

# IUSTITIA

## Artículos

### **Hermenéutica Analógica, Multiculturalismo y Derechos Humanos**

Licenciado Jacob Buganza

### **El Control de la Constitucionalidad Local y el Ocio Legislativo**

Licenciado Carlos Francisco Cisneros Ramos

### **Las Partes en el Juicio de Amparo**

Licenciado Carlos Francisco Cisneros Ramos

### **Estudio Comparativo de la Limitación Patrimonial del Derecho de Autor en los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América**

Licenciado Noé Gerardo Galván Martínez

### **Emilio Rabasa en la Suprema Corte**

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo

### **El Papel de los Jueces en la Construcción de la Democracia**

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo

### **Reflexiones en Torno a la Propuesta de Reforma Fiscal**

Doctor Alonso Pérez Becerril

### **El Derecho a la Intimidad en lo Relativo a la Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información. Alcances y Perspectivas en el Derecho Comparado**

Licenciada Ximena Puente de la Mora

### **Efectos de las Nuevas Tecnologías en el Derecho de Marcas y su Protección en el Ciberespacio**

Licenciado Oscar Javier Solorio Pérez

### **Fundamentos para Transformar a los Tribunales Administrativos en Órganos Constitucionales Autónomos en México. Propuestas y Justificación para su Consecución**

Licenciado Mauricio Yanome Yesaki

Abril de 2006

Número 14

CAMPUS  
MONTERREY

REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

# IUSTITIA

---

NÚMERO: 14

ABRIL DE 2006

---

## **DIRECTORIO**

Dr. Rafael Rangel Sostmann

*Rector del Sistema ITESM*

Dr. Alberto Bustani Adem

*Rector de la Zona Metropolitana de Monterrey*

Dr. Salvador Treviño Martínez

*Director de la División de Administración y Finanzas*

Lic. Marlon Omar López Zapata

*Director del Departamento de Derecho*

Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala

*Directora de la Carrera de Derecho*

## **CONSEJO EDITORIAL**

Dr. Donato Cárdenas Durán

Dr. Pedro Serna

Dr. Héctor Alejandro González Hernández

Lic. Gabriel Cavazos Villanueva

Lic. Julio César Cruz Chavira

Lic. César De la Garza Gutiérrez

Lic. Rogelio Lozano De León

## **EDITOR DE LA REVISTA**

Dr. Roberto Garza Barbosa

D.R. © 2006 ITESM, Eugenio Garza Sada 2501, Col. Tecnológico, Monterrey, N.L. C.P. 64849. Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio sin el previo y expreso consentimiento por escrito del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey a cualquier persona y actividad que sean ajenas al mismo.

Las opiniones expresadas en esta revista, son responsabilidad de los autores y no necesariamente del ITESM o los editores. El hecho que los artículos aparezcan publicados no significa que el ITESM o sus editores se solidaricen con el contenido de los mismos.

ISSN en trámite.

Correo electrónico del editor: [rgb@itesm.mx](mailto:rgb@itesm.mx)

# IUSTITIA

---

NÚMERO: 14

ABRIL DE 2006

---

<b>Presentación de la Edición</b>	7
Licenciada Aydeé del Carmen García Arzábala	
<b>Artículos</b>	
<b>Hermenéutica Analógica, Multiculturalismo y Derechos Humanos</b>	11
Licenciado Jacob Buganza	
<b>El Control de la Constitucionalidad Local y el Ocio Legislativo</b>	33
Licenciado Carlos Francisco Cisneros Ramos	
<b>Las Partes en el Juicio de Amparo</b>	55
Licenciado Carlos Francisco Cisneros Ramos	
<b>Estudio Comparativo de la Limitación Patrimonial del Derecho de Autor en los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América</b>	67
Licenciado Noé Gerardo Galván Martínez	
<b>Emilio Rabasa en la Suprema Corte</b>	141
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo	

<b>El Papel de los Jueces en la Construcción de la Democracia</b>	147
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo	
<b>Reflexiones en Torno a la Propuesta de Reforma Fiscal</b>	163
Doctor Alonso Pérez Becerril	
<b>El Derecho a la Intimidad en lo Relativo a la Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información. Alcances y Perspectivas en el Derecho Comparado</b>	173
Licenciada Ximena Puentes de la Mora	
<b>Efectos de las Nuevas Tecnologías en el Derecho de Marcas y su Protección en el Ciberespacio</b>	203
Licenciado Oscar Javier Solorio Pérez	
<b>Fundamentos para Transformar a los Tribunales Administrativos en Órganos Constitucionales Autónomos en México. Propuestas y Justificación para su Consecución</b>	229
Licenciado Mauricio Yanome Yesaki	
<b>Normas Editoriales</b>	291
<b>Lineamientos del Consejo Editorial</b>	293

