reafirmado por otros.

Heller decía que la soberanía "continúa siendo una exigencia de las naciones de nuestros días y la mejor garantía de la libertad."²⁵

Para Heller el Estado es un grupo territorial de dominación con carácter de unidad soberana de acción y decisión que está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio. Los órganos estatales pueden reclamar normalmente con éxito el cumplimiento de sus mandatos porque tienen reservado con exclusividad el poder físico de coacción legítima.

Para Heller "el género próximo del Estado es la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de decisión y de acción. La diferencia

23 *Cfr.*, Flores Olea, *op. cit.* y Sepúlveda, César, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1973.

24 Hermann Heller escribe un primer ensayo titulado *La Soberanía*, en 1927, que precede a su famosa *Teoría del Estado*, publicada en 1934.

25 *Cit. post.* de la Cueva, Estudio preliminar, en Hermann Heller, *La Soberanía*, p. 7.

específica ... es la dominación territorial soberana".²⁶ Así la soberanía consiste en la capacidad tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, en caso necesario aun contra el derecho positivo. Supone un sujeto de derecho capaz de voluntad y supone también un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo. Heller señala que como poder constituyente y como personificación de la organización estatal aparece la unidad social de poder del Estado.²⁷ Heller llama soberano al poder que crea el derecho, en su caso al constituyente pero eso es la organización estatal como un todo,²⁸ no se localiza la soberanía en ningún miembro particular de la organización, sino en la organización en su totalidad. El poder social es siempre una relación social del depositario del poder con los súbditos. Por ello Heller habla del soporte de la soberanía que es el poder sobre la organización, el poder ejecutivo de la organización o poder subjetivo.

La soberanía para Heller no existe mas que "ahí donde el poder sobre la organización social-territorial le pertenezca a ella misma, le sea propio, donde la decisión sobre el ser y modo de la organización tenga lugar dentro de ella".²⁹ Y aclara que las expresiones soberanía del pueblo y soberanía del príncipe no se refieren al sujeto sino al portador de la soberanía en la organización estatal.

Es en esta última parte en donde surgen las confusiones y donde el Estado, cuando es entendido en su acepción más estrecha, sustituye a la sociedad, como veremos más adelante.

26 Heller, H., *Teoría del Estado*, F.C.E., 1964, p. 255.

27 *Ibidem.*, p. 262.

28 *Ibidem.*, p. 263.

29 *Ibidem.*, p. 265 *cf.* también Flores Olea, *op. cit.* p. 91.

EL TERRITORIO Y EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

El territorio es un elemento siempre esencial del concepto de soberanía en todos los enfoques. Habiéndose formado este a la par con el nacimiento del Estado moderno, a partir de la fragmentación de la unidad feudal, tiene un lugar indiscutible e indiscutido en todas las perspectivas. Así es desde los primeros autores clásicos como Bodino, Hobbes, Locke y Rousseau y así es en sus dos grandes derivaciones que son la doctrina centroeuropea y la doctrina anglosajona.

En la concepción alemana tiene definitivamente un lugar muy importante puesto que es una visión globalizadora en donde el Estado soberano es, como ya lo mencionamos, la misma comunidad políticamente organizada en un territorio y con un ordenamiento jurídico. Incluso a veces se reafirma más, como territorialidad, como en caso de Jellinek y de Kelsen.³⁰

El maestro César Sepúlveda define al Estado soberano como unidad universal de decisión en un territorio, en donde tiene ejercicio exclusivo de jurisdicción.³¹

Si se entiende la soberanía, como en la visión anglosajona, en forma más restringida y considerándola más bien como jurisdicción exclusiva, también implica un territorio claramente determinado.

30 *Cfr. Arnalz, op. cit., p. 24.*

31 *Sepúlveda, op. cit.*

Aun en perspectivas tan restrictivas del poder del Estado como la de Harold Laski, que veremos más adelante, se habla de su supremacía en el interior de su territorio, como sujeto independiente frente a las demás comunidades.³²

También en las concepciones pragmáticas, como la del realismo político de Morgenthau, se habla de la soberanía como un supremo poder sobre cierto territorio, como consecuencia de la victoria de los príncipes territoriales sobre el poder del papa. O como la visión también pragmática de Charles Burton Marshall, quien habla de un esquema de autoridad, un grupo gobernante, capaz de mantener un orden permanente en un área determinada.³³

Esta importancia del territorio como elemento esencial de la soberanía resalta más, como podremos ver, en la perspectiva del derecho internacional. Así dice Richard Falk, por ejemplo, que el Estado como unidad espacial resulta en el ordenamiento fundamental de las relaciones internacionales descansando fundamentalmente de manera central en concepciones territoriales.³⁴

Este autor señala que el respeto a los límites de los estados, a las fronteras, es crucial y resulta en ideas legales derivadas de jurisdicción territorial, igualdad soberana y no

32 Laski, Harold, *El Estado Moderno, sus instituciones políticas y económicas*, Barcelona, Librería Bosch, 1932, p. 38.

33 Morgenthau, Hans, *La lucha por el poder y por la paz*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1963, pp. 416.

34 Falk, Richard, "The Interplay of Westphalia and character conceptions of International Legal Order", en *The Future of International Legal Order*, Princeton University Press, N. Y. 1961, p. 32.

intervención. Esto implica el respeto mutuo para la supremacía territorial dentro de fronteras bien establecidas.

Inclusive cuando se separa el concepto de soberanía del concepto de Estado, se habla de todos modos de la persistencia de comunidades territorial y culturalmente diferenciadas que reivindican su derecho a la soberanía.³⁵

El territorio constituye por lo tanto un elemento de la soberanía sobre el cual no hay discusión en el plano de la teoría.

35 Hinsley, Francis, *El concepto de soberanía*, 1972, p. 192.

EL CONCEPTO DE SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Los diferentes enfoques sobre el concepto de soberanía se dan no sólo en los distintos contextos histórico-sociales, sino también en los distintos campos disciplinarios. Hay diferencias conceptuales importantes al respecto entre la teoría política, el derecho constitucional y el derecho internacional.

Por lo que se refiere al derecho internacional es importante analizar, aunque sea a grandes rasgos su nacimiento y evolución en relación al concepto de soberanía y aunque sea sólo en algunos autores representativos.

El derecho internacional surge al igual que el concepto de soberanía, con el Estado moderno. Sólo es posible su desarrollo cuando se considera que las normas que regulan el comportamiento entre los Estados depende de la voluntad de los propios Estados. Con Hugo Groccio se fundamenta el derecho internacional al hacer posible la combinación entre la concepción del Estado soberano y la del derecho natural al que voluntariamente deberían someterse todas las naciones ya que ambas ideas estaban en boga en su época.³⁶ Es necesario recalcar que tampoco en la doctrina del derecho internacional hay acuerdo sobre el concepto de soberanía pues hay autores que consideran que es contrario a la concepción de un derecho internacional eficaz, e incluso proponen la utilización de otros conceptos como autogobierno o independencia. Para los autores socialistas clásicos tam-

36 *Cfr. Keeton, op. cit.*, p. 40.

poco es un concepto conveniente ya que se supone que imposibilita las reivindicaciones sociales y la armonía entre los estados. Leon Duguit argumentaba que la soberanía es imposible frente al derecho internacional y que a esto se debe el fracaso de la Sociedad de Naciones.³⁷

Entre los internacionalistas clásicos, Charles Rousseau, por ejemplo señala que el término de soberanía es equívoco e impropio por la incertidumbre de su contenido; lo considera antijurídico y contrario a la realidad de los hechos y también al principio de la responsabilidad internacional y por último dice que es peligroso en el orden político ya que favorece soluciones de prestigio o de fuerza. Por otro lado también considera que es absurdo hablar de soberanía limitada. Considera que mejor se debería hablar de independencia y de competencias.³⁸

Pero también hay juristas internacionalistas que dicen que justamente porque hay estados soberanos hay derecho internacional, como Sepúlveda, Vattel y Hinsley para mencionar tres autores, de tres países distintos.³⁹

También hay internacionalistas que hablan de un concepto de soberanía relativa, como Verdross y Korowicz.⁴⁰ En esto, como en toda sistematización, las clasificaciones son arbitrarias, pues cada autor tiene posiciones y matices distintos.

37 *Cit. post.*, Flores Olea, *op. cit.*, p. 41.

38 *Cfr.* Rousseau, Charles y Sepúlveda, César, quien cita a varios autores que no están de acuerdo con el concepto de soberanía, *op. cit.*, p. 85.

39 *Cfr.* Sepúlveda, *op. cit.*; Vattel, *Derecho Internacional Público*; Hinsley, Francis, *op. cit.*

40 Verdross, *Derecho Internacional Público* y Korowicz, Marek, "Writings of the 20th. Century Publicist" en Larson y Jenks *Sovereignty within the Law*, Dobb Ferry Publications, N. Y., 1905. p. 414.

El maestro César Sepúlveda, por ejemplo, dice que el concepto de soberanía se desarrolló desde el punto de vista interno sin atender a las relaciones internacionales y por eso se contraponen el derecho constitucional y la teoría del Estado con el derecho internacional y que en el plano internacional la soberanía se tradujo en independencia, lo que equivale a un individualismo en la sociedad internacional.

Esta apreciación del maestro Sepúlveda es muy importante para distinguir entre independencia y soberanía. En ese sentido considera que sólo dando a la soberanía del Estado un contenido adecuado se puede reconciliar "la existencia de un Estado soberano con la presencia de un derecho internacional que regule las relaciones entre los Estados," con la implicación de comunidad internacional.⁴¹ Este autor señala que esto lo consiguió Heller al plantear la validez del derecho internacional basado en la voluntad de los estados y en la validez de los principios ético-jurídicos. Son los estados los que positivizan y actualizan estos principios y como sujetos libres, soberanos e iguales formulan el derecho internacional. El derecho se entendería como el producto de una comunidad de cultura y de intereses.

Por otro lado, el artículo 2, párrafo 7, de la Carta de Naciones Unidas habla de la jurisdicción interna de los Estados. Por esta razón Sepúlveda dice que no es poder supremo, ni absoluto, ni monopolio del poder o exclusividad del poder, sino que tendría un doble significado: por un lado, como soberanía nacional entendida como la facultad de jurisdicción en su territorio y por el otro como la soberanía popular, entendida como gobierno representativo.

41 Sepúlveda, *op. cit.* p.88.

Vattel por su parte, habla de la soberanía como tener gobierno e independencia, pero que ésta debe entenderse como concepto relativo pues los estados quedan sujetos al derecho internacional. Así, el Estado sería una realidad socio-política compatible y necesaria para el derecho internacional. Si desaparece el estado soberano desaparece el derecho internacional.

Ya después de la experiencia de la primera guerra mundial, había surgido por primera vez el temor y la crítica al concepto de soberanía llegándose incluso en ese momento a quererlo suprimir para poder reforzar al derecho internacional. En 1919, en el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones no se habla de soberanía y a cambio se afirma que los estados deberán respetar el derecho internacional con el objeto de lograr la paz.

Si la soberanía nacional es considerada como la potestad de una nación de darse una forma de vida política y determinar los principios de su derecho con independencia de cualquier otro poder nacional o internacional, esta sería contraria al derecho internacional. Este debate se agudizó con la segunda guerra mundial. Sin embargo, en las finalidades y principios que establece la Carta de las Naciones Unidas se asienta el respeto al principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos. Aquí se hace un reconocimiento de la soberanía, sin nombrarla y más bien definiéndola por los rasgos que son más aceptables en ese momento para la organización internacional.

Es tradicional la discusión sobre si el derecho internacional debe prevalecer sobre el derecho nacional, o al revés, o si deben ser dos ordenamientos separados. Así se habla del

dualismo, del monismo nacional o del monismo internacional. Esta es una discusión totalmente vigente, por las mismas razones que hemos venido señalando.

En general se considera que la soberanía del Estado está limitada por el derecho internacional y que es una limitación aceptada en el ejercicio de la soberanía. A esta conclusión se llega en estudios realizados tomando en cuenta las doctrinas existentes en los distintos países y a través de las posiciones sostenidas en distintos foros internacionales.⁴²

Es importante anotar que al respecto el maestro Mario de la Cueva concluye que la declaración de obligatoriedad sólo puede ser emitida por la voluntad de la comunidad.⁴³

42 *Cfr. Larson y Jenks, op. cit.*, p. 414.

43 De la Cueva, *Estudio preliminar...*, *op. cit.*, pp. 61-62.

LA SOBERANIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL ANGLOSAJON.

En esta parte analizaremos algunos enfoques sobre el tema en el derecho internacional anglosajón, de los periodos de entreguerras y posterior a la segunda guerra mundial, haciendo referencia en especial a aquellos que han tenido influencia en Estados Unidos. Aquí también encontramos distintas apreciaciones.

Un jurista británico cuyo pensamiento ha tenido influencia en Estados Unidos fue John Austin, como ya señalamos en el primer capítulo, quien dentro de la corriente del positivismo jurídico, sostenía que el Estado es un orden legal en el que hay una determinada autoridad actuando como última fuente de poder y esa autoridad es ilimitada. Esto se aplicó, como ya señalamos a los estados miembros de las federaciones. Para Austin las características de la soberanía eran: primero que el grueso de una sociedad debía estar "en estado de sumisión a un determinado superior político y segundo que el superior no debía obedecer a ningún otro superior humano".⁴⁴ Hablaba de un poder ilimitado e indivisible, pero con una división de funciones en el legislativo y el ejecutivo. Esta posición fue muy criticada.

Después de la primera guerra mundial y durante la recesión surgieron pensadores liberales que estaban en contra del engrandecimiento del Estado.

44 *Cit. post. Keeton, op. cit.* Igual que Austin, Bertrand de Juvenal defendía un Estado con plenitud de autoridad. *Cfr. Jouvenal, Bertrand de, Souverainety an Inquiry into the political good, translated by J.F. Huntington, Phoenix Books, The University of Chicago Press, 1957, p. 181.*

En este sentido es importante recordar el pensamiento de Arthur Bentley, autor norteamericano clásico que en 1918 escribe sobre el proceso del gobierno y que constituye un antecedente teórico necesario al referirse a la tesis que privilegia a la sociedad sobre el Estado, en el contexto de la doctrina anglosajona. Sus tesis son retomadas por muy diversos autores posteriores importantes, entre ellos Walter Lippmann y Harold Laski.

Lippmann en su libro *The good society*,⁴⁵ considera que el Estado no debe tener el monopolio del poder por encima de otros grupos sociales ya que esto lleva a sistemas totalitarios, de izquierda o de derecha (socialismo o fascismo). Debe haber límites a la libertad y también al Estado, a través del derecho. A este respecto señala que se debe negar a los estados "autoridad para hacer leyes que interfieren con la libertad de comercio en la nación" y que una *common law* debe prevalecer.

Harold Laski también argumenta en contra del concepto de soberanía, que se entendía como poder absoluto e ilimitado. Laski fue un autor británico cuyo pensamiento tuvo bastante influencia en Estados Unidos, a pesar de ser un socialista fabiano. En muchos aspectos sus apreciaciones parecen muy vivas y muy vigentes entre otras razones porque escribió en una época de transición cuando ya era inminente la segunda guerra mundial. Hablaba, por ejemplo de la incompatibilidad del Estado soberano con el orden económico mundial que se estaba gestando en ese momento.⁴⁶

45 Lippmann, *The good society*, Grosset and Dumlop, N. Y., 1953, pp. 317-318.

46 Cfr. Laski, Prefacio a la tercera edición de *The Grammar of Politics*, pp. 44-88.

Laski propone abandonar el concepto de estado soberano que lo equipara a la sociedad y le da derechos por encima de las otras asociaciones sociales, como si fuera la agrupación social más importante.⁴⁷ Estaba en contra de la idea de la autoridad suprema no sometida a otra, en contra del poder soberano ejercido a nombre del Estado por el gobierno a quien se confía su operación y también estaba en contra de la concepción de Kelsen de un supremo poder coercitivo.

Decía que el Estado no es anterior ni superior a las demás agrupaciones sociales y que tampoco está el Estado por encima del derecho en el aspecto interno. Laski ataca la concepción jurídica del Estado. La personalidad del Estado es para él, una simple ficción y dice que el concepto de soberanía es un mito peligroso e innecesario y argumenta la angostura e insuficiencia de las instituciones tradicionales del gobierno. Explica que al destruir la noción de soberanía no se trata de destruir al Estado y que la concepción ortodoxa de soberanía parte del error de considerar que las diversas asociaciones dependen de la voluntad del Estado, cuando en realidad éstas nacen de manera espontánea y natural y realizan funciones peculiares y propias con entera independencia de la voluntad del Estado.

Este autor señala que ya en ese momento frente al Estado existen agrupaciones sociales que "complementan su valor, suplen su afán solidario, amplían sus perspectivas y aun amenazan suplantar vorazmente, con su voluntad la razón de su existencia."⁴⁸ Para Laski lo más real, lo único real es el individuo, el hombre ... dice que muy bien puede el estado trans-

47 *Ibidem.*, p. 50, *cf.* también Kircheimer, *En busca de la soberanía*, Jornadas Colegio de México, 1945.

48 *Cit. post.* González García, Teodoro, Introducción en Laski, *El Estado Moderno*, Barcelona, Librería Bosch, 1932, p. XXVIII.

ferir a los grupos aquellas atribuciones que no revelan un sentido de impotencia o ineficiencia sino una definición más perfecta de los deberes implícitos en su aptitud.

El Estado soberano absoluto fue hasta Hegel una necesidad histórica para poder sobrevivir frente al poder del Vaticano según Laski, pero en Estados Unidos ha surgido un Estado en donde la soberanía, como la conciben los teóricos alemanes, está ausente.

En lo externo, dice Laski en 1935, un Estado soberano absoluto e independiente que demanda una adhesión incondicional de sus miembros y refuerza esa adhesión por el poder que detenta, es incompatible con el interés de la humanidad.⁴⁹ Además de que, de hecho, la independencia del Estado es siempre imposible. Y por lo que se refiere al aspecto interno el problema del poder del Estado sobre sus miembros es un problema de representación de voluntades, en donde la voluntad general en el sentido que le da Rousseau, es imposible, por el conflicto de intereses que existe en toda sociedad.

Un Estado tiene que ser responsable, tiene que responder ante sus miembros, debe ceder a sus deseos si quiere permanecer en el poder. Aquí es donde Laski vincula el concepto de la soberanía con el problema de la democracia.⁵⁰

Laski está totalmente en contra de la soberanía del Estado como la defendían los teóricos alemanes o John Austin en el contexto anglosajón, por ello decía que la "asamblea territorial construida sobre el sufragio universal parece el mejor método de tomar decisiones finales en el conflicto de voluntades dentro de la comunidad."⁵¹ Si además se

49 Laski, *The Grammar...*, *op. cit.* Cap. II, p. 64.

50 *Ibidem.*, pp. 66-84.

agrega la descentralización de área y de funciones también se consigue limitar el poder que es una de las preocupaciones centrales de Laski. Sin embargo, para este autor en el momento en que escribe es inevitable el Estado como forma de organización, pero el poder debe estar más ampliamente distribuido. Otro jurista anglosajón, George Keeton,⁵² señala que la concepción de Hegel y de Austin llevaron a la idea del poder ilimitado e indivisible (aunque con la división de funciones del ejecutivo y del legislativo) y que esto rompió con el equilibrio de la Edad Media y dejó al individuo frente a un Estado todopoderoso. Y que en derecho internacional, la soberanía ya no correspondía al pueblo, sino al Estado, que al ser considerado como una personalidad dejaba sin cuestionar la realidad sociológica atrás de él.⁵³ Decía Keeton que en 1944, cuando él escribe, se da nuevamente un paralelo en la condición de los estados con la prevaleciente hasta antes de Groccio, cuando se consideraba que el derecho internacional era contrario al interés de los estados. Esto se tradujo en la condición de inseguridad señalada por Hobbes y así había llevado al fracaso a la Sociedad de Naciones. Todo ello se planteó por el abandono del principio de no intervención por parte de Rusia, Japón, Italia y Alemania, antes de estallar el conflicto armado.