## PRESENTACIÓN

En esta edición correspondiente a abril de 2006, *IUSTITIA*, congruente con su objetivo de generar conocimiento jurídico y difundirlo a nivel nacional e internacional en las facultades de derecho, y demás organismos e instituciones de quehacer jurídico, se engalana al hacer llegar hasta usted un compendio de magistrales exposiciones, que empieza en su orden alfabético, ya que todas son muy trascendentes, con el Profesor Jacob Buganza, Director de Humanidades en el Campus Veracruz del ITESM, quien en su artículo *Hermenéutica Analógica, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, aborda el hecho de que en casi todo el mundo conviven un gran número de culturas, lo que ha planteado numerosos problemas, tanto en los planos teóricos como en los prácticos, para que el Estado pueda tutelar los Derechos Humanos, y lograr el respeto y la tolerancia entre los distintos grupos que conforman la sociedad.

Seguimos así con la experimentada pluma del jurista Carlos Francisco Cisneros Ramos, ilustre Abogado que en su ponencia justifica la necesidad de elevar al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, en un verdadero órgano de control de la constitucionalidad local, o en su defecto propone la creación en éste de una Sala de lo Constitucional, que resuelva las controversias constitucionales y conozca de las acciones de inconstitucionalidad que se promuevan cuando se vulnere o restrinja la esfera personal del gobernado; asimismo el Maestro Cisneros Ramos propone subsanar omisiones de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, entre otras las referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, así como reformar la Ley de Justicia Administrativa, y expedir la Ley en Materia Municipal. En otro tema “Las partes en el Juicio de Amparo” este mismo

jurista, hace una elegía de un nuevo libro de la Colección de Política y Derecho del Fondo de Cultura Económica, en torno de los sujetos: personas físicas y morales, unas de Derecho Privado, otras de Derecho Público, también examina al ente abstracto, órgano del Poder Público de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados, de los Municipios y hasta de los organismos públicos paraestatales.

El egresado de nuestras aulas, Licenciado Noé Gerardo Galván Martínez, presenta a su vez un exhaustivo análisis en su “Estudio comparativo de la limitación patrimonial del Derecho de Autor en los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América”, quien llega a la conclusión de que en cuanto al respeto y aplicación del Derecho de Autor en forma estricta, hay todavía mucho que hacer en ambas naciones; sin embargo, es en nuestro país donde es urgente clarificar la legislación, para conseguir el equilibrio entre los derechos a una retribución por parte de los creadores de las obras y el interés público, representado en la difusión, generación y desarrollo de conocimiento científico, cultural y tecnológico, motor principal de las sociedades en la actualidad.

Es un gran honor para nosotros presentar por segunda ocasión la opinión autorizada de un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En esta ocasión nos honra con su pluma, el ilustre Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, en su tema “El papel de los jueces en la Construcción de la Democracia”, donde señala que la lucha por la democracia no es una lucha de hoy, que tiene casi un siglo de gestarse, y ahora continua su avance con diferentes actores y en distintos escenarios a los de antaño, en el que también han sido determinantes los partidos políticos, los medios de comunicación, los académicos y, por supuesto, la sociedad civil, hasta llegar al IFE, y resalta la decisiva actuación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de sus salas Superior y Regionales, y también de las salas y tribunales electorales de los estados que, han sido una pieza clave, en la construcción del sistema democrático. Asimismo el Ministro Gudiño Pelayo presenta en otro interesante artículo un reconocimiento al Constitucionalista Emilio Rabasa Estebanel, un gran maestro, y el precursor en el análisis de nuestro propio proceso constitucional.

El Doctor Alonso Pérez Becerril, nos presenta un interesante y bien pensado artículo que analiza cómo debe ser una reforma fiscal, nos habla del impacto de los impuestos en la redistribución de la riqueza y nos da su opinión fundamentada acerca de este tema tan actual e importante.

La Licenciada Ximena Puente de la Mora presenta también en estas páginas un análisis de la configuración del derecho a la intimidad en cuanto a la protección de datos personales, y donde llega a la conclusión que en este mundo global sin fronteras cibernéticas, cada uno de los sistemas jurídicos de cada Estado, tiene legislado este derecho de manera diferente y acorde a su propia tradición de cultura jurídica.

Otro tema que *IUSTITIA* presenta es el relativo al desarrollo de las nuevas tecnologías en el Derecho, sobre todo en el Derecho de Marcas, y el Profesor Javier Solorio Pérez, coordinador académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima y director del Programa de Propiedad Intelectual de la misma institución, trata magistralmente el tema y resuelve algunas interrogantes sobre su protección en el ciberespacio, además, analiza la importancia de Internet y las nuevas tecnologías para la estructura jurídica de la Propiedad Intelectual.

*IUSTITIA* tiene también el honor presentar un artículo por la talentosa pluma del Profesor Mauricio Yanome Yesaki con el interesante tema “Fundamentos para Transformar a los Tribunales Administrativos en Órganos Constitucionales Autónomos en México. Propuestas y Justificación para su Consecución”, en el que analiza la ubicación de los tribunales administrativos desde el punto de vista constitucional; es decir, donde se encuentran situados, si dentro del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial, o si deben transformarse en órganos autónomos de dichos poderes, y llega a una interesante conclusión.

Agradecemos profundamente la valiosa colaboración de cada uno de nuestros articulistas y de antemano sabemos que todos los lectores de *IUSTITIA*, se congratulan con nosotros por tan interesantes aportaciones, al campo de la investigación jurídica.

Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala  
Directora de la Carrera de Derecho





# HERMENÉUTICA ANALÓGICA, MULTICULTURALISMO Y DERECHOS HUMANOS

Jacob Buganza\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Prácticamente en casi todo el mundo se vive en estados multiculturales o multinacionales<sup>1</sup>. Esto es, dentro de los estados (como México, Estados Unidos, Alemania, etcétera) conviven un gran número de culturas. Los estados hoy en día tienen la característica del albergar muchas culturas. Sin embargo, el hecho de que los estados sean multiculturales o multinacionales ha planteado muchos problemas, tanto en el plano teórico como en el práctico. En el plano teórico en el planteamiento de modelos (sean filosóficos, jurídicos, sociológicos, etcétera) que expliquen cómo debería ser la convivencia entre las culturas; en el plano práctico en la convivencia e interacción diaria que se da *de facto* entre estas culturas.

En México también se viven los problemas teóricos y prácticos del multiculturalismo. En el plano práctico es claro que hay muchas culturas que

---

\* Director de Humanidades del Tecnológico de Monterrey, Campus Central de Veracruz. Quiero dedicar este artículo al Dr. Kande Mutsaku. Correo electrónico del autor: jbuganza@itesm.mx.

<sup>1</sup> Lo utilizo como equivalencia, tal cual parece sugerirlo Kymlicka en su obra *Ciudadanía multicultural*. Para este autor, hay equivalencia entre los conceptos de “nación” y “cultura”, y en este trabajo se asume esta equivalencia. Luis Villoro, a su vez, trata de definir el concepto de nación con las siguientes condiciones: 1) comunidad de cultura, 2) conciencia de pertenencia, 3) Proyecto común y 4) relación con un territorio, Cf. VILLORO, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, Paidós/UNAM, México, 1998, pp. 13ss.

conviven entre sí, lo cual se problematiza cuando hay choques ideológicos entre éstas. Por ejemplo, en el choque que hay en la interpretación de los derechos humanos entre los usos y costumbres indígenas y la concepción occidental que hay de éstos. En el plano teórico, hay una gran y fructífera discusión en torno al modelo de multiculturalismo que ha de seguirse en la práctica. Muchos pensadores mexicanos reconocidos aquí y en el mundo han discutido y propuesto soluciones teóricas (modelos) a los problemas prácticos que se generan por la convivencia de las diversas culturas que conforman al estado. Entre esos pensadores reconocidos pueden contarse Luis Villoro (*Estado plural, pluralidad de culturas*<sup>2</sup>), León Olivé (*Multiculturalismo y pluralismo*<sup>3</sup>), Fernando Salmerón (*Diversidad cultural y tolerancia*<sup>4</sup>) y Mauricio Beuchot (*Interculturalidad y derechos humanos*<sup>5</sup>), entre otros. Será precisamente a este último a quien se siga muy de cerca en este artículo (aunque hay que aclarar que no totalmente, en especial con respecto a la enseñanza de los derechos humanos en culturas que no los practican).