Keeton considera que el concepto de soberanía prevaleciente en el derecho internacional, de absoluta independencia, de sujeción voluntaria de los estados, de la *rebus sic stantibus*, de la ausencia de una maquinaria compulsiva internacional y donde además se considera que el individuo no existe porque lo sustituye el Estado, ha endiosado al Estado en lo interior y en el exterior y dado más recursos a los gobernantes.⁵⁴ Después de analizar

51 *Ibidem.*, p. 84.

52 Keeton, *op. cit.*, p. 39.

53 *Ibidem.*

las tesis de Laski, Keeton llega a la conclusión de que están surgiendo nuevas lealtades que trascienden al Estado y por lo tanto se da un progresivo carácter cambiante de las teorías sobre la soberanía y que en ese momento, 1938-1940, se le cuestiona fuertemente porque propicia las guerras e impide un gobierno mundial o un derecho internacional fuerte o una organización efectiva.⁵⁵

Así Keeton reconoce, siguiendo el pensamiento de Laski, que las nuevas condiciones hacen imposible el concepto absoluto de soberanía; el Estado se convierte en un agente coordinador y el individuo debe estar más en armonía con la sociedad que con el Estado. Surgen nuevas lealtades de la comunidad al margen del gobierno, como el desarme o el aprovechamiento de recursos.

En ese mismo sentido, Richard Falk dice en 1961, que la interdependencia vulnera a los estados y relaja los vínculos entre Estado e individuo, sobre todo en las sociedades con tradiciones democráticas.⁵⁶

Para Hinsley,⁵⁷ quien escribe en 1972, es claro que hay un cuestionamiento del concepto de soberanía, pero este autor llega a conclusiones muy distintas. Es necesario recordar que escribe en un contexto también muy distinto, en el que la sociedad bipolar parece ser estable.

54 *Ibidem.*, pp. 46-53.

55 *Ibidem.*, pp. 55 y 147.

56 Falk, *op. cit.*, p. 32.

57 Hinsley, *op. cit.*

En este autor el concepto de soberanía está ligado al poder, dentro de la teoría o concepción del poder político. Plantea de nuevo la idea de que hay una autoridad final y absoluta en la comunidad política y señala que soberanía y Estado están ligados en el origen y en la historia. Para Hinsley el Estado es una forma de organizar el poder político en un determinado momento histórico de la sociedad y es, por lo tanto una institución política. Como buena parte del pensamiento anglosajón, para él el Estado y la sociedad son distintos entre sí y el Estado es distinto a otras instituciones políticas y no es el único sistema político. "Cada sociedad tiene un sistema político cuya función consiste en mantener un orden social en el interior de un territorio, mediante el ejercicio de la autoridad. Cada forma de gobierno, cada sistema político constituye esencialmente un Estado en un estadio determinado de su evolución. No importa donde se halle la autoridad final y cuan dispersa se encuentre, sea indeterminada o discontinua, el Estado ejerce y reivindica el poder final de coacción, ejercido en forma particular, con aceptación de la autoridad."⁵⁸

La concepción de Hinsley implica el poder efectivo de la autoridad central y un sistema administrativo de control político, o sea una autoridad central y formas administrativas. Por lo tanto, el Estado se impone sobre su sociedad, es una estructura de mando impuesta sobre una comunidad a la que rige o intenta regir.

Hinsley dice que en estados segmentarios la soberanía es confusa y en ellos surge la organización federal, como en Alemania y Estados Unidos y que "cuando una parte integrante suficiente de la comunidad en que un Estado opera ha aceptado suficientemente a

58 *Ibidem.*, p. 9 y ss.

éste y en este proceso de ser aceptado suficientemente, el Estado ha adaptado sus formas y su perspectiva a las exigencias y condiciones de la comunidad, entonces y sólo entonces, es cuando el Estado deja de ser segmentario y cuando ha sido acuñado el concepto de soberanía.⁵⁹

En ese momento se da una integración o conciliación entre comunidad y Estado con la soberanía y hay una legitimación y responsabilidad del poder que se convierte en autoridad. Y en estas condiciones Hinsley ya asume que la idea de soberanía supone la existencia de una autoridad política final y absoluta dentro de la comunidad política. Así para Hinsley se pasa de la soberanía del gobernante a la soberanía popular y después a la soberanía del Estado. Y sin embargo, señala que "por exigencia de libertad ahora el concepto de soberanía sólo puede evolucionar en la dirección popular."⁶⁰ Aquí nuevamente se vinculan la soberanía y la democracia.

Por lo que se refiere a la transición del Estado Hinsley señala que si el "Estado ya no es autosuficiente, los límites físicos, morales y legales de la libertad de la comunidad y el Estado se han reducido."⁶¹

Hinsley retoma el cuestionamiento de la soberanía frente al derecho internacional, diciendo que es una premisa válida de relaciones internacionales si se equipara el atributo de la soberanía con la posesión ilimitada de libertad de acción y con la falta de trabas en el poder. Dice que se pretende que a partir de las comunidades diferenciadas se llegue a un

59 *Ibidem.*, p. 25.

60 *Ibidem.*, p. 113.

61 *Ibidem.*, p. 188.

derecho internacional y a un tribunal internacional y de ahí a una federación mundial, con una administración y un cuerpo legislativo a escala mundial, pero que de hecho se da más cohesión y desarrollo de las funciones y poder del Estado, ya que existen comunidades territorial y culturalmente diferenciadas. Al mismo tiempo considera que el derecho internacional no es incompatible con la soberanía ya que el soberano puede aceptar limitaciones.

Para Hinsley "la estructura interna de la comunidad está tan ramificada y sus formas de acción son tan variadas y su distribución de poder y de influencia tan difusas que sería inexacto suponer que existe aún una forma de autoridad soberana singular o que la existencia de semejante autoridad sea aceptada."⁶² Pero señala que el incremento de la complejidad interna de la comunidad y el Estado lleva a una mayor politización de masas y a formas populares de gobierno y que al persistir la relación comunidad-Estado, su expresión es y será la formulación de la tesis de la soberanía, mientras esta relación permanezca inalterada.

Al igual que Laski considera que la existencia del Estado soberano es una manera de organizar el uso del poder en una comunidad y que no hay muchas formas de organizarlo. Por eso, si se busca su desaparición o se podrían violentar mucho las estructuras existentes y esto las reduciría a su condición segmentaria, anterior a la condición de Estado, o se daría un progreso interno de tal magnitud en donde no se podría vislumbrar qué tipo de organización posestatal sucedería al Estado.⁶³

62 *Ibidem.*, p. 193.

63 *Ibidem.*, p. 195.

Sin embargo, Hinsley señala el hecho de que hasta ese momento la relación comunidad-Estado se ha reforzado en las sociedades modernas y esto ha preservado a las comunidades. Incluso la disensión política se contiene en el Estado y aún la propia descentralización obedece a un plan central. En ese momento para este autor se da la primacía final del poder del Estado, en él se concentran los resortes del poder de la comunidad y persiste la necesidad de asegurar el ejercicio efectivo del poder. En ese sentido, a pesar de todo lo anteriormente señalado, para Hinsley el concepto de soberanía es la única fórmula de compromiso para satisfacer esa necesidad. La comunidad es más compleja, pero por esa misma razón hay una mayor complejidad en la naturaleza, formas y métodos del Estado, que se refleja en los cuerpos legislativos, en la extensión del sufragio representativo, en la inserción de nuevas formas constitucionales para la composición o como base de los órganos ejecutivos. Concluye Hinsley que una sociedad política avanzada depende de la soberanía del Estado y que por todo ello los "juristas, políticos y ciudadanos están por el mantenimiento de la soberanía."⁶⁴

OTROS ENFOQUES ACTUALES SOBRE SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL

Todos los enfoques anteriormente mencionados analizan el concepto de soberanía desde la perspectiva de la doctrina anglosajona en el periodo que va de la primera guerra mundial al de la guerra fría, pero ahora convendría también apuntar algún análisis de prospectiva.

Julius Stone, internacionalista norteamericano en un libro que se llama *Visions of World Order* habla de tres posibilidades a futuro para un nuevo orden mundial, que serían: un derecho internacional basado en la humanidad, lo que Jenks ha denominado derecho común de la humanidad; un proceso mundial de toma de decisiones, orientado a la política en un proceso mundial de poder; o la creación de un modelo de orden mundial con creciente conciencia planetaria. Las tres alternativas están basadas en una concepción más homocéntrica en donde el Estado soberano, sobre todo en las dos últimas, tiene poco que hacer.⁶⁵

Manfred Jenks en su propuesta habla de una comunidad organizada constituida con base en los estados pero descargando sus funciones comunitarias de manera creciente en un complejo de instituciones internacionales y regionales, y confiriendo derechos y obligaciones a los individuos. Considera que las repercusiones de la acción y la política esta-

65 Stone, Julius, "Between State Power and Human Justice", en *Visions of World Order*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1984, pp. 11-12.

tal trascienden el interés de los estados en su interior y en sus relaciones entre ellos. La elaboración de un derecho común de la humanidad se hace necesaria dada la creciente complejidad e interdependencia de las relaciones de las naciones y el creciente involucramiento de los individuos en las relaciones transnacionales, por lo que se tiende a establecer criterios de bueno y malo válidos para toda la humanidad.⁶⁶

Las tres posibilidades buscan o postulan un sustituto para el derecho internacional que descansa en la convivencia humana y en objetivos y normas comunes más que en la coordinación o coexistencia de los estados como entidades soberanas.

Stone explica que el Estado soberano quedaría rebasado en los dos últimos modelos, pero que el derecho común de la humanidad supone una soberanía limitada por el orden legal internacional.

Además Stone señala acertadamente que el origen del derecho internacional es el *jus gentium* que era un derecho de gentes no de Estados, lo que constituye un punto de reflexión muy interesante y que sería congruente con una concepción más bien de soberanía del pueblo.

Aunque Stone tampoco se muestra optimista sobre la posible desaparición del Estado ya que quizá madurarían, dice el, unidades más amplias y más poderosas en la rivalidad y en el conflicto internacional. Reconoce que el Estado subsiste como el principal tomador de decisiones y además faltaría asegurar, al igual que con los estados soberanos, un mínimo de

66 Cfr. *Ibidem.*, p. 15.

libertad y subsistencia a todos los hombres y mujeres, pues, dice Stone con razón, primero es el hombre y luego el Estado,⁶⁷ en el mismo sentido que Laski.

Stone señala la conveniencia de una soberanía limitada por el orden legal internacional y redefinida en términos mucho menos absolutos, ya que la soberanía absoluta implica la igualdad de los estados y la igualdad soberana cancela la posibilidad de directrices de justicia que surgen de la desigualdad entre los estados. Por otro lado ya Stone señalaba el surgimiento de factores nacionales que irrumpen con la crisis del Estado. Es importante agregar que para Stone el contenido fundamental del concepto de soberanía es la autodeterminación.

Para tener algún punto de comparación es interesante tomar en consideración otros puntos de vista fuera de la doctrina anglosajona. Un internacionalista no anglosajón que ha hecho planteamientos interesantes sobre la soberanía, es Carrillo Salcedo,⁶⁸ quien plantea no la desaparición o proceso de extinción de la soberanía sino su transformación. Carrillo cita a Chaumont,⁶⁹ quien opinaba en 1960 que las condiciones políticas y psicológicas de la humanidad están retrasadas respecto de su evolución material y de sus necesidades actuales y que al mismo tiempo es innegable que aquellas constituyen un factor esencial del problema, por lo que ignorarlas no nos llevarías más que a nuevas desilusiones con el riesgo de destruir lo existente en lugar de perfeccionarlo.

67 *Ibidem.*, p. 82.

68 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1961.

69 Chaumont, Charles, "Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat", en *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, París, 1960, p. 114, *cit. post.* Carrillo, *op. cit.* p. 63.

Carrillo considera que a la soberanía como unidad de poder le corresponde definir por sí misma aquellos de sus valores que considera vitales y también protegerlos por todos los medios de que dispone incluso el empleo de la fuerza.⁷⁰ Agrega que el poder político puede perder algunos de sus atributos para transformarse en competencia o sea un poder objetivo determinado por un sistema jurídico superior a los sujetos del ordenamiento en cuestión. Esto de hecho no ha sido posible todavía.

Carrillo cita el hecho de que en un Comité especial encargado de examinar los principios del derecho internacional, Gran Bretaña proponía la subordinación de los Estados al derecho internacional. Esta propuesta no fue aceptada ya que se consideró que la soberanía del Estado es un hecho y no un atributo del derecho internacional que por lo demás está muy lejos de ser un ordenamiento coherente. La soberanía por lo tanto establece ámbitos de competencia exclusiva, independencia y jurisdicción plena en su territorio. En este sentido, agrega, la facultad de asumir compromisos es precisamente un atributo de la soberanía.

También es importante considerar, aunque sea muy someramente como se maneja la concepción de soberanía en nuestros días en el máximo foro político de las Naciones Unidas. En la reunión de jefes de Estado y de gobierno de los países miembros del Consejo de Seguridad que se llevó a cabo los últimos días de enero del presente año, Boutros Ghali declaró que la violación de la soberanía de los estados seguirá siendo contraria al nuevo orden internacional. Añadió que la democratización a nivel nacional dicta un proceso co-

70 Carrillo, *op. cit.*, p. 64.

rrespondiente al nivel global, por lo que se reconoce que ambos valores son fundamentales y compatibles. Y en otra parte muy interesante de su discurso dice que "la revolución que barre gran parte del mundo debe su impulso y autenticidad no a las ideologías recicladas o anticuadas, sino a la necesidad primaria de los pueblos de libertad, justicia, solidaridad y reconocimiento de sus identidades."⁷¹

Es importante que a nivel internacional se reconozca la vigencia del concepto de soberanía y se le vincule con el de democracia, como dos aspiraciones paralelas y actuales. Se hace además hincapié no en el Estado sino en las necesidades de justicia, libertad e identidad de los pueblos, lo que nos remite al sujeto de la soberanía.

Una vez que hemos revisado el concepto de soberanía en el derecho internacional, es necesario analizar a algunos autores representativos del pensamiento político norteamericano que se ocupan del concepto de soberanía, pues se estudia desde una perspectiva muy diferente.

Si bien el concepto de soberanía no es ciertamente uno de los conceptos centrales en la teoría política norteamericana, vemos que sí está presente en autores clásicos y que se le maneja dentro de la perspectiva del pensamiento político norteamericano que aporta ángulos distintos a los que se manejan en nuestro país.

71 *Cfr. La Jornada*, 10. de febrero de 1992, p. 25.

EL PENSAMIENTO POLITICO NORTEAMERICANO Y LA SOBERANIA

En un foro de reflexión sobre la política internacional, que se llevó a cabo en plena segunda guerra mundial, Sharp y Grayson,⁷² señalan que a pesar de los esfuerzos que se han hecho desde Groccio por someter a los estados soberanos al derecho internacional, la política moderna entre naciones segufa descansando en un conjunto de relaciones de poder. Esta concepción clásica norteamericana del realismo político va a predominar a partir de esa época. Se hablaba entonces de la oposición entre la soberanía y el derecho internacional.

Sin embargo, Hans Morgenthau, uno de los grandes clásicos del pensamiento político norteamericano posterior a la segunda guerra mundial, se ocupa del problema de la soberanía pero considera que ésta sólo es incompatible con un derecho internacional centralizado y que por el contrario el derecho internacional es descentralizado.

Morgenthau enumera los rasgos característicos de la soberanía, que entiende como independencia y exclusión de la autoridad de cualquier otra nación; autoridad suprema en un territorio, igualdad y unanimidad. Y también señala claramente que soberanía no es libertad de restricciones legales, o no estar sujetos al derecho internacional, no implica igualdad y no es independencia real política, militar, económica y tecnológica.⁷³

72 Sharp, Walter y Rick Grayson, *Contemporary International Politics*, Farrar and Reinhart Inc., N. Y. 1940, p. 19.

73 Morgenthau, *op. cit.*, pp. 418-423.

Asimismo Morgenthau dice que la soberanía se puede perder cuando se coloca bajo la autoridad de otra nación, para promulgar y ejecutar leyes o cuando se da esta facultad a otra nación, o bien cuando se pierde la impenetrabilidad del territorio nacional. Esta perspectiva refleja claramente la posición de Estados Unidos como superpotencia en la sociedad bipolar de la posguerra.⁷⁴

Por lo tanto para Morgenthau soberanía significa controlar legalmente el gobierno, realizar funciones gubernamentales dentro del territorio, interpretar la ley y ejecutar juicios políticos, realizar una distribución definida del poder y tener una sola autoridad. Morgenthau dice citando a Hamilton que "dos soberanías no pueden coexistir dentro de los mismos límites territoriales."⁷⁵

Otro importante politólogo norteamericano, Lipset,⁷⁶ dice que la soberanía implica el poder supremo sobre las otras fuerzas políticas, dentro de las fronteras de una nación y por lo tanto se requiere de nuevas bases de consenso para establecer el puente entre sociedad y Estado. Para Lipset la sociedad y el Estado no son dos unidades independientes y este último es sólo una de las muchas instituciones políticas o formas políticas que a su vez son parte de los muchos grupos e instituciones sociales.

No debe haber separación sino equilibrio y relación entre consenso y conflicto en un sistema democrático. Su pensamiento es una especie de punto intermedio entre la concepción anglosajona y la continental europea. Lipset se remite a Tocqueville cuando

74 *Ibidem.*, p. 425.

75 *Cit. post.*, Morgenthau, p. 438.

76 *Cfr.*, Lipset, Seymour Martin, *Political Man*, 1951, pp. 2 y 55.

habla de un balance de fuerzas en conflicto y consenso y corrobora su apreciación de que la industrialización, burocratización y desarrollo del tipo de estructura administrativa necesaria para las organizaciones a gran escala y el nacionalismo, debilitan a los pequeños polos de poder y propician la formación de un sólo centro de poder en el Estado. Esto impide que cualquier otro grupo se le pueda oponer. Asimismo una sociedad burocrática, según Tocqueville podría producir una actitud de apatía por el sentimiento de falta de pertenencia a una unidad social y políticamente relevante, lo que debilita y destruye el consenso. Por ello, para oponerse a la centralización excesiva del poder, debía propiciarse el autogobierno local y las asociaciones voluntarias, como partidos políticos y organizaciones de caridad.

Uno de los planteamientos más interesantes sobre el concepto de soberanía desde la perspectiva del pensamiento político norteamericano, en su forma más pragmática y realista es el que expone Charles Burton Marshall en su libro *The exercise of sovereignty*.⁷⁷ Marshall tuvo una larga experiencia en el Departamento de Estado y participó en muchas misiones en el exterior y decide escribir un libro realista sobre la política exterior norteamericana. Pretende dejar a un lado discusiones sobre asuntos y problemas pasajeros para concentrarse en las ideas con mayor permanencia y mayor relevancia.

Marshall reflexiona sobre el cuestionamiento a la soberanía y dice que cuando Dean Rusk hacía un comentario a De Gaulle a este respecto parecía querer señalar como arcaica una idea de la que se teme tenga futuro.⁷⁸

77 Marshall, Charles Burton, *The Exercise of Sovereignty, Papers on Foreign Policy*, The John Hopkins Press, Baltimore, Maryland, 1965, con un Foreword de Dean Acheson.

El término no puede ser absoluto pero eso no significa, dice Marshall, que por ello se le deba rechazar.

Para este autor la soberanía significa superioridad y requiere por lo tanto un referente. Aplicado a un gobierno finito significa ascendencia establecida en relación con asuntos que se refieren a la capacidad del gobierno para funcionar como una empresa en marcha (*as a going concern*), capacidad para hacer y dar efecto a decisiones públicas.⁷⁹ Es la posición de controlar un ámbito determinado (*of being in charge of a domain*), según la expresión que el autor utiliza .

Dice Marshall que cuando alguien habla de la obsolescencia de la soberanía, el nombra algunas de sus características esenciales y pregunta cual de ellas debe eliminarse y su interrogado señala sólo que la responsabilidad nacional es imponente, riesgosa y cara y que esto lo sintetiza la soberanía con sus riesgos y cargas y que deshaciéndose de este concepto se piensa aligerar la carga.

Los componentes prácticos de la soberanía son un esquema de autoridad, un grupo gobernante capaz de mantener de manera permanente un orden social dependiente en un área determinada; mando de lealtad en una determinada porción de personas y grupos comprendidos en el área; tener un conjunto común de recuerdos del pasado y de expectativas para el futuro, formando un patrón de identidad entre un determinado número de personas y grupos. Es interesante señalar que en este punto Marshall no habla de Estado. También

78 *Ibidem.*, p.3.

79 *Ibidem.*, pp. 3-7.

menciona como componente fundamental un propósito conciente general de convertirse en algo importante en los anales del mundo; una capacidad y un deseo de mando sobre medios con el objeto de hacer efectivas las preferencias comunes; capacidad para obligarse y cumplir con las obligaciones; capacidad para afectar las condiciones del medio ambiente y ser afectado por ellas; requiere tener algún sistema de gestión capaz de representar a este ámbito (*the realm*) en las negociaciones internacionales y capaz de comunicar auténtica y definitivamente en su representación, lo que va más allá de la extensión de la jurisdicción, según lo explica Marshall.⁸⁰

Todos estos componentes que implican acciones no son fáciles de alcanzar, dice Marshall, hay que cultivarlos. No pueden asumirse como herencia dada, como una realidad fija. La sociedad debe apreciarlos, sostenerlos y llevarlos más allá. Se perderá el derecho a ellos si se ponen en peligro. Marshall afirma que resolver graves problemas con base en la obsolescencia de la soberanía es algo que se dice pero que no sirve para enfrentarse a realidades. Para él los peligros que surgen en el mundo no son consecuencia de un exceso de cualidades que constituyen la soberanía, sino todo lo contrario se deben a que muchas naciones no las tienen.

Considera que Estados Unidos es una de las entidades más afortunadas, ya que las facultades y atributos de su *status* como soberana son reales. La soberanía concebida como la suma de atributos de una nación, de una empresa en marcha y la soberanía expresando el

80 *Ibidem.*, p. 7.

papel y significado de una nación entre otras entidades sobre la misma base formal, constituyen los elementos más importantes a los que se les debería prestar mayor atención.

Refiriéndose a los estados de reciente independencia después de la segunda guerra mundial dice que tienen la soberanía como *status* jurídico pero no como la suma de atributos de una exitosa sociedad moderna.⁸¹

Ser soberano es entonces ser capaz de tener una política exterior efectiva. La negociación y el consentimiento permanecen como un patrón de igualdad, que se mide no tanto en fuerza calculable, recursos, tamaño o logros técnicos, como en el derecho autónomo de definir su propio interés, decidir y establecer un contrato, o sea participar de la condición de Estado. Denota capacidades para tomar y ejecutar decisiones, cumplir obligaciones y mantener el orden en su propio dominio.⁸² También señala Marshall que el consentimiento es altamente perecedero a menos que se sustente en un poder que lo proteja, un poder dependiente de la habilidad para utilizar la fuerza, que a su vez está determinado en alguna medida por un régimen que sea capaz de contar con el apoyo voluntario del pueblo.⁸³ Por lo tanto Marshall considera que Estados Unidos debe ayudar a los países para que adquieran la capacidad de estados, incluso "asistirlos militarmente en el problema de la seguridad".⁸⁴ Dice que la política exterior de Estados Unidos se dirige a alcanzar un orden que represente la colaboración entre estados jurídicamente libres e igualmente viables en la independencia.⁸⁵ Agrega que estas aspiraciones provienen del pasado americano

81 *Ibidem.*, p. 207.

82 *Ibidem.*, p. 213.

83 *Cfr. Ibidem.*, p. 235.

84 *Ibidem.*, p. 243.

y que por eso Estados Unidos "simpatiza con aquellas tierras que se oponen a la autoridad en busca de mejores perspectivas en la vida." Dice que esto los lleva a autoprojectarse, lo cual no es reprochable, sino inevitable ya que una nación aboga por los valores que acepta.

EL CONCEPTO DE SOBERANIA EN MEXICO

En México el concepto se inspiró primero en el pensamiento de la revolución francesa y desde el proyecto de Constitución de Apatzingán se refleja la Declaración de derechos y deberes del hombre y del ciudadano de 1789.⁸⁶ En el Decreto de Apatzingán se habla de soberanía del pueblo. Sin embargo en la Constitución de 1824, se habla de soberanía de la nación, en lo que el maestro de la Cueva llama una concepción contrarrevolucionaria. En el Congreso de Apatzingán los criollos, entre ellos Rayón tenían miedo de hacer demasiado hincapié en declarar que la soberanía residía originalmente en el pueblo pues "corremos el riesgo de que los indios pretendan restaurar sus antiguas monarquías".⁸⁷ y así para ellos la soberanía dimanaba del pueblo pero residía en Fernando VII en ese momento.

Así la Constitución de 1824 en su artículo 5 declara que la soberanía radica original y esencialmente en la nación.⁸⁸

Todo ello a pesar de que la concepción de la soberanía del pueblo no les era muy ajena pues según el maestro Mario de la Cueva los jesuitas con la enseñanza de sus doctrinas contribuyeron a formar la convicción de que los pueblos son los titulares del poder político.

86 *Cfr.*, Cueva Mario de la, *Sobretiro, Proyecto Constitucional de Apatzingán*, p. 296 y Arnalz Amigo, *Aurora, Soberanía y Potestad*, p. 99.

87 *Cit. post.*, *Ibidem.*, pp. 311 y 312.

88 *Ibidem.*, p. 324.

La Constitución de 1857 si habla de la soberanía del pueblo, y en los mismos términos que la Constitución de 1917 reproduce en su artículo 39. Se dice que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Se especifica que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.

Por otra parte, la propia experiencia histórica no sólo de México sino de todos los países de América Latina, los llevó a resaltar más el aspecto de la no intervención y la autodeterminación.⁸⁹ Se defendía en lo interno un autonomía integral y una independencia completa del exterior, como se señalaba en la Carta de La Habana de 1928 y en la que se inspira por ejemplo la doctrina Calvo, Sin embargo García Amador dice que el carácter esencial de la soberanía radica más bien en el poder del Estado para adoptar su propia constitución, para dictar leyes y establecer su propio gobierno libre de intervención de cualquier nación extranjera.⁹⁰

Además de la influencia original del pensamiento de la revolución francesa, también ha sido muy importante en nuestro país la influencia de la doctrina alemana y muchos juristas y politólogos mexicanos se inspiraron y aún sustentan en lo esencial la concepción de Hermann Heller.⁹¹

Para Flores Olea el estudio de la soberanía está dentro de la teoría del Estado, pues para él no se puede aprehender la naturaleza o el contenido de la soberanía más que en relación con la naturaleza o legalidad propia del Estado.⁹² El Estado lo entiende como co-

89 Cfr. García Amador, *Derecho Latinoamericano*, en Larson y Jenks, *op. cit.* nota 42, pp. 123-140.

90 *Ibidem.*, p. 324.

91 Cfr. Flores Olea, *op. cit.*

munidad, unidad política y único sujeto posible de la soberanía. Agrega Flores Olea que no considera al Estado como un organismo sino como una organización que sería "la unidad de la comunidad político-jurídica organizada que comprende una multitud de acciones sociales y políticas efectivas, unificadas y ordenadas a través y como consecuencia de una normación jurídica".⁹³ Esta noción comprende para Flores Olea orden jurídico, territorio y "materia humana social."⁹⁴

En ese sentido la comunidad, como unidad política suprema en un territorio, es el sujeto de la soberanía, cuya unidad de voluntad se logra por medio de sus órganos representativos, a través de los cuales se manifiesta como voluntad de decisión y de acción.⁹⁵

Así en última instancia "la soberanía pertenece a la comunidad política unificada y jurídicamente organizada en un territorio, la cual integra una unidad de decisión y de acción dotada de voluntad que se manifiesta a través de la actividad de sus órganos."

Al igual que Heller, Flores Olea distingue así entre el sujeto de la soberanía que sería la comunidad políticamente organizada y el soporte de la soberanía, que es la instancia o grupo que ejerce el poder sobre la organización.

César Sepúlveda también considera que Hermann Heller es el único que logra conciliar la concepción de un estado soberano con la presencia de un derecho internacional, como ya lo habíamos señalado. Sin embargo el maestro Sepúlveda considera que no se trata

92 *Ibidem.*, pp. 11 y 12.

93 *Ibidem.*, p. 46.

94 *Ibidem.*, p. 47.

95 *Cfr. Ibidem.*, p. 53.

de un poder absoluto, ni monopolio, ni exclusividad del poder y que se traduce en dos dimensiones, como soberanía nacional que es la facultad de jurisdicción y como soberanía popular que sería el gobierno representativo. En esencia la soberanía sería la capacidad de positivizar los preceptos supremos obligatorios para la comunidad.⁹⁶

El Estado soberano es para el maestro Sepúlveda la unidad universal de decisión en un territorio, eficaz en el interior y en el exterior. En lo que él mismo denomina una concepción más moderna de la soberanía del Estado habla de que constituye un ejercicio de jurisdicción exclusiva en su territorio.

La maestra Aurora Arnaiz al analizar el tema de la soberanía del Estado pone más hincapié en entenderla como soberanía del pueblo, y llega incluso a señalar que "siendo la soberanía un concepto inherente al pueblo subsiste al margen de las formas de Estado y de gobierno... La posibilidad de poner término a la asociación estatal no desdice a la soberanía".⁹⁷

Explica la maestra Arnaiz que sustituir la soberanía del pueblo por la del Estado, como lo hace Jellinek entre otros, presupone identificar los términos de soberanía y potestad política, transforma al pueblo de verdadero titular en órgano del Estado.⁹⁸

Cuando explica el origen del concepto, dice la maestra Arnaiz que al surgir la monarquía absoluta, antecedente inmediato del Estado moderno, la potestad suprema

96 Sepúlveda, *op. cit.*, pp. 85-88.

97 Arnaiz, *op. cit.*, p. 101.

98 *Ibidem.*, p. 99.

política queda enmarcada en el representante de la nación." Y añade que "Precisamente la supervivencia de esta forma de gobierno se encuentra en la actualidad en los regímenes presidencialistas, su último girón."⁹⁹ Para ella la actuación del Estado es soberana solamente cuando refleja la voluntad del pueblo, tanto en lo interno como en lo externo.

La evolución del concepto de soberanía en nuestro país ameritaría de un análisis mucho más profundo y detallado, pero a partir de la revisión que se ha hecho se puede afirmar que se han combinado varios factores para distorsionar el sentido del concepto de soberanía en nuestro país.

Por un lado, está la inspiración más bien doctrinaria y superficial, por razones políticas y sociales, en los principios de soberanía popular y soberanía de la nación que prevalecen en las luchas revolucionarias de Francia.

También pesa mucho la influencia del pensamiento alemán, sobre todo Hermann Heller, como ya lo hemos señalado.

Con estas influencias teóricas en el contexto de una sociedad que por razones históricas nunca ha sido democrática y con un sistema político fuertemente centralizado y el presidencialismo, se ha llegado a suplantarse la soberanía del pueblo por la soberanía del Estado. Pero además no de un Estado entendido como comunidad políticamente organizada, sino confundido con el aparato gubernamental, en donde las decisiones se toman de manera cupular.

99 *Ibidem.*, p. 23.

En este momento resulta muy interesante analizar los planteamientos que hacen en torno al tema algunos destacados intelectuales mexicanos encuestados muy recientemente al respecto del significado actual de la soberanía.¹⁰⁰

Así Héctor Aguilar Camín, opina que no se debe confundir soberanía con autarquía o autosuficiencia económica y que se debe reconocer que vivimos una época de soberanías restringidas y de aparición de incipientes "soberanías supranacionales." Y que frente a esta realidad" el concepto decimonónico (*sic*) de soberanías defensivas, aislacionistas carece de flexibilidad."

A Aguilar Camín le parece que lo que sigue vigente es la soberanía política en tanto autonomía de los estados nacionales y de sus ciudadanos para decidir su vida pública con arreglo a sus propias reglas políticas internas.

Esta perspectiva no le deja mucho futuro a la soberanía, porque más que distinguir entre soberanía económica y soberanía política, se debería centrar el problema en torno a quién y cómo se toman las decisiones relevantes, sean políticas o económicas, en caso de que se pudiera siempre distinguir claramente entre unas y otras.

Para Carlos Castillo Peraza es evidente que el Estado-nación está llegando a sus últimas posibilidades en un mundo interdependiente y que lo único verdaderamente soberano es el derecho. Considera que la soberanía es la autosuficiencia dentro de la interdependencia y subraya que será soberano un país en donde la legitimidad de su autoridad le

100 *Cfr.* "Debatieron siete intelectuales sobre la soberanía", en *La Jornada*, 17 de julio de 1991, portada y p. 10.

permita tener normas y prácticas políticas que generen bienes públicos para sus propios ciudadanos. Cuando se habla de soberanía del derecho se soslaya el punto nodal que es el de saber quién y cómo se forma el derecho. Se olvida el contenido social como en la doctrina de Kelsen.

Carlos Fuentes considera que la soberanía debe redefinirse como la capacidad política para dirigir nuestra participación en la nueva economía global en beneficio de las mayorías populares en México, en la respuesta más concisa de la encuesta, pero de las más acertadas.

Lorenzo Meyer plantea la inquietud de la sociedad mexicana que "aún sigue esperando que le digan en términos precisos cómo va a poder mantener México una independencia política y cultural dentro de un marco de integración económica con la principal potencia mundial."

Dice Carlos Monsiváis, refiriéndose a quienes insisten en un concepto de soberanía flexible, que si el término está precisado en las leyes, y que si no puede haber dudas sobre la autodeterminación y lo perteneciente a la nación y ya no privatizable, la discusión en torno a los vuelcos de la soberanía carece de sentido.

Para Guillermo Tovar de Teresa la soberanía es la libertad que un pueblo tiene para definirse frente a su pasado y frente a su porvenir.

Víctor Flores Olea opina que la soberanía no significa autarquía o facultad ilimitada, arbitrio sin sujeciones (arbitrariedad), sino facultad con base en normas y preceptos acep-

tados. Es la fuente del derecho y por ello es fundamentalmente la facultad suprema del pueblo para determinar, con sujeción a normas, la vida y los grandes rumbos políticos de su destino. En este sentido para Flores Olea el concepto de soberanía no requiere ser redefinido.

Más recientemente, el doctor Pablo González Casanova, en el *Coloquio de Invierno*, organizado por la UNAM, el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y la revista *Nexos* en febrero de este año, decía que nos encontramos en un clima ideológico en el que se han debilitado los planteamientos de la "soberanía nacional" en favor de los de la "globalidad" y en el se han oscurecido los derechos de "los pueblos" frente a los de "los individuos." Señala que los ochentas suponen no sólo nuevas hegemonías sino también nuevas categorías y que "quienes sigan pensando en términos de meras luchas nacionales por la soberanía de los Estados-nación sin reparar en la nueva lucha global, o piensen en términos de meras luchas nacionales contra el imperialismo, sin considerar las de las etnias; o en las luchas por una cultura racionalista excluyente del papel importantísimo de las religiones en la liberación; o sigan sosteniendo que la lucha por los derechos individuales, o que la lucha de clases, contra la explotación, basta y excluye las luchas por la democracia y la libertad," serán incapaces de comprender la nueva realidad.

Más adelante menciona que el discurso de la globalidad obedece a algunos hechos reales y que la creciente interdependencia coincide con un debilitamiento real de la soberanía de los Estados-nación.

Señala que en los ochenta, para muchos expertos, el discurso de la soberanía suena a pura retórica, ya fuera en boca de M. Thatcher o de los últimos presidentes populistas y que los conceptos de "no intervención" y de "libre autodeterminación de los pueblos" sufrieron un serio desprestigio entre otras razones porque muchos gobiernos abusaron de este escudo para sofocar las luchas por los derechos individuales y de sus ciudadanos.

Para don Pablo la redefinición de la soberanía es evidente, pues la teoría política del Estado soberano muestra varios desajustes frente a la realidad del mundo actual: no reconoce que la autonomía del Estado ha disminuido frente al actual sistema económico de producción internacional y transnacional; no repara en que los bloques de naciones controlan a sus integrantes en muchas decisiones que antes se arrogaban a sí mismas; no ven que hay una toma de decisiones transgubernamental...¹⁰¹

Como vemos se refiere más bien a la crisis de la soberanía del Estado y nunca hace referencia a la soberanía del pueblo. Pero por otro lado al plantear una alternativa al neoliberalismo, habla de democracia social para resolver los problemas que tienen los países del "Sur" que no sólo no han desaparecido con la globalización y el fin de la guerra fría sino que son incluso ahora más agudos.

Estos serían los planteamientos teóricos más recientes que han sido expresados en el contexto actual de las negociaciones para formar un bloque comercial norteamericano.

101 Cfr. González Casanova, Pablo, "La crisis del Estado y la democracia en el Sur", en Perfil de La Jornada, viernes 14 de febrero de 1992.

Pero también es importante tomar en consideración cómo se maneja el concepto de soberanía en el discurso político actual en nuestro país. Para ello resulta muy significativo analizar el mensaje del presidente Salinas a los legisladores en Querétaro al cumplirse setenta y cinco años de la promulgación de nuestra constitución vigente.¹⁰²

En esta ocasión el presidente Salinas señaló que "la Constitución revolucionaria de 1917 estableció como valor fundamental la soberanía de la nación." Habla también de mantener soberano a nuestro país.

Más adelante dice que se ha tenido como principio político rector "la construcción de una república soberana, de instituciones que integren a la sociedad, que expresen su diversidad y fortalezcan a la nación ante los cambios en las condiciones mundiales" y que "este ha sido el valor de nuestras instituciones; ese debe seguir siendo el punto de confluencia y la razón de compromisos para todas las fuerzas políticas del país."

También señala que "El Estado está asumiendo el justo papel que debe tener en el desarrollo de nuestra nación, acorde con el espíritu del Constituyente y con los grandes principios liberales que dieron origen a nuestra patria." Agrega que "no podemos seguir atados a esquemas ya superados, que hacían del Estado el único actor de las decisiones políticas, económicas y sociales y responsable de todos los problemas de nuestra nación." Y que "estamos realizando una reforma profunda del Estado y también de la sociedad surgidos de nuestra revolución" en lo que el presidente ha llamado "reforma de la revolución."

102 Cfr. "Mensaje ante los legisladores de Querétaro. C.S.G. La Constitución libre de rigideces para servir al país", en *La Jornada*, 6 de febrero de 1992, p. 25.

En este discurso hay varios señalamientos muy significativos. Habla al principio de soberanía de la nación, de un país soberano y de una república soberana como valores fundamentales de la revolución mexicana. Nunca habla de soberanía popular o soberanía del pueblo. No está de más recordar que también Bodino y Hobbes hablaban de la soberanía de la república y en realidad se trataba del poder del monarca como soberano.

También habla de que es a través de sus instituciones como se integra la sociedad en una república soberana y que siendo este su valor se deben preservar. Es en este punto en donde el poder se arroga la soberanía.

Y por último al final habla del Estado y de la sociedad como dos cosas distintas. Aquí vemos muy claramente plasmado cómo se maneja de manera confusa el concepto de Estado y cómo, en la confusión, finalmente se pretende que la soberanía pertenece al Estado y en última instancia el Estado viene a ser el poder político.

Sin embargo habría que agregar que el tema de la soberanía estuvo casi ausente en el discurso del presidente Salinas y que a partir de su tercer año de gobierno empieza a hacerse presente.

Por todo lo que hemos mencionado es claro que por razones históricas y condiciones sociales y también por las distintas influencias disciplinarias el concepto de soberanía en México es muy distinto al que se da en Estados Unidos y en otros países.

CONCLUSIONES

Por todo lo anterior podemos apuntar algunas conclusiones en esta primera parte que nos servirán de base para analizar en la segunda parte un problema concreto, en donde el tema de la soberanía es fundamental, que es el fideicomiso turístico de zona prohibida en Baja California Sur.

1. El concepto de soberanía no tiene, ni ha tenido nunca un sólo significado o una sola interpretación, sino que ha ido variado en las distintas épocas, en los distintos contextos y en los diferentes autores.

Este concepto ha ido siguiendo una evolución gradual y no ha tenido nunca, a pesar de los cuestionamientos de que ha sido objeto, rompimientos bruscos.

2. Sobre el aspecto interno de la soberanía hay dos grandes corrientes de interpretación, que son la anglosajona, a la que pertenece la concepción de Estados Unidos y la europea continental, fundamentalmente alemana, cuya influencia se ha dado en México.

3. En el aspecto internacional el concepto de soberanía ha evolucionado en la doctrina del derecho internacional sin tomar en cuenta las concepciones del derecho constitucional y de la ciencia política o en franco enfrentamiento a ellas, por lo que de hecho constituye una corriente distinta con diferentes interpretaciones. Estos desfases entre las distintas corrientes han propiciado en varios momentos fuertes cuestionamientos al concepto de soberanía.

4. En su evolución el concepto de soberanía ha ido abandonando ciertos rasgos característicos, reforzando otros. Así podemos decir que ya no significa poder absoluto, ilimitado y perpetuo; ni independencia y ahora quizá tampoco significa ya necesariamente exclusividad de jurisdicción y que el contenido esencial que se ha reforzado en el tiempo es el de autodeterminación.

5. Para Estados Unidos el concepto de soberanía no es, ni ha sido nunca importante. En su origen estuvo ligado al problema del federalismo y la tesis que prevaleció fue la de que si la soberanía pertenece al pueblo, es el estado miembro de la federación su depositario y no la unión federal; ésta sólo tiene aquellas facultades que de manera expresa y por consentimiento le han otorgado los miembros de la federación a través de la Constitución. Prevaleció también la concepción de soberanía en términos de jurisdicción. Es hasta después de la segunda guerra mundial, con Estados Unidos ya como superpotencia y dentro de una perspectiva totalmente pragmática cuando es retomado el concepto como soberanía del Estado.

6. Para México, por el contrario el concepto siempre ha sido muy importante y ha tenido un contenido muy diferente a la visión norteamericana. Se ha entendido en el plano de la teoría, fundamentalmente como soberanía del Estado, entendiendo por Estado a toda la comunidad políticamente organizada. En tanto que en la concepción anglosajona el Estado se reduce estrictamente al gobierno. Como hemos visto este concepto ha sido distorsionado en la práctica política y dicha distorsión ha sido más bien propiciada y aprovechada para que el gobierno, fuertemente centralizado además, se arrogue el poder soberano.

7. En la medida en que en nuestro país no se ha dado un régimen democrático y en que la propia concepción helleriana se presta para que la soberanía del Estado la asuma el órgano político supremo, además de las propias características de centralismo y presidencialismo del sistema político mexicano, en esa medida se da una apropiación de la soberanía por parte del aparato gubernamental, con todas sus distorsiones y rasgos característicos.

8. Si el concepto de soberanía se asume como popular, este queda estrechamente vinculado con el concepto de democracia y con el gobierno representativo.

9. La concepción de la soberanía del Estado está actualmente en crisis y lo ha estado por lo menos desde la primera guerra mundial. Se cuestiona como concepto absoluto y como atributo del Estado, tanto en la concepción anglosajona, como en la concepción germánica.

10. Si separamos los dos conceptos, soberanía y Estado, podemos decir que en todo caso lo que está en crisis es el Estado como forma de organización política que ya resulta demasiado estrecha para el desarrollo de la economía mundial.

11. También está en crisis el ejercicio de la soberanía, si la entendemos como soberanía del pueblo, pero no el concepto ni menos la aspiración y la necesidad de su ejercicio.

12. El concepto de soberanía como poder de decisión en última instancia a que tiene derecho una comunidad política y socialmente diferenciada no está en crisis.

Si en este momento hay algún valor universalmente compartido, es la aspiración democrática, sea cual fuere el contenido que se le quiera dar. Esto no es poco decir en un mundo en donde muchos valores están en crisis o han sido desechados. Esto le da vigencia al concepto de soberanía siempre y cuando la entendamos como soberanía popular.

Su contenido se ha ido modificando a través del tiempo para adaptarse a nuevas necesidades y nuevas formas de percepción de la realidad, pero no desaparece, ni tiende a desaparecer. Siempre alguna instancia, en el tipo de organización política que sea, está ejerciendo ese poder.

13. En una unidad política diferenciada existen o deben existir canales para que se de forma a la voluntad de una comunidad, a través de las organizaciones e instituciones políticas.

14. No es por lo tanto un poder absoluto e ilimitado, sino la facultad de autodeterminarse y autolimitarse, lo que por supuesto incluye la posibilidad de llegar a acuerdos con otras entidades soberanas para beneficio común, aunque sean autorre restrictivas.

15. Si en un proceso de globalización e integración se van borrando las diferencias entre dos comunidades política, social y económicamente diferenciadas, entonces y sólo entonces, se justificaría hablar de la formación, de una nueva soberanía pero ni siquiera en este caso podríamos hablar de su desaparición.

16. Lo que sí es necesario que se dé, ya que el propio proceso de globalización así lo exige, es que en la modernización y adaptación del concepto a las nuevas necesidades, se armonice la concepción del derecho internacional con la del derecho constitucional y la del pensamiento político y que se armonicen también las concepciones prevalecientes en primera instancia en Estados Unidos y en México con una tendencia hacia la universalización.

SEGUNDA PARTE

***EL FIDEICOMISO DE INMUEBLES PARA EXTRANJEROS
EN BAJA CALIFORNIA SUR***

EL FIDEICOMISO DE INMUEBLES PARA EXTRANJEROS EN BAJA CALIFORNIA SUR

Después de haber hecho una revisión teórico-política del concepto de soberanía, vamos a abordar el tema del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida, refiriéndonos en particular al caso de Baja California Sur, por tratarse de un problema en el que se ve afectada de manera muy directa la soberanía.

Si llegamos a la conclusión de que el concepto de soberanía más acorde con las necesidades y las preocupaciones actuales es el de la autodeterminación, entendida como la facultad para decidir en última instancia sobre cuestiones fundamentales y que se refiere a una comunidad social, política y económicamente diferenciada, y que por lo tanto está estrechamente vinculada a la democracia, al analizar en esta segunda parte el problema del fideicomiso de inmuebles en zona prohibida, veremos cómo se ve afectado uno de sus elementos esenciales, que es el territorio y cómo las decisiones son tomadas de manera muy lejana a los intereses de la comunidad a la que afectan de manera directa.

En esta parte pretendemos analizar primero todo el marco jurídico del fideicomiso de inmuebles en zonas prohibidas. Para ello es necesario empezar por hacer una somera revisión acerca del fideicomiso como negocio jurídico para entender su origen, su adopción en México y su aplicación para regular la adquisición de inmuebles por extranjeros en nuestro país.

EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO

El fideicomiso es un acto jurídico voluntario que se realiza buscando producir deliberadamente ciertos efectos jurídicos y por eso constituye un negocio jurídico.

Según la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 y la Ley de Bancos de Fideicomiso del mismo año, artículos 102 y 6 respectivamente, "el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario".¹

Los elementos que constituyen al fideicomiso son: manifestación de una o varias voluntades que traen aparejado un objeto determinado, sobre el cual se quiere disponer en determinado sentido. A veces se requieren ciertas solemnidades pero en todo caso el ordenamiento legal le reconoce al sujeto capacidad para celebrar esa clase de operaciones. El fideicomiso debe también ser libre, consciente y en acatamiento a la ley para el negocio respectivo.²

1 *Cit. post.* Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*, Mex., Porrúa, 1972, p.3.

2 *Ibidem.*, pp. 34-35.

El fideicomitente crea el fideicomiso en forma deliberada. En caso de fraude o irregularidades se tiende a restituir el fideicomiso pero en todo caso, no se puede convertir en propiedad del fideicomisario.

El fideicomiso, es una institución jurídica anglosajona llamada *trust*, que tiene su origen en Inglaterra durante las guerras de religión y que surge al margen del *Common Law* por miedo a las confiscaciones y para que las corporaciones religiosas pudieran poseer bienes raíces. Los abogados idearon un método para eludir el *Statute of Uses*, que era la ley de manos muertas, para desamortizar los bienes raíces del clero, sancionada en 1535, dentro del proceso de reformas religiosas. Se inspiró en la institución romana del *fideicommissum* y de la *fiducia* pero con un desarrollo propio.³ Primero se denominó *use* y fue muy utilizado en Inglaterra durante la Edad Media para realizar una transmisión directa a cierta persona de confianza con la que no se corrían riesgos de confiscación pero en provecho de una tercera persona a quien en realidad se quería beneficiar.

El *use settlor*, según las expresiones en viejo normando, una persona propietaria de una tierra traspasa a otra, el *feoffe to use*, el dominio de ella en el entendido de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona, *cestui que use*, tendrá el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de dicho bien. El cesionario, *feoffe*, recibía la plena propiedad de la cosa, no para aprovecharla sino para el encargo confiado a su buena fe, de que poseyera

3 Goldschmidt, Roberto y Phanor J. Eder, *El Fideicomiso (Trust) en el derecho comparado*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 27.

para uso exclusivo del *cestui que use* que podría ser el mismo *settlor*. Esto empezó a llamarse derecho en equidad. Así, en paralelo a la *Common Law*, surgió la *Equity*.⁴

Había entonces tres personas distintas: el *settlor* quien dispone y da los bienes en *trust*, el creador; el *feoffee* o *trustee* a quien se le confía el destino de dichos bienes y está obligado a realizar los objetivos del *trust*, es el propietario-administrador y el *cestui que use*, *cestui que trust*, que es el beneficiario, o propietario beneficiario. En el llamado *living trust* el *settlor* puede ser el beneficiario también.

El *settlor* se reserva algunos derechos, como el de revocación y/o el derecho de reconocer libremente o mediante algunas condiciones el *trust*.

El beneficiario tiene el derecho de obligar al *trustee* a que cumpla con los fines del *trust* y de perseguir los bienes sujetos al régimen del *trust*, cuando se encuentren en manos de terceros, por actos indebidos del *trustee* para reintegrarlos al fideicomiso.⁵

En un principio dependía totalmente de la buena fe del fiduciario, *trustee*. La incapacidad de la *Common Law* para resolver equitativamente los conflictos resultantes dio lugar a que se recurriera al Canciller del rey para solicitar justicia. Así una obligación meramente moral se convirtió en norma jurídica de equidad.

El canciller del rey, guardián del sello real y confesor emitía un juicio a favor del quejoso y el tribunal de equidad obligaba a cumplir el encargo de la propiedad en provecho

4 Domínguez Martínez, *op. cit.* pp. 138-139.

5 *Ibidem.*, pp. 142-145.

del beneficiario. Nace la *Equity* en derecho anglosajón como un ordenamiento jurídico que en un principio suplió a la *Common Law* y que actualmente la complementa.⁶

El *use* se incorpora en el derecho de equidad para dejar de ser tal y transformarse en el *trust*, con los lineamientos que actualmente se le conoce. Existe arrendamiento en equidad, compra-venta en equidad o en *common law*.

Estos bienes adquiridos en equidad podfan ser heredados, si el fideicomiso así lo determinaba. El fideicomisario y su herederos recibfan el dominio equitativo o dominio en equidad que pasó a ser una de las especies de propiedad establecidas en el derecho común inglés.⁷

Es, según Goldschmidt, la contribución más valiosa y más caracterfstica proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho y "difícilmente pueden imaginarse relaciones de familia o actividades comerciales en Inglaterra, los dominios británicos o Estados Unidos sin el fideicomiso.", que es "de un matiz propio al pensamiento cotidiano de los pueblos de habla inglesa"⁸

Según este mismo autor se trata de "nuestros conceptos de propiedad tan distintos a los de América Latina".⁹ Y más adelante agrega que "en el espíritu angloamericano lo primero es la práctica. Más adelante pueden tratar de encuadrarse los hechos en una teoría, pero no se permite que la teoría interfiera con la práctica comercial más conveniente."¹⁰

6 *Ibidem.*, p. 140.

7 *Ibidem.*, p. 141.

8 Goldschmidt, *op. cit.*, p. 27.

9 *Ibidem.*, p. 30.

En relaciones internacionales se entiende por *trust*, una de las formas de empresa monopólica que se origina a través de varias empresas, ya sea a través de la compra o de acuerdos logrados por agentes confidenciales (*trustees*), los que dan lugar a una nueva empresa que tiene un consejo central ejecutivo propio (*board of trustees*) y con los llamados certificados de *trust* (*trust certificate*), que reemplazan a las acciones de las empresas integradas; dichos certificados son asignados por el consejo ejecutivo central a las empresas en una proporción correspondiente a la cantidad de acciones poseídas anteriormente; los beneficios de las empresas unidas fluyen a la caja del *trust*, la cual los divide entre los poseedores de los certificados mencionados de acuerdo al monto de la participación.¹¹

Domínguez Martínez aclara que "aun cuando dicho vocablo se emplea en la terminología jurídica inglesa para designar a las grandes combinaciones económicas y financieras que tienden a la creación de los monopolios en la industria, la banca o el comercio, porque para su organización se emplea generalmente la forma del *trust*, bajo la cual se oculta el objeto que realmente persigue, su verdadera acepción jurídica implica el derecho de dominio de bienes muebles e inmuebles que una persona tiene en favor de otra."¹²

En 1920 introduce esta figura jurídica en Panamá un jurista de apellido Alfaro que lo denomina mandato. En él, el fiduciario desempeña un encargo del fideicomitente. Así intervienen el fiduciario o mandatario, el fideicomitente o mandante y el fideicomisario o beneficiario. Se trata de un contrato *sui generis* que establece un mandato irrevocable en vir-

10 *Ibidem.*, p. 49.

11 Osmańczyk, Edmund Jan, *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, F.C.E., México, 1976, p. 3946.

12 Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 137.

tud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordenare el que los trasmite, llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Para Alfaro la existencia del fideicomisario es una condición sine qua non y se trata de una transmisión de bienes al fiduciario.¹³

La naturaleza jurídica del fideicomiso, desde el punto de vista teórico es extraordinariamente compleja y existen muy diversas opiniones respecto a si se trata de un acto constitutivo unilateral o bilateral, si es o no de naturaleza contractual, si se trata o no de un mandato, si puede ser considerado como patrimonio sin titular o no, si puede hablarse de un patrimonio de afectación y por supuesto sobre los derechos y obligaciones de cada una de las personas que intervienen en el fideicomiso. Hay mucha discusión teórica al respecto ya que se trata de un instrumento deliberadamente muy flexible.¹⁴

Por otra parte a pesar de que se trata de una figura jurídica anglosajona, para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, se inspiraron tanto los teóricos como el legislativo, en las ideas de un autor francés Lepaulle y su discípulo mexicano Landerreche Obregón.¹⁵

Para Lepaulle la persona más importante en el *trust* es el *trustee* y se trata de "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo necesario para realizar esta afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación".¹⁶

13 *Ibidem.*, pp. 143-145.

14 *Cfr.*, *Ibidem.*, p.6

15 *Ibidem.*, pp. 148-149.

En el mismo sentido para Landerreche Obregón puede no existir un propietario determinado y es suficiente que la afectación se organice de un modo determinado para que los bienes cumplan con el objetivo que se pretende. Constituye un patrimonio autónomo, una unidad que se conserva mientras dure el fideicomiso.¹⁷

Sin embargo, para Domínguez Martínez y la concepción de la doctrina mexicana actual más que un patrimonio sin titular se considera al fideicomiso como una afectación de bienes, en cuanto a su naturaleza jurídico patrimonial.¹⁸

Por lo que se refiere al fideicomiso como operación bancaria, que es la única forma como puede ser practicada en México, según la Ley General de Instituciones de Crédito (art. 350, Ley de Títulos y Operaciones de Crédito), es una acto de comercio y es también un acto de comercio como operación de crédito. Así, argumenta Domínguez Martínez, el fideicomiso es una operación bancaria, en la que la obligación de la fiduciaria deberá cumplirse con posterioridad a la celebración del negocio. Además, por tener lugar dicha celebración preponderantemente con base en la confianza que la institución inspira debido a su solvencia económica, también es una operación de crédito. Teniendo esto en cuenta concluye este autor que el fideicomiso "es un negocio jurídico que se constituye mediante la declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, ésta destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los

16 Lepaulle, Pierre, "La naturaleza del *trust*," en *Revista general de Derecho y Jurisprudencia*, tomo III, México, 1932, p. 116, *cit. post.*, Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 150.

17 Landerreche Obregón, Juan, "Naturaleza Jurídica del fideicomiso en el derecho mexicano", en *Revista Jus*, t. X, no. 50, México, sept. de 1942, p. 316, *cit. post.*, Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 151.

18 *Op. cit.*, pp. 157-158.

actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello".¹⁹

¹⁹ *Ibidem.*, p. 186.

EL FIDEICOMISO DE INMUEBLES PARA EXTRANJEROS EN ZONA PROHIBIDA

Todo lo anterior se refiere al fideicomiso en general tomando en cuenta aquellos aspectos que son relevantes para entender el fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida, que es nuestro tema.

El artículo 27 constitucional en su fracción primera establece que "sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho a adquirir el dominio de las tierras, aguas o accesiones o para concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales." Y agrega que el Estado "podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos." Al final del párrafo se señala que "En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir dominio directo sobre tierras y aguas."

Domínguez Martínez hace referencia a este tema en el capítulo en el que analiza la invalidez del fideicomiso. Señala entre las causas de invalidez la incapacidad de goce "motivo de objeto directo jurídicamente imposible", y dice que los casos que con mayor frecuencia cita la doctrina son: actos de derecho familiar celebrados por quienes no alcanzan la edad núbil; los propios actos jurídicos que celebrare un sujeto afectado en sus facultades mentales y la adquisición por un extranjero del dominio directo de tierras y aguas "dentro de lo co-

nocido en nuestro medio como la faja prohibida".²⁰ Más adelante cuando se refiere específicamente a este último, en el texto del apartado explica que por la disposición del artículo 27 fracción primera de la Constitución de 1917 los extranjeros se encuentran impedidos para adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas ubicados en la porción del territorio nacional comprendida hasta cien kilómetros de las fronteras y cincuenta de las costas.

Para este autor dicha prohibición es insuperable de salvar y "todo negocio jurídico por cuya virtud un extranjero pretendiera adquirir el dominio de bienes inmuebles ubicados en esas porciones del territorio nacional, ha sido considerado por la doctrina como inexistente, pues la creación de derechos y obligaciones que derivaren de un supuesto acto en tales condiciones, no podían surgir a la vida jurídica, precisamente por ser jurídicamente imposible su objeto directo." Y en la correspondiente nota al pie de página, cita en el mismo sentido a dos autores,²¹ pero hace referencia a la discusión relativa a si es lícito que los extranjeros puedan beneficiarse de fideicomiso a través del cual la fiduciaria les permite el uso y disfrute de bienes inmuebles en la mencionada zona, o si con ello se ostenta el dominio directo a que hace mención la prohibición constitucional. En la nota remite a Molina Pasquel y a Batiza que son los dos autores en los que se basó la creación del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida en nuestro país.²² Domínguez Martínez escribía en 1972, después de que aparece el acuerdo de Echeverría para regular estos fideicomisos. Por su

20 *Ibidem.*, p.114.

21 Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 1a. ed., Ed. Cajica, Puebla, 1961 y Flores Barroeta, Benjamín, *Lecciones del primer curso de Derecho Civil*, México, 1964, t. I, *cit. post.*, Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 117.

22 *Ibidem.*, pp. 117-118.

parte, Roberto Molina Pasquel escribe en 1954, que dominio directo se traduce en el derecho de concurrir a la disposición de una cosa y que según el art. 16 de la Ley del 14 de diciembre de 1874, no. 27, la ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales de 1873, el dominio directo de los templos perteneció a la nación, mas su uso exclusivo, conservación y mejoras, pertenecía a las instituciones religiosas y que por dominio directo "sólo puede entender y significar el constituyente, el derecho de disposición de las cosas susceptibles de propiedad, lo que el Código Civil desde 1884 ha llamado "la nula propiedad" en oposición al dominio "útil" o "usufructo". Por lo tanto Molina Pasquel considera que la parte final de la fracción I del artículo 27 constitucional "autoriza a las dependencias competentes del poder ejecutivo a otorgar autorización para que se celebren contratos de fideicomiso en los que extranjeros sean designados beneficiarios conforme a la ley, que como derecho reciban el uso y goce o disfrute, para fines residenciales, de inmuebles utilizados en zonas turísticas costeras dentro de límites urbanos," que se encuentran en la zona prohibida o zona restringida.²³

De igual forma, para Rodolfo Batiza la prohibición constitucional no impide conceder el uso y disfrute de bienes inmuebles a extranjeros.²⁴

23 Molina Pasquel, Roberto, "El fideicomiso de Inmuebles en las zonas prohibidas a favor de extranjeros", *El Foro*, cuarta época, no. 3, México, ene-mar 1954, p. 29 y 55. El Lic. Salvador Compeán mencionó que muchos abogados de habla inglesa le han comentado que cómo es posible que en México manejen el fideicomiso con tanta soltura y que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito tenga solamente 13 artículos referidos a éste, cuando se trata de una figura tan compleja, cfr., *Los fideicomisos de Inmuebles situados en zonas prohibidas*, Mesa redonda, Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, A.C., IMDIP, Barra de Abogados, México, D.F. a 20 de junio de 1972, p.32.

24 Batiza, Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, México, Porrúa, 1958, p.355.

ACUERDO PRESIDENCIAL DE 1971 SOBRE FIDEICOMISO DE INMUEBLES PARA EXTRANJEROS EN ZONA PROHIBIDA

Desde que Echeverría inicia su administración se elaboran estudios que pretenden aplicar la figura del fideicomiso para permitir la adquisición de bienes inmuebles a los extranjeros en la zona prohibida. Si desde que se aplicó el fideicomiso en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en 1932 era una figura extraña y complicada, su aplicación a la adquisición de inmuebles por extranjeros es todavía más cuestionable y de hecho ha sido cuestionada por juristas especialistas como Bauche Garcíadiego y Hernández,²⁵ o como los que ya hemos mencionado anteriormente.

Antes de 1971, la compra de bienes inmuebles en las fronteras y litorales por parte de extranjeros, se realizaba a través de distintos subterfugios entre los cuales predominaba la práctica de los prestanombres, lo que, se decía, traía problemas tanto para el gobierno que no podía controlar la situación como para los mismos extranjeros que no tenían ninguna garantía legal. De hecho la propia Secretaría de Relaciones Exteriores, autorizaba a discreción la adquisición de fideicomisos. Esto ocurrió con más frecuencia con Avila Camacho, pero no había ninguna regulación jurídica al respecto.

Otra práctica fuera del control gubernamental era la de las sociedades o asociaciones que como por regla general establecen en términos muy ambiguos sus objetos sociales, era

25 Bauche Garcíadiego, *Operaciones Bancarias*, 1a. ed. México, 1967, pp. 343 y Hernández, *Derecho Bancario Mexicano*, Mex. 1956, p. 248, *cit. post.* Domínguez, *op. cit.*, pp. 171-172.

frecuente que se ocuparan de compraventas de inmuebles en toda la república; de adquirir empresas con cláusula de exclusión de extranjeros; de la explotación, arrendamiento y administración de inmuebles en zona prohibida; de la venta de casas móviles de estructura metálica; de crear centros de turismo, clubes hispícos o de golf, con el fin de extender certificados de membresía a mexicanos o extranjeros que dan derecho a un lote de terreno, a construir sobre el mismo terreno y a adquirir lo construido. Esto sucedía mucho en el Estado de Baja California y era uno de los vicios que la administración de Echeverría pretendía erradicar.²⁶

Otra práctica regular era la creación de sociedades dobles. Una sociedad norteamericana forma una sociedad mexicana para adquirir acciones de una empresa en zona prohibida. La mayoría de los hoteles en Acapulco era de este tipo de sociedades.²⁷

La SRE determinó la existencia de ocho distintas formas de darle la vuelta a la prohibición constitucional.

Un primer antecedente de la utilización de la figura del fideicomiso para otorgar la utilización y aprovechamiento de bienes inmuebles a extranjeros en zonas litorales y fronteras es el acuerdo emitido por Lázaro Cárdenas, el 22 de noviembre de 1937 y después otro acuerdo de Avila Camacho del 6 de agosto de 1941.

Con estos acuerdos se permitía la aplicación de la figura del fideicomiso a estas concesiones pero no se regulaba por lo que en algunos casos se autorizaban por 25 años y en

26 *Cfr.* Galeano, Oscar, en *Los fideicomisos de inmuebles en zonas prohibidas*, *op. cit.* p. 41.

27 *Ibidem.*

otros hasta por 30 que es el máximo que permite la ley; a veces sólo se autorizaba en zonas urbanas y no en las rústicas y a veces más en las costas que en las fronteras por lo que era un aplicación variable y casuística. El control se relajaba o se apretaba al arbitrio de cada administración.²⁸

No es sino hasta 1971 cuando el presidente Echeverría autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a través de un acuerdo presidencial firmado el 29 de abril de 1971 y publicado en el diario oficial de la federación el 30 de abril, a dar permisos a las instituciones nacionales de crédito para ser fiduciarias en bienes inmuebles y permitir a los extranjeros su utilización.²⁹

En los considerandos del acuerdo se señala la preocupación por eliminar los distintos "subterfugios" utilizados "para transgredir la prohibición constitucional", en especial "la intervención de mexicanos "prestanombres" o la simulación de diversos contratos y actos jurídicos.

Asimismo en el acuerdo se recuerda la prohibición constitucional, se afirma la necesidad de salvaguardar la integridad territorial de la nación y se habla de la necesidad de promover zonas litorales u fronteras "sin que en ningún caso extranjeros adquieran dominio directo sobre la tierra, ni derecho real alguno."

28 *Ibidem.*

29 Acuerdo que autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores para conceder a las instituciones nacionales de crédito los permisos para adquisición como fiduciarios del dominio de bienes inmuebles destinados a la utilización de actividades industriales y turísticas, en fronteras y costas, publicado en el Diario Oficial el 30 de abril de 1971.

El fideicomiso permitirá que las instituciones fiduciarias conserven el dominio directo sobre la tierra y que el extranjero fideicomisario pueda "en forma temporal" utilizar y aprovechar dichos bienes.

En el acuerdo se dice que la Secretaría de Relaciones Exteriores puede autorizar los fideicomisos, "previa opinión emitida por una Comisión Intersecretarial que estudie la conveniencia económica y social que tenga para la nación la realización de tales operaciones." La mencionada Comisión estaría integrada por las secretarías de Gobernación, Hacienda y Crédito Público, Industria y Comercio y el Departamento de Turismo, según la estructura administrativa entonces existente.

En el párrafo cuarto del acuerdo se señala que "la duración del fideicomiso en ningún caso excederá de treinta años." A la extinción del mismo la institución fiduciaria sólo podrá, según el acuerdo, transmitir la propiedad de los inmuebles a personas que conforme a las leyes vigentes están capacitadas para adquirirlas, o sea no extranjeros.

Y por último el párrafo sexto establece que no se requerirá el permiso de la Secretaría de Gobernación, como establece la Ley General de Población puesto que el fideicomiso no constituye derecho real.

El fideicomiso se introdujo en nuestro país como una operación de crédito y por eso sólo los bancos autorizados pueden ser fiduciarios y no se permitan los fiduciarios particulares como en el *trust* anglosajón.

Al obtener el fideicomiso el fideicomisario, el extranjero, puede tener oportunidad de que la institución emita títulos de participación inmobiliaria, siempre y cuando no sean amortizables y en todo caso nominativos. Según el acuerdo, con los certificados de participación inmobiliaria, los fideicomisarios tienen derecho a una parte alcuota de los frutos que produzcan los inmuebles y el producto neto que resulte de su venta. Para financiamiento se requiere garantizar al acreedor el pago del crédito.

Los certificados de participación inmobiliaria son derechos personales, y no reales (*in-personam, no in-rem*), son bienes muebles, aun cuando los bienes fideicomitados, materia de la emisión, sean inmuebles. El tenedor de un certificado de participación inmobiliaria tiene derecho a que al extinguirse el fideicomiso, se le adjudique una parte alcuota de la propiedad de los bienes o una parte del producto neto de su venta de acuerdo con la resolución de la última asamblea de tenedores. Si se opta por la primera de las hipótesis mencionadas se puede dar el caso de que su titular adquiriera la propiedad. Con la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito un extranjero podría adquirir la propiedad de bienes inmuebles en la zona prohibida, cuando por disposición expresa de la ley "por excepción cuando se trate de derechos pre-existentes".³⁰ Por esta razón el acuerdo señala que no son amortizables y que por ningún motivo sus titulares podrán adquirir propiedad inmobiliaria. Esto es importante porque muchas autorizaciones de fideicomisos comprenden emisión de estos certificados.

30 Cfr. Galeano, *op. cit.*, p. 41 y Goldschmidt, *op. cit.*, p. 51.

Nada prohíbe al titular de un bien inmueble o de derechos, darlos en garantía. En caso de adjudicación judicial la ley orgánica de la fracción primera del artículo 27 constitucional, autoriza expresamente a la SRE, en su artículo 6 a otorgar los permisos correspondientes para dichas adquisiciones con la condición de transmitir los inmuebles o derechos de que se trate a personas capacitadas por la ley dentro de un plazo de 5 años a partir de la fecha de la adjudicación.³¹

Se concede a la SRE la facultad discrecional de otorgar, condicionar o negar el permiso después de haber oído a la Comisión. Esta facultad ha sido también muy criticada. Se argumenta, por ejemplo, que esta facultad se basa supuestamente en la fracción primera del artículo 27 constitucional pero que esta disposición faculta al ejecutivo a regular la propiedad de extranjeros fuera de la zona prohibida y que el fideicomiso no es propiedad, ya que como hemos señalado no son derechos reales sino personales.

Aquí es conveniente señalar algunas diferencias importantes entre el fideicomiso que hemos analizado en forma general y su aplicación a la adquisición de inmuebles por extranjeros en la zona prohibida, diferencias que al parecer distorsionan la figura original.

En primer lugar en el caso del fideicomiso en general se trata de un acto de voluntad del fideicomitente, del propietario original el que crea el fideicomiso para cumplir con un objetivo determinado. En el caso del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida no es la voluntad del propietario original que crea el fideicomiso, ni le interesa a

31 Siqueiros, José Luis, Parte Introductoría en *Los fideicomisos de inmuebles situados en zonas prohibidas*, *op. cit.* pp. 14-19.

este si el fideicomiso cumple o no con su objetivo. El fideicomitente prácticamente desaparece.

En el fideicomiso en general, en caso de fraude o irregularidades, el fideicomitente conserva algunos derechos y puede incluso revocar el fideicomiso, en el caso del de inmuebles para extranjeros en zona prohibida, es la fiduciaria quien conservaría los derechos del fideicomiso.

De hecho el fideicomiso en general, no es una figura jurídica muy utilizada por particulares como en los países anglosajones y es mas bien el gobierno quien la utiliza.

Un año después de entrar en vigor el acuerdo, según declaraciones del propio director general de servicios jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, (funcionario bajo cuya responsabilidad recae la autorización de fideicomisos, en la dirección de permisos del artículo 27 constitucional), se habfan realizado 18 reuniones de la Comisión y se dieron 408 permisos, más de uno diario. De estos permisos 390 fueron para casa-habitación, 11 para complejos turísticos entre los que está el del Valle de San Quintín en la península de Baja California, que es de los más grandes; y 7 para actividades industriales. Casi la totalidad de las autorizaciones se dieron a instituciones privadas. Esto se modificó en 1982 con la nacionalización de la banca y ahora se ha revertido con la reprivatización en la administración de Salinas.

En este periodo de vigencia del acuerdo en el Valle de San Quintín, Ensenada, B.C., se realizaron obras de infraestructura, carreteras interiores, aeropuerto internacional, planta

de tratamiento y construcción de unidades habitacionales, hoteles y villas; a un costado de la Bahía de Manzanillo, Colima, obras para hoteles y condominios; en San Blas, Nayarit un conjunto de casas habitación. En Tampico el Alto, Veracruz, un campo turístico para pensionados; en Acapulco, un hotel y condominios; en Bahía Kino, Sonora, 24 unidades habitacionales para fines turísticos; y para el desarrollo industrial, en Minatitlán un consorcio minero Peña Colorada que produce fierro.³²

Es importante recordar que la zona prohibida comprende el 43% del territorio nacional, incluida la casi totalidad de la península, por su angostura.

Desde el principio hubo muchas dudas sobre la interpretación del acuerdo y se tuvo que hacer la aclaración, por ejemplo de que la fiduciaria podía a petición del fideicomisario dar en renta dichos bienes hasta por un plazo máximo de 30 años y también desde el principio se dieron presiones para aumentar las concesiones o hacer interpretaciones más laxas. Se quería por ejemplo interpretar que a los treinta años se podía constituir un nuevo fideicomiso con idénticos fines, cuando que se había señalado muy claramente que a los treinta años dichos bienes debían pasar a manos de personas capacitadas y aclarándose que esto quería decir mexicanos y no cabía una interpretación distinta.³³

Entre las críticas al acuerdo se decía que la regulación del fideicomiso de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito al ser aplicada al uso de bienes inmuebles por extranjeros era mucho más flexible y que el acuerdo en lugar de facilitar el desarrollo, era restrictivo.

32 Galeano, Oscar, *op. cit.*, pp. 35 y 39.

33 *Cfr.*, Treviño, Julio César en *Los fideicomisos de inmuebles en zonas prohibidas, op. cit.* p. 20.

También desde el principio se planteó la posibilidad de ceder los derechos del fideicomiso libremente con la única obligación de notificar a la SRE en un plazo de treinta días después de realizada la operación con un documento privado ante notario público registrado en los libros de contabilidad de la institución fiduciaria.³⁴

Pero lo más importante es que también desde el principio se presionó para extender el límite de los treinta años y que la SRE resistió con firmeza en el mantenimiento de este límite hasta 1989, cuando se aprueba el reglamento a la ley para regular la inversión mexicana y promover la inversión extranjera.

Por lo que pudimos observar durante la realización del Seminario en La Paz en junio de 1988, las presiones fueron aumentando cada vez más, ya que muchos inversionistas que se habían acogido al fideicomiso en 1971 ya no querían invertir más si a mediano plazo podían perder los derechos adquiridos.

Como es sabido, con la administración de Salinas se acentúa un proceso de apertura económica que se inicia con de la Madrid y en el que el tratamiento a la inversión extranjera es uno de los aspectos principales.

34 Cfr. Suárez Sánchez, Carlos, en *Los fideicomisos. op. cit.*, pp. 26-31.

LA LEY DE 1973 PARA LA INVERSION EXTRANJERA Y EL FIDEICOMISO DE INMUEBLES PARA EXTRANJEROS

Las disposiciones del acuerdo de 1971 son retomadas y completadas por la Ley para regular la inversión mexicana y promover la inversión extranjera, que fue publicada en el Diario Oficial el 19 de marzo de 1973, durante la misma administración de Echeverría.

El capítulo IV de la ley se refiere así al fideicomiso en fronteras y litorales.

En el artículo 18 de ésta se retoma el acuerdo de 1971 y se autoriza a la SRE a dar permisos a las fiduciarias para establecer fideicomisos de extranjeros en la zona prohibida.

El artículo 19 habla de que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, creada por la propia ley, fijará los criterios para resolver las solicitudes.

Una de las disposiciones claves es la del artículo 20, que establece que la duración de los fideicomisos en ningún caso excederá de 30 años y el final del párrafo señala que a la extinción del fideicomiso podrá transmitir la propiedad a personas legalmente capacitadas para adquirirlo.

En relación con los criterios a que se refiere este artículo se determinó en la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que los fideicomisos de personas físicas que se destinen a casa-habitación con fines turísticos y cuya extensión no fuera mayor a mil metros, no re-

quieren pasar por la Comisión y pueden ser autorizados directamente por la SRE, con la firma del director de asuntos jurídicos y se pasa al registro de inversiones extranjeras.

Cuando la extensión del terreno es de más de mil metros si requiera pasar por la Comisión y lo mismo en el caso de que fueran destinados a actividades industriales o comerciales, como en el caso de las maquiladoras que además deben registrarse en la Secretaría de Comercio.

A medida que para muchos fideicomisos se acercaba el límite de los treinta años, fueron aumentando las presiones para que este plazo fuera modificado o pudiera ser renovado y para que la SRE no tuviera facultades para controlarlos.

En el Seminario sobre la inversión extranjera y su impacto sobre los desarrollos inmobiliarios turísticos en la península de Baja California Sur (*sic*), México, organizada en el seno de la Comisión de las Californias, los días 2 al 4 de junio de 1988, al que asistió el entonces director general de servicios jurídicos de la SRE, hubo nuevamente una serie de presiones y cuestionamientos en torno a las facultades de la SRE y también en lo que se refiere al plazo de los fideicomisos.

Las propias autoridades estatales demandaba mayores facilidades para promover la creación de fideicomisos, entre ellas reducción de impuestos, la posibilidad de contratar los fideicomisos en California directamente e incluso solicitar que la entonces banca nacionalizada aprobara fideicomisos en lugar de la SRE, en fin toda una serie de facilidades que curiosamente contrastaban con el señalamiento de un larga serie de requisitos de in-

fraestructura, servicios y características que se exigen legalmente en Estados Unidos para obtener la indispensable aprobación del Departamento de Bienes Raíces de California para poder no sólo comercializar sino simplemente anunciar o promover incluso telefónicamente la compra-venta de fideicomisos.³⁵

En las conclusiones del seminario y a pesar de que el director de servicios jurídicos de la SRE manifestó categóricamente que un inmueble sólo podrá ser fideicomitado por 30 años y una sola vez y que en caso de cancelación antes de los 30 años, sólo podrá autorizarse por el número de años que falten para completar los 30, se asentó como conclusión que la "mayoría señaló que la Ley en ningún punto establece que no puedan autorizarse nuevos fideicomisos sobre la misma propiedad al concluir el término de los 30 años, o inclusive con anterioridad si se cancela el fideicomiso original" y se solicitó a los legisladores una clarificación de criterios. Se solicitó que la SRE autorizara sin pasar por Comisión fideicomisos de hasta 2,000 metros y se solicitó estudiar "la posibilidad de permitir que la Banca Nacionalizada pudiera autorizar directamente los fideicomisos cuando se tratase de casas-habitación con 2,000 metros cuadrados, de terreno máximo o condominios de propiedad individual."³⁶

Por otra parte, no sólo en reuniones oficiales se dieron las presiones, también a través de publicaciones norteamericanas. En enero de 1989 el *Southwest Bulletin* de la Cámara de Comercio México-Estados Unidos, señalaba que se podía renovar el fideicomiso una vez

35 Seminario sobre la inversión extranjera y su impacto sobre los desarrollos inmobiliarios turísticos en la península de Baja California Sur, México, La Paz, B.C.S., 2-4 de Junio de 1988. Datos que se expusieron en el seminario pero que no aparecen en la memoria.

36 Memoria del Seminario sobre inversión extranjera y su impacto..., p. 2.

cumplidos los treinta años, cuando el reglamento que finalmente permite la renovación fue expedido hasta mayo de ese año.

En 1987 hubo 815 fideicomisos de menos de mil metros que no requieran pasar por la Comisión y 489 de más de mil metros, o sea un total de 1304 en todo el territorio nacional. Y para abril de 1988 se habían hecho 203 solicitudes de fideicomisos de menos de mil metros y 204 de más de mil metros; o sea un total de 407 solicitudes.³⁷

El Lic. Remolina señaló que en 1988 hasta mayo, se habían realizado cinco sesiones de la Comisión y de 204 solicitudes se autorizaron 180, quedando 12 sujetas al cumplimiento de ciertos requisitos. Se analizaron así entre 40 y 41 casos cada sesión y se autorizaron el 90% de ellas, todo esto en respuesta a la crítica sobre la lentitud, ineficiencia e interposición de trabas por parte de la SRE.

Fuera de las cifras que se dieron en 1972, a un año del acuerdo presidencial, nunca se han dado a conocer oficialmente cifras sobre el total de fideicomisos existentes en el país.

Extraoficialmente se hacía un cálculo en 1988 de alrededor de 1,200 fideicomisos y de unos 3 o 4,000 extranjeros beneficiarios.³⁸ En su campaña presidencial en 1988, Cuauhtémoc Cárdenas habló de que existían alrededor de 15,000 fideicomisos en todo el país.

37 Seminario..., *op. cit.*

38 Publicada en la revista *Mercado de Valores*, to. de julio de 1989, suplemento no 13, NAFINSA, México.

Según las cifras oficiales que hemos mencionado habría sólo en 1987 y 1988, 1,701 solicitudes de fideicomisos de los cuales fueron autorizados el 90%. Y del 10% restante, alrededor del 8% estaba condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos y sólo alrededor del 2% fueron denegados.

EL REGLAMENTO A LA LEY PARA REGULAR LA INVERSION MEXICANA Y PROMOVER LA INVERSION EXTRANJERA DE 1989

El 16 de mayo de 1989 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el nuevo Reglamento de la ley para regular la inversión mexicana y promover la inversión extranjera.

En el capítulo I, fracción XIII se retoma la definición de zona restringida del artículo 27 constitucional y se hace referencia a éste sin mencionar que en esa franja el artículo 27 constitucional establece que por ningún motivo los extranjeros podrían tener el dominio directo.

El artículo 2 pone un plazo máximo de 45 días hábiles para que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras resuelva.

Los artículos del 16 al 22 y del 36 al 38 reglamentan lo relativo a los inmuebles y a la adquisición y arrendamiento de inmuebles y estipulan que sólo requieren permiso de la SRE los fideicomisos en zona restringida o los que se constituyan u otorguen derechos reales a los fideicomisarios, personas físicas o morales, sobre dichos bienes.³⁹

El artículo 17, fracción tercera, párrafo tercero estipula que "Para el otorgamiento de permisos relativos a fideicomisos para la realización de actividades turísticas con fines residenciales, incluyendo condominiales, que se ubiquen en la península de Baja California

39 *Vid., ibidem.*, pp. 7, 8 y 12.

y la zona restringida de las fronteras del país, la Secretaría de Relaciones Exteriores resolverá de acuerdo con los criterios legales correspondientes.

Con este reglamento se pretende estimular la inversión extranjera en proyectos industriales y turísticos y desestimular la adquisición de casas-habitación. Esto es especialmente importante en el caso de Baja California Sur porque es el tipo de fideicomiso que predomina.

Sólo requirieren pasar por la Comisión aquellos predios rústicos cuya extensión exceda de 20 hectáreas, según el artículo 17, fracción III, inciso b.⁴⁰ En los demás casos no participa la Comisión.

Pero indudablemente el cambio más importante que introduce el nuevo reglamento es la posibilidad de renovar los fideicomisos al finalizar los treinta años. Estas disposiciones quedan contenidas en los artículos 20 y 21.⁴¹

El artículo veinte estipula que la SRE "expedirá los permisos que se soliciten para la celebración de fideicomisos nuevos respecto de los mismos bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, si se satisfacen los siguientes requisitos:"

"1. Que en los fideicomisos por celebrar figuren como fideicomisarios los inversionistas extranjeros que sean a su vez fideicomisarios en los fideicomisos por extinguirse o cuya duración está por terminar."

40 *Ibidem.*, p. 8.

41 *Ibidem.*

"II. Que los fideicomisos por celebrar se pacten en los mismos términos y condiciones con que se celebraron los fideicomisos por extinguirse o cuya duración está por terminar, respecto de los fines del fideicomiso, destino de los bienes inmuebles y características de éstos."

"III. Que se soliciten los permisos respectivos en el lapso comprendido entre los trescientos sesenta y los ciento ochenta y un días anteriores a la terminación de la duración de los fideicomisos correspondientes."

"IV. Se observen las disposiciones de la Ley, de este Reglamento y de las Resoluciones Generales."

Y en el último párrafo de este artículo se señala que las instituciones de crédito, como fiduciarias, podrán conservar la propiedad fiduciaria de los bienes inmuebles, "si los nuevos fideicomisos son formalmente convenidos antes de la extinción de los anteriores."

El artículo 21 señala que la SRE "expedirá permisos para la constitución de fideicomisos, que impliquen la transmisión de la propiedad fiduciaria de un mismo bien inmueble, los que podrán tener una duración de hasta treinta años, siempre que los fideicomisarios en el fideicomiso-vendedor y en el fideicomiso-comprador sean distintos."

Los objetivos que se persiguen son promover inversiones extranjeras sustanciales para el país, facilitar los trámites al hacerlos más sencillos y más rápidos, (ahora la autorización de

la SRE tarda sólo un día,) pero también mantener un control especial en la zona restringida y en el territorio de la península en particular.

Lo que habría que sopesar es qué tanto beneficio económico real se obtiene y en qué medida se pone en mayor riesgo la integridad territorial del país al propiciar las grandes inversiones que necesariamente seguirán presionando por conservar en forma permanente sus intereses y desestimular los fideicomisos para casa- habitación que son menos benéficos pero también menos riesgosos.

SITUACION ACTUAL DEL FIDEICOMISO DE INMUEBLES PARA EXTRANJEROS EN LA ZONA PROHIBIDA

Es muy difícil el acceso a la información sobre los fideicomisos, incluso el propio reglamento al que hemos hecho referencia estipula que el registro de los fideicomisos al igual que el resto del registro nacional de inversiones extranjeras no tendrá carácter público y sólo pueden ser consultadas por los interesados o por quienes tengan "un interés jurídico en las correspondientes inscripciones, cancelaciones y anotaciones."⁴²

Como ya hemos dicho anteriormente, según datos oficiales sólo en 1987 y 1988 se autorizaron más de 1,500 fideicomisos, si hacemos el cálculo de que, de las 1,701 solicitudes fueron autorizadas en 90%, sin considerar las que quedaron condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos.

No ha sido posible obtener datos oficiales sobre la situación prevaleciente en la actualidad, ya que se consideran datos estrictamente confidenciales, por estar relacionados con un tema tan delicado como es el de la soberanía.

Sin embargo se pudieron obtener datos muy valiosos, absolutamente confiables, pero confidenciales. Para julio de 1991 había alrededor de 9,024 fideicomisos en todo el territorio nacional. Y se consideró a juicio de la SRE, que en realidad la situación de los

42 *Vid., ibidem.*, art. 44, primer párrafo, p. 13.

fideicomisos no es riesgosa, salvo en el caso de la península. Esto le veremos en los siguientes capítulos.

En este momento es importante resaltar el manejo tan centralizado que se hace de todo lo relativo a los fideicomisos de inmueble para extranjeros en zona restringida. La SRE concentra todos los datos, ya que es quien autoriza y el registro nacional de inversiones extranjeras en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, pero incluso hay disparidades entre ambos registros.

Las fiduciarias sólo manejan datos parciales pues son distintas instituciones.

En las propias localidades interesadas no es posible obtener ningún dato. Las delegaciones de la SRE no los manejan, solamente son oficinas administrativas y sobre este particular sólo dan información y en todo caso reciben solicitudes. De hecho los interesados prefieren hacer los trámites directamente en la ciudad de México.

Lo mismo sucede con las delegaciones de SECOFI, en donde a las personas responsables del área se les instruye para que no den ninguna información en relación con las pocas solicitudes que llegan a presentarse a través de ellas.

Las fiduciarias no tienen matrices mas que en algunas ciudades clave como Guadalajara, Hermosillo o Tijuana y muchas veces concentran los datos en la propia ciudad de México.

Hay que tener en cuenta también la existencia de una serie de irregularidades que no han permitido una evaluación precisa de esta situación.

Cuando se celebra un contrato de fideicomiso, el dueño original, fideicomitente, se presenta con un representante de la fiduciaria y el extranjero fideicomisario, con el permiso de la SRE, ante notario público; pero en muchas ocasiones se celebran estos contratos ante el notario, sin tener la autorización de la SRE y se asienta en el acta correspondiente que están sujetos "a condición suspensiva" porque supuestamente el permiso está en trámite y hasta después se notifica a la SRE.

Además existen los asentamientos irregulares y por supuesto, subsisten los prestanombres. Es muy difícil que haya control sobre esta situación porque se requiere más personal y recursos.

A mediados de 1991 todo parecía indicar que la ley de 1973 para regular la inversión mexicana y promover la inversión extranjera sería revisada. En la SRE se estaba trabajando en la elaboración de lineamientos para ello, retomando las conclusiones del estudio elaborado sobre la situación de los fideicomisos. Se proponía dar más facultades a la SRE, limitar más las concesiones para casas-habitación y tener un mayor control sobre los fideicomisos en la península. Sin embargo no se estaba trabajando ningún proyecto en coordinación con la SECOFI quien pudiera tener una propuesta diferente.

Tradicionalmente la SRE ha adoptado tesis más nacionalistas que otras dependencias federales que se ocupan sólo de las relaciones exteriores en su propio ámbito. Esto se debe

a que se tiene una visión de conjunto de la política exterior y se reciben las opiniones y presiones de todos los países con los que México tiene relaciones.

En la actual administración las dependencias del sector económico han cobrado una importancia sin precedentes en la dirección de la política exterior de nuestro país y es preocupante constatar que pesan más los argumentos sobre los posibles beneficios económicos que la consideración del problema de la soberanía.

Podemos concluir que la reglamentación para la adjudicación de bienes inmuebles a extranjeros en la zona prohibida surgió, con el acuerdo de Echeverría en 1971, para tener un mayor control sobre una situación que de hecho ya se estaba dando, que era la concesión de fideicomisos y sobre la que no existía ningún control. El acuerdo menciona que para terminar con los prestanombres y otros subterfugios, pero en realidad esto no representaba ningún peligro salvo para los propios extranjeros que así decidían arriesgarse. La verdadera irregularidad era la concesión de fideicomisos que podían llevar a la posesión legal de bienes inmuebles por parte de extranjeros en zona prohibida y que la propia Secretaría de Relaciones Exteriores auspiciaba.

Pero a partir de esa primera reglamentación, que aunque tenía algunas imperfecciones y lagunas, era suficientemente clara en lo fundamental; se ha ido relajando cada vez más ese control y se ha llegado a una reglamentación que por su laxitud pone en peligro la integridad del territorio al afectar indefinidamente porciones de éste.

En los siguientes capítulos analizaremos por qué esta situación es especialmente preocupante en el caso de la península en general y de Baja California Sur en particular.

Lo primero que debe tomarse en cuenta son los antecedentes históricos de la relación México-Estados Unidos en el contexto de la península.

Después es necesario conocer más a fondo el contexto geográfico y social, para completar la dimensión espacial y temporal del tema y ubicarlo en su entorno social.

EL FIDEICOMISO DE INMUEBLES PARA EXTRANJEROS EN BAJA CALIFORNIA SUR

ANTECEDENTES HISTORICOS

Es muy importante tener en cuenta los antecedentes históricos de la relación de la península con Estados Unidos. Este territorio ha estado en la mira de los norteamericanos desde principios del siglo pasado, junto con las provincias que México perdió en la guerra de Texas, que eran el territorio de la Alta California, el territorio de Nuevo México y parte de las provincias, entonces unidas, de Sonora y Sinaloa por un lado, y de Coahuila y Tejas por otro. Lo que ahora son los estados de Utah, Nevada, Arizona, Nuevo México, California y Texas.⁴³

En 1808, William Shaler, un rico comerciante en pieles que escribió un libro sobre sus impresiones de California recomendó la adquisición del territorio por primera vez.⁴⁴

En 1822 Poinsett, en pláticas con Francisco de Paula Azcárate, representante de Iturbide, manifiesta la pretensión de absorber la provincia de Tejas, parte del reino de León, la mayor parte de la provincia de Coahuila, Sinaloa, Sonora, California, Baja y Alta y Nuevo México. Su interés era adueñarse de minerales, puertos para el comercio, el comercio de pieles, el comercio de cabotaje y "apropiarse exclusivamente la pesquería de la perla que se

43 *Cfr. García Cantú, Gastón, Las Invasiones norteamericanas en México, Sep-Era, segunda serie, Lecturas mexicanas, No. 57, 1986, pp. 20-28 y 41.*

44 *Moyano Pahlisa, Angela, California y sus relaciones con Baja California, Mex., Sep 80, no. 48, 1983, pp. 24-29.*

hace en las costas interiores y exteriores de ambas Californias, la de la nutria, la del balle-nato, la de la cachalaza, la de la sardina y la de la concha...⁴⁵

En 1823 se hace la Declaración de la Doctrina Monroe, ya con la visión expansionista sobre California y con la preocupación de la presión de Rusia sobre este territorio.

En 1830 se recomienda la compra de la Bahía de San Francisco y en 1835 Andrew Jackson la solicita formalmente al gobierno mexicano.⁴⁶

Desde 1842, se menciona la eventualidad de que México "se vería obligado a ceder las provincias de California y Texas en pago por reclamaciones económicas de norteamericanos que databan desde 1831."⁴⁷

Por otra parte la misma preocupación del gobierno mexicano de mantener y controlar todo el extenso territorio del noroeste, tan incomunicado y despoblado, dió lugar a las políticas de colonización, que tan buenos resultados estaban dando en otros países latinoamericanos, al propiciar la inmigración europea. Así, desde 1821, México empezó a autorizar las concesiones territoriales para garantizar la colonización de esos territorios. Pero la situación de México era muy diferente y sólo se propició más la expansión nor-teamericana ya desbordante.

45 *Cit. post.* Medina Castro Manuel, *El gran despojo*, Ed. Diógenes, Mex, 1980 pp. 12 y 13. Cfr. También Fuentes Mares, José, *Poinsett, historia de una gran intriga*, México, 1982, p. 28.

46 Moyano Pahlisa, *op. cit.*, p. 25.

47 Bosch García, Carlos, *Relaciones entre México y Estados Unidos*, ENCPS, UNAM, 1961, pp. 59 y 103.

Al igual que en el caso de Texas, que se inició justamente con la autorización para su colonización, también se trató de colonizar y de independizar la república de California en 1836 y en 1842.⁴⁸

Después vino el conflicto armado que para el noroeste y para la península se inició en 1946 ya que desde ese año hubo tropas de ocupación y batallas en este territorio.⁴⁹ Durante esos años se presentó una fuerte resistencia a los invasores por parte de los habitantes de la parte sur de la península y se dieron episodios heroicos muy poco conocidos.⁵⁰

Después de la invasión a Veracruz y preparando las condiciones de los tratados de paz, el diplomático Nicholas P. Trist, "agregado de paz al ejército norteamericano" tenía instrucciones de negociar la cesión de Nuevo México, la Alta y la Baja California por quince millones de dólares, como una de las posibilidades de arreglo y como condición *sine qua non* la cesión de Nuevo México y la Alta California. También se negoció sobre el derecho de tránsito por el Istmo de Tehuantepec.⁵¹ Los negociadores mexicanos lograron que los norteamericanos aceptaran que la cesión de la península era comprometedora para la costa mexicana en el Golfo de California e incluso se logró dejar una franja al norte de la península para comunicarla por tierra con el resto del territorio mexicano.⁵²

48 Cfr. Moyano, *op. cit.* pp. 24-26.

49 Cfr. Traslúña Taylor, Armando, *Baja California Sur, ¿qué desea saber?*, s/e. Programa Cultural de las Fronteras, 1989, p. 28.

50 Cfr. Moyano Pahlssa, ponencia sobre la guerra de Texas y la península, en *Seminario de historia regional*, La Paz, B.C.S., 1989.

51 Cfr. Medina Castro, *op. cit.*, p. 81 y Vázquez, Josefina Zoraida y Lorenzo Meyer, *México frente a Estados Unidos*, Mex., FCE, 1989, p. 58.

52 Ver Bosch García, *op. cit.*, pp. 113 y 117.

Entre 1851 y 1858 se llevaron a cabo las incursiones de los filibusteros, cuando ya la política de colonización había mostrado ser un completo fracaso, pues lejos de promoverse la creación de colonias de pobladores de origen europeo y de promover asentamientos que dieran mayor seguridad a la zona fronteriza, se dejaron sentir los efectos de la Doctrina Monroe.⁵³

Entre las incursiones filibusteras están las de Morehead, Crabb y Walker en 1851-53. La de Zerman en 1855, auspiciada por un comerciante de San Francisco. Y la de Crabb en 1857 la última que se llevó a cabo, aunque hubo otros intentos. Todo esto se vio suspendido por la inminente guerra civil norteamericana, que también paralizó los intentos por independizar Baja California y Sonora. Se pretendía utilizar estos territorios como comodines en el enfrentamiento entre la unión y los confederados.

Durante la guerra, en 1864 se le dio a J. Leese de San Francisco una concesión para colonizar Baja California, que comprendía todos los territorios vacíos entre el paralelo 25 y el 31, que son cuatro quintas partes de la península. Esta concesión fue autorizada por el gobierno mexicano pero caducó por incumplimiento en el pago de 100,000 pesos a cuenta del precio de los terrenos.⁵⁴

La derrota de los confederados se dio ya durante el gobierno de Maximiliano en México.

53 Moyano Pahlisa, *California y sus relaciones...*, op. cit., p. 48.

54 *Ibidem.*, p. 61.

En 1866 se otorgó la concesión para usar la Bahía de Pichilingue como estación carbonífera, concesión que se renovó en 1900 y que fue revocada hasta 1925 por el presidente Calles.⁵⁵

En 1870 la Lower California Co. compró la concesión Leese y empezó a promover la venta de terrenos cerca de Bahía Magdalena. Y en 1872 se dio otra concesión para explotar la Orquilla entre Cabo San Lucas y el paralelo 27.⁵⁶

En 1856, 1857 y 1858 se hicieron diferentes ofrecimientos para comprar la península y parte de Sonora y Chihuahua, que tanto liberales como conservadores rechazaron.⁵⁷

En 1876 el presidente Grant y después su sucesor Hayes, manifestaron nuevamente el deseo de comprar la franja peninsular.⁵⁸

De 1883 a 1888, después de la ley de colonización del presidente Manuel González se dieron treinta concesiones en la península. Cuatro compañías monopolizaron casi cuatro quintas partes del territorio. Flores, Hale y compañía, con propiedades que llegaron a ser de dos millones y medio de hectáreas. La concesión a Pablo Macedo de medio millón de hectáreas en Santa Rosalva, que después pasaría a la compañía minera francesa de El Boleo, que la explotó hasta hace unos cuantos años.⁵⁹

55 Trasviña Taylor, *op. cit.*, p. 29.

56 Moyano, *Callf. y sus...*, *op. cit.*, p. 64.

57 Vázquez y Meyer, *op. cit.*, pp. 79-81.

58 Trasviña Taylor, *op. cit.*, p. 29.

59 Moyano, *Callf. y sus ...*, *op. cit.*, p. 69.

A finales de siglo hubo varios intentos de anexión que a veces sólo se referían a la parte norte y a veces a toda la península y tenían su origen en San Diego. En 1892 La Cámara de Comercio y la Lonja Mercantil de Los Angeles solicitaron al Congreso la compra de la península.⁶⁰

En 1914 se registró en el norte la última incursión filibustera en el norte de Baja California y nuevamente en esos años hubo otra solicitud para comprar la península.⁶¹

Durante la gran depresión hubo muchos campesinos mexicanos repatriados que se quedaron en la región de Mexicali que era una zona agrícola. Desde finales de siglo la Colorado River Land Company tenía el monopolio de la tierra y controlaba totalmente la producción agrícola de la región por lo que, en 1937 y por la protesta de varias comunidades agrarias, se formaron 58 ejidos por orden del presidente Cárdenas.⁶²

Más tarde, durante la primera y la segunda guerras mundiales, el territorio de la península era considerado estratégico para Estados Unidos por lo que también por ese motivo hubo presiones sobre este territorio.

En enero de 1942 Avila Camacho dispuso la creación de la Región Militar del Pacífico que comprendía desde Baja California hasta Chiapas. El gobierno norteamericano deseaba instalar puestos de radar y aeropuertos en Baja California. México aceptó a condición de

60 *Ibidem.*, pp. 88-90.

61 *Ibidem.*, p. 110.

62 *Ibidem.*, p. 121.

que fueron operadas y patrulladas por mexicanos a lo que Estados Unidos se negó y después perdió interés por el propio desarrollo del conflicto.⁶³

En los últimos años no ha desaparecido totalmente esta amenaza y por ejemplo, periódicamente aparecen en periódicos y revistas norteamericanos alusiones a esta pretensión permanente de Estados Unidos sobre la península. Que si debe cambiarse por la deuda; que si se utilizara una parte para establecer una colonia para rehabilitar drogadictos; que si se creara en ella una zona económica exclusiva, etc. Aunque enumerarlos y analizarlos rebasaría la intención de este trabajo, no es conveniente tampoco ignorarlos.

Todo esto siempre en relación con la ocupación de territorio, a pesar de que se dice que la etapa del expansionismo territorial está ya superada.

En el siguiente apartado veremos algunos datos sobre el territorio y la población en Baja California Sur y en el resto de la península, así como algunos datos relativos al turismo y la migración todos ellos necesarios para después analizar los datos sobre el fideicomiso de inmuebles en Baja California Sur y entender el significado que tiene en su contexto geográfico y social.

63 *Vd., Vázquez y Meyer, op. cit., pp. 104 y 185.*

BAJA CALIFORNIA SUR, TERRITORIO, POBLACION, TURISMO Y MIGRACION

Además de conocer los antecedentes históricos de la relación de la península y en particular de Baja California Sur con Estados Unidos, también es importante considerar las características particulares en lo relativo a su territorio, población, migración y turismo, para entender en forma más integral el problema del fideicomiso de inmuebles para extranjeros en el estado.

Baja California Sur tiene 73,677 kilómetros cuadrados de territorio, lo que constituye el 3.76 % del territorio nacional y está entre los 10 estados de la república con mayor extensión.⁶⁴ Tiene entre 2,220 y 2,417 kilómetros de litorales, según se incluya o no el litoral de las islas y lagunas y esto representa alrededor del 17 % del total nacional.⁶⁵

El Estado de Baja California (norte), tiene una extensión de 70,113 kilómetros cuadrados.

Por lo que se refiere a la población, Baja California Sur tiene una población de 317,326 habitantes, que constituye el .39 % de la población nacional. Es el estado menos poblado del país y el que tiene la menor densidad de población, con apenas 2.9 en 1986 y en 1990 4.31 habitantes por kilómetro cuadrado. Esto a pesar de que su tasa de crecimiento es

64 *Cfr.*, B.C.S. Cuaderno de Información para la planeación, México, INEGI, 1986 pp. 9 y 10 y **Resultados oportunos del Estado de B.C.S.**, Mex., INEGI, 1989, p. 21.

65 **Diccionario enciclopédico de B.C.S.**, Mex., Fernández Ed., 1982, p. 15.

más alta que la media nacional desde 1960 y en los setentas llegó a ser de 5.1 % cuando a nivel nacional era de 3.2 %.

En 1975, tenía 170,000 habitantes, lo que era el .30 % de la población nacional.

Para 1990 se preveía una tasa de 3.5 %, lo que significa que sigue siendo más alta que la media nacional aunque se ha desacelerado.⁶⁶

El Estado de Baja California tiene una población de 1,657,927. Así la península tiene un total de 1,975,253 habitantes, según el último censo, en un territorio de 143,890 kilómetros cuadrados aproximadamente.⁶⁷

El 50.74 % de la población de BCS se concentra en la ciudad de La Paz que tiene 161,010 habitantes, en tanto que en Los Cabos reside el 13.72 % que son 43,545 habitantes.⁶⁸

Para 1970 las personas nacidas en otro país que residían en BCS, eran 317, el 0.3 % de la población. En 1980, residían en el estado 564 personas nacidas en otro país, según datos de los censos correspondientes.⁶⁹

Para 1990 los nacidos en otro país eran 1,819, de ellos residen en La Paz 763 y en Los Cabos 635. Según el mismo censo, de los que actualmente residen en la entidad, la población de cinco años y más que en 1985 residía en otro país es de 1,244 personas. Este

66 Resultados preliminares XI Censo de población y vivienda, Mex., INEGI, 1990, pp. 8-15.

67 Diccionario enciclopédico..., *op. cit.*, p. 23.

68 Resultados preliminares..., *op. cit.*, pp. 32-35.

69 B.C.S. Cuadernos de información para la planeación, *op. cit.*, p. 45.

número no incluye solamente extranjeros y no sabemos qué proporción de esas personas son extranjeros pero presumiblemente es la mayoría.

No es posible saber de manera oficial cuántos residentes extranjeros hay en el estado por varias razones que son, a saber:

Primero, la gran mayoría de los extranjeros que residen en Baja California Sur son norteamericanos que, por la cercanía, pueden entrar y salir fácilmente del país.

Segundo, la visa de turista se otorga con una duración de seis meses y la gran mayoría prefiere internarse simplemente como turista. Aunque residan en México, prefieren entrar y salir.

Tercero, para adquirir bienes inmuebles, a través del fideicomiso, desde el acuerdo de Echeverría, como ya hemos visto, no se requiere ningún permiso de Gobernación, pues se considera que como no es propiedad o dominio directo, no es necesario que haya ningún control, como el que establece la Ley General de Población. Solamente cuando se hacen inversiones considerables es necesario su registro completo en la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

Cuarto, por razones climáticas, la mayoría prefiere residir en Estados Unidos cuando ahí el clima es más benigno y en la península es demasiado caluroso y residir en ésta cuando en Estados Unidos hace frío y en México el clima es más agradable; por ello hay mayor afluencia de norteamericanos a la península entre los meses de octubre y marzo.

No existe por lo tanto mayor control por parte de la Dirección General de Servicios Migratorios de la Secretaría de Gobernación sobre este tipo de residentes.

Según datos oficiales de la Delegación Estatal de Servicios Migratorios, entre 1969 y 1988, los extranjeros residentes en el Estado de Baja California Sur, con categorías de no inmigrante, visitantes e inmigrados,⁷⁰ eran 185 norteamericanos y 38 canadienses. Esta cifra es insignificante ya que se calcula que en la península residen alrededor de 40,000 norteamericanos, según estimaciones oficiales.⁷¹

Para junio de 1992, según la Delegación de Servicios Migratorios, el número de residentes temporales en el estado es de 560, de los cuales son no inmigrantes 500, inmigrantes alrededor de 40 y unos 70 inmigrados y de estos últimos solamente 25 son considerados como residentes temporales con una permanencia en el país como tales de entre 3 y 5 años. Esta cifra sigue siendo ridícula y de ninguna manera se acerca a la realidad de cuántos extranjeros, sobre todo norteamericanos, residen en el estado. Recordemos que de estas cifras el 98%, o más, es de norteamericanos.

Las cifras de ingresos de extranjeros al estado son en 1988 de 167,165 no inmigrantes, 17 inmigrantes y 18 inmigrados; en 1989 de 180,310 no inmigrantes, 19 inmigrantes y 14 inmigrados; en 1990 son 242,567 no inmigrantes, 28 inmigrantes y 37 inmigrados; en 1991 de 238,069 no inmigrantes, 15 inmigrantes y 16 inmigrados y hasta junio de 124,000 no inmigrantes.

70 **Ley General de Población**, Rodolfo Bravo C., Porrúa, 1986, caps. VII y VIII, pp. 98-125.

71 Delegación de la Dirección general de servicios migratorios, Secretaría de Gobernación, La Paz, B.C.S.

Las cifras de salidas son de alrededor de esas cifras aunque no corresponden exactamente por que un extranjero puede abandonar el país en otro estado de la república en donde entregaría su forma migratoria o entrar por el macizo continental y abandonar el territorio nacional en el aeropuerto de La Paz, etc.

En agosto de 1991 se informó que la Secretaría de Gobernación iba a ampliar el plazo de las visas para la permanencia en el país a los extranjeros que vinieran en viaje de negocios. Se duplicaron los plazos de todas las visas salvo las de turistas.

Una de las visas que se utiliza en la península es la de visitante, que se les otorga a los promotores de ventas en nuestro país y que en temporadas altas una misma compañía puede solicitar hasta 20 visas y reducirlas a la mitad en temporada baja.

Por lo antes señalado vemos que no existe ningún control oficial sobre los residentes extranjeros en la península, lo que además de los problemas que puede causar la imposibilidad de evaluar su situación, no tiene paralelo si apelamos a la reciprocidad en el trato bilateral.

Como no es posible hacer una evaluación sobre la inmigración norteamericana en la península, en general, y en Baja California Sur, en particular, y por las razones que ya hemos señalado; es necesario analizar los datos relativos al turismo en el estado.

De acuerdo con las cifras oficiales la afluencia turística en Baja California Sur de 1980 a 1990 ha tenido un comportamiento muy irregular. Pese a la crisis, hasta 1986 el flujo de

turismo nacional a BCS fue mayor que el extranjero. En 1987 el turismo extranjero fue ligeramente superior al nacional. El nacional fue de 243,760 visitantes y el extranjero fue de 254,387. Se mantiene casi igual en 1988, y 1889⁷² y hasta 1990 hay un aumento considerable del turismo extranjero sobre el nacional. En ese año el turismo nacional se mantiene con un aumento mínimo; de 223,600 en 1989 aumenta a 227,200, en tanto que el turismo extranjero aumenta de 262,900 a 308,900 en esos mismos años.⁷³

Cabe aclarar que estas cifras no se corresponden con las que proporciona servicios migratorios porque los turistas pueden ya venir documentados de Tijuana o de otros puntos y no en el estado en donde no se les cuantifica.

Sin embargo, si revisamos los datos por municipio, el aumento se da solamente en el municipio de Los Cabos. En los otros tres municipios, La Paz, Muleg y Comondú, se mantienen las cifras estables y el turismo nacional sigue siendo mayor. En tanto que para 1990 el turismo extranjero en Los Cabos era de 230,300, el turismo nacional en el mismo municipio era de 34,100 visitantes. En 1976 y 1977 el turismo extranjero en Los Cabos era ligeramente superior al turismo nacional, pero a partir de 1978, el turismo extranjero es muy superior al nacional, siendo desde 1984 de más del 80% y llegando en 1987 al 86.72%, según el estudio de indicadores turísticos, que ya hemos citado. En todo el estado, entre 1976 y 1982 el turismo extranjero no pasó del 35% en su mejor año, que fue 1979. En 1983 aumentó hasta 49.73% y ya para 1987 era de más del 50%. En 1990 de 534,100 visitantes, 306,900 fueron

72 *Cfr.*, Ivanova, Antonina y Joaquín Serme o, *Indicadores turísticos de B.C.S.*, Univ. Auton. de B.C.S., La Paz, 1988.

73 *Datos Básicos del Estado de B.C.S.*, Gobierno del Estado, La Paz, 1990, pp. 225-239.

extranjeros. O sea el 57.4% del total. Esto es lo que se refiere a las cifras de ocupación hotelera.⁷⁴

AFLUENCIA POR OCUPACION HOTELERA
1989 - 1990

AÑO	NACIONAL	EXTRANJERO	TOTAL
1989	223,7	262,9	486,6
1990	227,2	306,9	534,1

CUADRO 1

La afluencia turística total al estado, incluyendo ocupación hotelera y aquellos que no ocuparon hotel, fue en 1990 de 652,800 de los cuales el 34.8% fue nacional, 227,200 y el 65.2% fue extranjero, 425,600. En relación con el total de 1989 a 1990 hubo un aumento de 7.8%.

En ese mismo año de 1990, 118,800 de los visitantes extranjeros llegaron en yates, veleros y vehículos recreativos y 172,644 pasaron en cruceros en tránsito.

También en ese mismo año, del total de 425,600 visitantes extranjeros que ya mencionamos, sólo 289,400 visitaron los polos de desarrollo turístico del Estado. O sea que 136,200 visitantes extranjeros, o por lo menos extranjeros que se internaron como turistas no fueron a los polos de desarrollo turístico del Estado.⁷⁵

⁷⁴ Cfr. cuadro 1.

⁷⁵ Datos obtenidos del Informe anual de 1990 de la Delegación de Turismo, en La Paz, B.C.S.

Por todo lo anterior vemos que el turismo norteamericano a Baja California Sur ha aumentado de manera muy considerable en los últimos siete años, sobre todo en el municipio de Los Cabos. Pero además hay un número considerable de "turistas" que no visitaron los polos de desarrollo turístico del Estado.

Podemos decir que Baja California Sur es un territorio muy extenso, todavía escasamente poblado, con un afluencia importante de migración norteamericana, sea como turistas o como residentes temporales, sobre los que, por otro lado, no existe mayor control migratorio y a esto debemos agregar que sobre todo la parte sur está muy deficientemente comunicada con el resto del país.

Hasta mediados de la década de los sesentas el aislamiento de Baja California Sur era casi total pues hasta entonces se construye la carretera transpeninsular y poco después se inicia el servicio de transbordadores, que por otro lado, ha sido un servicio con muchas deficiencias. Hasta el año pasado se establece un servicio de comunicación marítimo rápido con la costa de Sinaloa, aunque sigue siendo caro e insuficiente, por lo que la comunicación aérea es todavía el principal medio.

Es en este contexto en donde debemos ubicar el análisis del fideicomiso de inmuebles para extranjeros que veremos en el siguiente apartado.

EL FIDEICOMISO DE INMUEBLES EN BAJA CALIFORNIA SUR

Una vez que hemos señalado las condiciones particulares de Baja California Sur podemos analizar los datos relativos al fideicomiso de inmuebles para extranjeros en esta entidad.

En la península y en el estado existen desarrollos turísticos muy antiguos que son inversiones de norteamericanos, como es el caso del hotel Cabo San Lucas, conocido como el Chileno que data de la década de los cincuentas y en donde venían a pasar vacaciones los artistas más famosos de Hollywood que llegaban en sus avionetas cuando aún no había carreteras; o como el hotel Serenidad, supuestamente propiedad de una mexicana casada con un norteamericano, en Bahía Concepción.

Cuando se da el acuerdo presidencial de Echeverría en 1971, uno de los primeros fideicomisos más grandes que se creó de inmediato fue en la península, en el estado norte, que es el de San Quintín, Ensenada, donde se realizaron obras de infraestructura, carreteras interiores, aeropuerto internacional, planta de tratamiento y construcción de unidades habitacionales, hoteles y villas.⁷⁶

En 1987, catorce años después de que entró en vigor la Ley para regular la inversión mexicana y promover la inversión extranjera, de 815 solicitudes que se hicieron a la Secretaría de Relaciones Exteriores para autorizar fideicomisos de menos de mil metros,

76 Galeano, *op. cit.*, p. 39.

que no requerían pasar por la Comisión intersecretarial, 181 fueron para Baja California Sur. Y de las 489 solicitudes para fideicomisos mayores de mil metros, 144 fueron para Baja California Sur, o sea el 30% del total.⁷⁷

En 1988 de 203 solicitudes de predios de menos de mil metros, 44 fueron para Baja California Sur, casi la cuarta parte, lo que constituye una demanda muy alta.

Para 1988, hasta mayo, de los 204 fideicomisos pasados por Comisión, 78 fueron para Baja California Sur, o sea el 38.73%, lo que constituye más de un tercio.

En total en 1987 y 1988 los fideicomisos para Baja California Sur representaban el 26.20% y según el Lic. Remolina, el porcentaje era mayor en el estado norte, lo que significa que por lo menos el 50% de los fideicomisos estaban en la península.⁷⁸

Si a nivel nacional la zona restringida o zona prohibida es el 43% del territorio, en la península es casi su totalidad y el 30% de ella son ejidos que se crearon justamente para acabar con las concesiones norteamericanas, como ya hemos mencionado. Esto implica que además de las otras razones mencionadas, por esta última existen sobre este territorio presiones muy especiales.

A nivel local es muy difícil obtener datos sobre los fideicomisos, pues los datos se manejan de manera muy dispersa y sólo se concentran en la SRE en donde, como ya señalamos se manejan como datos confidenciales. Las fiduciarias no tienen matrices en La

77 Remolina Roqueñil, Felipe, en Seminario sobre la Inversión extranjera y su Impacto..., *op. cit.*

78 *Ibidem.*

Paz, por lo que cada institución bancaria centraliza sus datos en Hermosillo, en Guadalajara o en la propia ciudad de México. El gobierno del Estado no conoce de manera oficial los datos sobre fideicomisos.

En noviembre de 1990 se hizo una revisión de todos los expedientes de fideicomisos en la Secretaría de Relaciones Exteriores para presentarle al Secretario una evaluación de la situación prevaleciente y se llegó a la conclusión de que ésta no es grave salvo en el caso de la península y por esta razón se decidió manejar los datos como estrictamente confidenciales.

De los 9,024 fideicomisos que existían en México en julio de 1991, la tercera parte o sea alrededor de 3,000 se encuentran en la península. De ellos en el estado de Baja California se encuentran alrededor de 1,200 y en Baja California Sur aproximadamente 1,800.

En Baja California son menos en número, pero son, en general, de mayor extensión y están destinados, sobre todo, a actividades industriales, que son las maquiladoras.

En Baja California Sur hay un número mayor, pero predominan los predios destinados a casa-habitación y a actividades turísticas, los llamados "desarrollos turísticos."

En el Estado de Baja California Sur, a pesar de que se ha hecho un esfuerzo oficial importante de promoción al respecto, solamente hay catorce maquiladoras, según los datos del gobierno del Estado, aunque una de ellas, LEADTEC, la de mayor tamaño con 212

empleados, cerró a finales de 1991 después de una huelga que se prolongó alrededor de dos meses, porque las trabajadoras protestaban por condiciones de trabajo muy precarias.

Las maquiladoras ocupan en el estado a unas 1,146 personas, de una población económicamente activa de 113,980.⁷⁹ Sin embargo este dato no es muy representativo ya

PRINCIPALES ASPECTOS DE LA INDUSTRIA MAQUILADORA
1990

NOMBRE DE LA EMPRESA	PERSONAL OCUPADO	INICIO DE OPERACIONES	PRODUCTO QUE ELABORA	1990. VALOR DE IMPORTACIONES, MATERIA PRIMA	1990. VALOR TOTAL DE IMPORTACION, MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR TOTAL DE LA PRODUCCION, 1990
MANUFACTURAS Y ENSAMBLES DE B.C.S., S.A. DE C.V.	68	OCT. 1973	CONECTORES PARA COMPUTADORA	1,376,615,000	104,279,840	21,060,792,619
ELECTRICA DE SAN ANTONIO S.A. DE C.V.	33	DIC. 1977	CONECTORES PARA COMPUTADORA	1,287,862,528	104,279,840	1,529,500,126
MAQUILADORA DE ROPA INTIMA S.A. DE C.V.	199	ABR. 1986	VESTIDOS Y BATAS	3,065,347,520	195,558,220	4,639,420,354
INDUSTRIA TEXTIL DE LA PAZ, S.A. DE C.V.	90	JUL. 1987	BLUSAS	150,000,000	240,000,000	14,000,000,000
MAQUILADORA DE ROPA PARA VESTIR SOTEL S.A. DE C.V.	36	JUL. 1987	PANTALONES	201,546,229	47,000,000	650,000,000
ENSAMBLES TEXTILES ROSSANA S.A. DE C.V.	77	MAR. 1987	BLUSAS	860,544,000	9,000,000	352,440,460
LEAD-TEC DE LA PAZ S.A. DE C.V.	212	ENE. 1986	PANTALONES Y MALETAS	3,420,496,809	471,207,796	11,692,615,200
MAQUILADORA TEXTIL BAJA SUR S.A. DE C.V.	147	SEPT. 1987	BOISAS Y MALETAS	1,159,708,699	277,865,581	9,995,000,000
BENEFICIADORA Y EXPORTADORA DE SEMILLAS S. DE R.L.	150	MAR. 1989	SEMILLAS	53,276,661	130,050,000	900,000,000

CUADRO 2

FUENTE: SECOFI, DELEGACION

79 Datos básicos..., op. cit. pp. 27-31; ver cuadro 2.

que ahora se está dando la submaquilación, que es el trabajo a destajo en los domicilios particulares.

En todo caso la inversión en maquiladoras no es relevante en el análisis del fideicomiso en Baja California Sur.

Los grandes desarrollos turísticos son más importantes en el estado y aunque, como ya hemos señalado, hay algunos que tienen muchos años, el gran desarrollo del turismo, sobre todo en la región de Los Cabos, se ha dado en estos últimos diez años.

Entre los más antiguos está el Chileno, que ya mencionamos, el Twin Dolphin y el Clarión en Los Cabos; La Posada, en La Paz, el Serenidad en Mulegé y Las Arenas en Los Planes.

Actualmente existen en construcción alrededor de 25 grandes desarrollos turísticos, entre ellos existen dos desarrollos de condominios propiedad de inversionistas de Monterrey, uno de Guadalajara, otras dos o tres de inversionistas de la ciudad de México, unos tres o cuatro inversionistas locales, de La Paz o de Los Cabos, dos inversiones españolas muy grandes y el resto son inversiones norteamericanas.⁸⁰

Entre los proyectos en construcción están el Marriot, el Conrad, el Hyatt y el Marina San Lucas (Cabo Plaza) que están representados por un mismo norteamericano, John Vaughan, de Baja International.

80 Datos obtenidos en la Delegación de Turismo del Estado, noviembre de 1991.

Entre los más importantes están el de **Cabo del Sol** con una inversión declarada, no necesariamente fidedigna, de 442 millones de dólares, de capital 99,9% extranjero y con una extensión de 725 hectáreas; y el de **Palmilla**, con una inversión de 206 millones de dólares, con 350 hectáreas, en donde se declara que "el gobierno del Estado y el federal apoyarán la obtención del intercambio de deuda por activos (swaps)".⁸¹ Estos dos son los últimos fideicomisos autorizados en el estado y son en este momento, los dos juntos, el mayor fideicomiso en la entidad y en la península. Antes de estos el mayor era el de San Antonio del Mar, en Ensenada, fideicomiso creado por el gobierno del estado de Baja California (norte) para vender predios a los norteamericanos y que actualmente tiene una extensión de 1,100 hectáreas, ya que a las 600 o 700 originales se le han ido agregando nuevas secciones.

Los fideicomisos de Cabo del Sol y Palmilla están a nombre de Donald M. Koll, un multimillonario norteamericano, presidente de The Koll Company. Sobre este desarrollo turístico apareció un reportaje en la revista *Proceso*,⁸² en donde se señala que se le está dando financiamiento del Banco de Comercio Exterior y que con ello Bancomex se aleja de su objetivo de financiar empresas productivas mexicanas. Además se menciona que una publicación norteamericana, *Conde Nast Traveler*, en un reportaje sobre este desarrollo, dice que ahora a los inversionistas extranjeros se les da la oportunidad de "poseer" lo que ellos desarrollen, con tal de que sus "propiedades" las adquieran a través de los bancos mexicanos.⁸³

81 *Ibidem*.

82 *Proceso*, no. 765, 1o de julio de 1991.

83 *Cit. post., Ibidem*.

También importantes son los desarrollos en construcción de La Jolla, Laguna Vista, Misiones de San José, Cascadas de Baja California, Misiones del Cabo y al más reciente de Vista Coral en La Paz.

Cabe señalar que aunque se trate de inversiones mexicanas de todos modos se solicita la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores como fideicomisos para poder fraccionar y vender a los norteamericanos.

Según datos proporcionados por la Delegación federal y la Secretaría de Turismo del gobierno del Estado, la inversión pública en la rama del turismo ha ido disminuyendo y la privada ha aumentado considerablemente. En 1987 la mayor inversión privada fue para la remodelación del Hotel La Concha y en 1988 y 89 fue para el Hotel Meliá y el Meliá Cabo Real que son inversiones españolas.

La mayoría de los fideicomisos en BCS son para casas-habitación, incluyendo condominios y tiempos compartidos. Supuestamente la Secretaría de Relaciones Exteriores ha restringido al máximo ahora este tipo de permisos sobre todo en el caso de la región de Los Cabos.

Sólo se autorizan aquellas solicitudes que garanticen una inversión considerable, siempre a criterio de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Si la solicitud es rechazada puede volverse a presentar cuantas veces se desee y en general se vuelven a presentar con una inversión mayor hasta que se obtiene la autorización.

En el permiso de la SRE se incluye siempre y sólo en el caso de Baja California, una cláusula de compromiso para el fideicomisario, el inversionista, en donde se señala un determinado monto de inversión, que en caso de no cubrirse, en un lapso de tiempo también predeterminado, ocasiona la cancelación del permiso.

Esta política pudiera resultar contraproducente, ya que es mucho más factible que un terreno de casa- habitación se recupere cuando el permiso se extinga, que en el caso de una inversión considerable a la que difícilmente se va a renunciar.

En la región de Los Cabos, en la parte sur de la península es en donde hay una mayor concentración de fideicomisos y de inmigrantes norteamericanos y en donde se están ubicando los desarrollos turísticos más ambiciosos, como en parte ya lo hemos señalado. Por esta razón se hizo un análisis particular en el municipio de los Cabos.

Este es el municipio más pequeño de los cuatro que componen la entidad y tiene una extensión de 3,451.5 kilómetros cuadrados. Tiene una población, en 1991, de 46,911 habitantes. De 1980 a 1990 su población aumentó en más del doble; de 20,666 pasó a 43,545.⁸⁴

La región cuenta con un aeropuerto particular en Cabo San Lucas y siete aeródromos, entre ellos en Los Frailes, Las Palmas y Punta Chileno para las avionetas de los visitantes a los hoteles y que fueron construidos cuando no había comunicaciones con el macizo continental y no existía la carretera transpeninsular.⁸⁵

84 Datos básicos..., *op. cit.* p. 27.

85 *Ibidem.*, p. 70.

En el registro público de la propiedad del Ayuntamiento de Los Cabos, se revisó el volumen en donde se inscriben los fideicomisos existentes en esta localidad.⁸⁶

En la sección "F" bajo el rubro de fideicomisos existían hasta enero de 1992, 429 registros, con un total de 395 fideicomisos y 34 cesiones de derechos, que en general son la porción de derechos que una inmobiliaria o fraccionamiento vende a un extranjero como condominios, departamentos o casas dentro de un desarrollo inmobiliario.

En términos generales los predios tienen un valor de entre 250 y 300 mil dólares a 600 mil dólares, lo que por supuesto sólo es accesible para los extranjeros.

De los 395 fideicomisos, 372 son unifamiliares, registrados bajo el nombre de una sola persona o de una pareja de extranjeros, y 23 están registrados bajo el nombre de compañías, que son:

Pinero Estate Limited
 Heroad Corporation
 Casa Blanca de San José del Cabo
 Doctem Corporation
 Cabo Vista Limited
 Sociedad Mercantil Palmilla Inmobiliaria
 Misiones del Cabo S. A. de C. V.
 Hotelera Los Cabos S. A. de C. V.
 Propulsora de Desarrollo Turístico
 Sociedad Mexicana Aresol S. A.
 Cascadas de Baja Associations
 Palmilla de San José Inmobiliaria

Los Cabos Invested Limited
 Compañía Inmobiliaria Cabo Sur
 Karina Christina Corporation
 Club Las Barracas
 Cactus Properties Limited
 Cochol Smulinient Incorporated
 Cardon Properties Incorporations
 Pilahoya Incorporation
 Grupo Inmobiliaria Marko S. A.
 El Galito Corporation
 L. P. Properties

86 Información obtenida en el Registro Público de la Propiedad, Ayuntamiento de los Cabos, San José del Cabo, enero de 1992.

De los 395 fideicomisos, 315 están registrados con el nombre del beneficiario y con el de la fiduciaria y 80 registros no mencionan el nombre de la fiduciaria y están registrados sólo con el nombre del beneficiario, por lo menos en el registro general, aunque cada registro tenga su expediente.

De los 315 registros con el nombre de la fiduciaria, están:

123 a nombre de Bancomer, o sea el 39 %; 63 a nombre de Serfín; 32 a nombre del Banco Internacional; 23 del Banco del Atlántico; 23 del Multibanco Mercantil de México; 17 de Somex; 12 de ComerMex; 9 del Banco Nacional de México; 6 de Banca Confía; 6 de Nafinsa y una de Banca Cremi.

Cabe recordar que según el acuerdo de Echeverría solamente las instituciones nacionales de crédito podían ser fiduciarias y que sólo excepcionalmente lo harían las instituciones privadas. Ya al año siguiente de que entrara en vigor el acuerdo la gran mayoría de los 400 fideicomisos, estaban a nombre de instituciones privadas.⁸⁷ En 1982 naturalmente quedaron bajo el control de la banca nacionalizada pero ya sabemos que esta situación se está revirtiendo en la administración del presidente Salinas.

En la propia Secretaría de Relaciones Exteriores existe una fuerte preocupación por la situación de la península, pues se sabe que la zona aprovechable se está ocupando muy rápidamente. Se considera que el 20 % de las costas de la península está ya ocupado.⁸⁸

87 Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 117.

88 Según datos confidenciales obtenidos en la propia Secretaría de Relaciones Exteriores.

Este dato, ya en sí preocupante, se refiere solamente a los fideicomisos en regla, pero hay que recordar que además existen los asentamientos irregulares y los prestanombres que subsisten. También ocurre que la SRE no puede llevar un control perfecto sobre los fideicomisos y muchas veces se le comunican a ésta cesiones de derechos que no cuentan con la autorización previa.

Como es muy difícil obtener datos oficiales sobre la situación de los fideicomisos de inmuebles en Baja California Sur, no hay conocimiento acerca del problema ni a nivel nacional, ni local y esto impide que haya presión sobre las autoridades responsables, pero también y quizá esto sea lo más grave, hace que notarios, vendedores de bienes raíces e incluso fiduciarias no tengan un conocimiento global de la situación y actúen sin preocuparse por las posibles consecuencias que no pueden prever.

Sin embargo el aspecto más preocupante es el hecho de la posibilidad de la renovación del fideicomiso en forma indefinida, lo que convierte a los fideicomisos en derechos permanentes de los extranjeros sobre territorio nacional y violenta aún más la prohibición constitucional.

Esta situación es especialmente grave en el caso de la península pues como ya lo hemos visto es una zona que históricamente ha estado en la mira para Estados Unidos y su posición geográfica, su cercanía a Estados Unidos y su aislamiento del resto del territorio nacional, la hacen más vulnerable.

CONCLUSIONES

1. El fideicomiso como negocio jurídico es una figura ajena a la legislación mexicana, muy compleja, deliberadamente flexible, sobre la que existen diversas interpretaciones controvertidas.

2. Su aplicación a la adjudicación de bienes inmuebles a los extranjeros en México, no tuvo una elaboración teórica muy sólida, no fue completamente aceptada y más bien dependió de una decisión centralizada del ejecutivo sin mayor discusión en el poder legislativo.

3. Toda la reglamentación relativa al fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida ha sido una forma de sacarle la vuelta a la prohibición constitucional, que dejó en manos del ejecutivo la decisión sobre uno de los elementos esenciales de la soberanía de los mexicanos que es la integridad del territorio nacional.

4. El acuerdo de 1971 surgió para poner bajo control la concesión de fideicomisos de bienes inmuebles a extranjeros, que ya se presentaba pero sin control y que incluso podía llevar a la adjudicación legal de propiedades a extranjeros, más que la existencia de presantombres u otras prácticas ilegales que, como tales, no significaban ningún peligro más que para los propios extranjeros que se arriesgaban a utilizarlas.

5. En cada nueva reglamentación se ha ido cada vez más lejos y se ha llegado a violentar seriamente la restricción que establece la fracción primera del artículo 27 constitucional, sobre todo con el nuevo reglamento de 1989, de la ley para regular la inversión mexicana y promover la inversión extranjera, que permite la renovación indefinida del fideicomiso al finalizar los 30 años que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece como límite máximo a cualquier fideicomiso.

6. El único control que existe se da en una dependencia del ejecutivo, como es la Dirección de permisos del artículo 27 constitucional que está totalmente supeditada a la decisión del ejecutivo y como no se conoce la situación que prevalece al respecto, no hay ninguna forma de participación, así sea mínima, en la toma de decisiones al respecto, por parte de la sociedad civil.

7. Por otro lado no existe ninguna reciprocidad bilateral en el tratamiento de aspectos colaterales al problema como son, normas de control a la inmigración, otorgamiento de visas, facilidades para invertir con un mínimo de requisitos.

8. Un instrumento jurídico tan flexible como el fideicomiso pudiera ser de gran utilidad para lograr los fines del desarrollo de una comunidad, si su formulación y aplicación no estuviera tan centralizada. Un mecanismo menos cerrado propiciaría un mayor control y un manejo más cuidadoso y que pudiera irse reajustando de acuerdo con las necesidades que se van detectando.

9. Con todas estas características la concesión de fideicomisos a extranjeros es especialmente peligrosa en el caso de la península y en particular en la parte sur, que es una zona insuficientemente poblada, todavía con una comunicación muy deficiente con el resto del país y en donde siempre ha estado presente la pretensión norteamericana. Por todas estas razones se trata de una región especialmente vulnerable para la conservación de la integridad territorial.

10. En Baja California Sur, al igual que a nivel nacional, no hay un conocimiento integral de cuál es la dimensión del problema, pues el manejo centralizado de todas las instancias que intervienen, no permite que la sociedad local esté al tanto de la situación y mucho menos permite su participación, ni siquiera como opinión pública.

11. En la propia Secretaría de Relaciones Exteriores existe una preocupación por la forma en cómo se ha incrementado el fideicomiso de inmuebles en la parte sur de la península, pero esto no se ha traducido, hasta ahora, en acciones concretas suficientemente claras para modificar la tendencia prevalente. Los últimos hechos apuntan más bien en sentido contrario.

12. En la península, en general, y en Baja California Sur, en particular, se requiere de un tratamiento privilegiado mucho más definido y transparente, que permita sacar el mayor provecho posible de la concesión de fideicomisos a extranjeros ya existentes y que revierta la tendencia actual.

13. Pero sobre todo se requiere que de alguna manera en todo el proceso se permita la participación de la población que se ve directamente afectada por el problema, a través de mecanismos y de instancias organizadas. Esto permitiría retroalimentar el conocimiento del problema e ir buscando y aplicando soluciones a los problemas en la medida en que van surgiendo, en lugar de permitir que el problema se vaya gestando y agravando sin que la propia sociedad lo conozca y sin dar, por supuesto soluciones ya que el manejo centralizado tiene serias limitaciones para mantener la situación bajo control, aun cuando sea bien intencionado.

14. El fideicomiso de inmuebles para extranjeros en zona prohibida ha pasado de ser un instrumento quizá necesario en su momento, (ya que hay algunos indicios de ello, aunque tampoco hay suficiente conocimiento acerca de las razones que le dieron origen), a ser un mecanismo sometido a las presiones de la oferta y la demanda sin mayor control por parte del gobierno. Esto debido justamente a un manejo demasiado centralizado e inadecuado.

15. Como se trata de un asunto muy delicado que para la opinión pública significa pérdida de soberanía, como de hecho lo es, el gobierno ha optado por un manejo muy confidencial del problema, que junto con la forma dispersa en que se llevan a cabo todos los trámites del fideicomiso hace que existan fuertes presiones de los inversionistas extranjeros y que éstas no puedan ser contrarrestadas de manera eficiente por parte del ejecutivo.

16. El permitir que la opinión pública conozca la situación real, lejos de restar control apoyaría a la Secretaría de Relaciones Exteriores para enfrentar a estas presiones y concientizarla, al banquero, al notario público, al vendedor de bienes raíces de la situación prevaleciente y propiciaría una actitud menos negligente en el manejo de los fideicomisos para extranjeros.

17. El problema es que otras instancias dentro del gobierno federal, como la Secretaría de Comercio, prefieren propiciar a toda costa la inversión extranjera.

18. Si el concepto de soberanía que va más acorde con su origen, su evolución y las necesidades de la época actual es el de soberanía del pueblo, y éste está vinculado con el concepto de democracia; y la democracia actualmente sólo puede ser entendida como el gobierno de representantes en una sociedad políticamente organizada, por un lado, y por otro lado, el territorio es uno de los elementos esenciales de la soberanía, todo lo que le atañe de manera esencial debiera ser una de las decisiones fundamentales a tomar por el poder soberano, o sea el pueblo políticamente organizado.