Pues bien, como se mencionó en el párrafo anterior, hay choques interpretativos entre lo que se entiende por derechos humanos; además hay culturas que parecen no llevarlos a la práctica, y eso genera precisamente conflictos culturales. Y son conflictos que hay que resolver porque es ineludible la convivencia con diversas culturas (incluso con culturas contrarias a la propia). Por ello, este artículo se centra en el conflicto que se da en la interpretación de los derechos humanos y cuál es la propuesta o solución que puede brindar la hermenéutica analógica al problema multicultural. Para ello, será necesario revisar qué es la hermenéutica analógica en sus líneas más generales. Después se verá cuál es la propuesta interpretativa que puede surgir de la hermenéutica analógica en relación al multiculturalismo (pues ahí surge lo que se ha venido

---

<sup>2</sup> Paidós/UNAM, México, 1998.

<sup>3</sup> Paidós/UNAM, México, 1999.

<sup>4</sup> Paidós/UNAM, México, 1997.

<sup>5</sup> Siglo XXI Editores/UNAM, 2005.

a llamar “pluralismo analógico”). Finalmente, se verá cuál es la propuesta de Mauricio Beuchot (matizada con algunas interpretaciones personales) con respecto al conflicto teórico-práctico que surge cuando los derechos humanos no se respetan o no se promueven (y se violan) en ciertas culturas.

## 2. LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA: MOVIMIENTO Y TEORÍA FILOSÓFICA ACTUAL

Este apartado tratará acerca de qué cosa es la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot, que ya es considerada por varios como “movimiento filosófico”<sup>6</sup>. Se revisará por qué es pertinente la atención hacia ella y en qué consiste esta propuesta filosófica, que ha de servir de aplicación para el problema del multiculturalismo y los derechos humanos.

La hermenéutica analógica ha brindado al pensamiento contemporáneo una nueva herramienta interpretativa<sup>7</sup>. Por un lado, se encuentra la hermenéutica, que es una corriente filosófica mundial que, aunque ya se encuentra desde los griegos, ha tenido un importante empuje a partir de la filosofía decimonónica, concretamente en la interpretación bíblica (recuérdese a Schleiermacher), pasando por Dilthey, hasta llegar en el siglo XX a Heidegger, Gadamer, Ricoeur, Vattimo, entre otros.

La hermenéutica es la ciencia y el arte de interpretar un texto con el fin de comprender el sentido de éste. Pero ese concepto de “texto” se ha ensanchado tanto que implica hoy en día hasta la realidad. Y una parte de esa realidad es precisamente el multiculturalismo (como se dijo en la Introducción a este trabajo: los estados actuales son multiculturalistas, y esto es una realidad). Por ello, la hermenéutica del siglo veintiuno interpreta la realidad para comprenderla (y si se ve con un trasfondo utópico, para cambiarla; pero

---

<sup>6</sup> Cf. CONDE GAXIOLA, Napoleón, *El movimiento de la hermenéutica analógica*, Primero Editores, México, 2006.

<sup>7</sup> Para una exposición más amplia que la aquí presentada, puede consultarse mi libro: *Ensayos sobre la hermenéutica analógica*, Ediciones del Ayuntamiento de Orizaba, Orizaba, 2006, pp. 15-51.

para cambiar algo primero hay que entenderlo, pues si no, no se sabe qué hay que cambiar).

Hoy hay muchas teorías hermenéuticas, esto es, hay muchos modelos de interpretación, propuestos por teóricos muy reconocidos. Pero hay uno de reciente acuñación, surgido precisamente en México, y que ha sido objeto de muchas discusiones en su país de origen y en el extranjero (en buena parte de América Latina y Europa se han publicado trabajos sobre este movimiento filosófico). Ese modelo de interpretación es precisamente la hermenéutica analógica, modelo propuesto por el filósofo mexicano Mauricio Beuchot Puente.

Esta propuesta la ha venido desarrollando Beuchot desde hace ya varios años. Y es en 1997 cuando puede decirse que Beuchot presenta su tesis de manera más articulada con la publicación del *Tratado de hermenéutica analógica* (este libro tiene ya su tercera edición publicada en 2005<sup>8</sup>). Posteriormente, este filósofo ha publicado varios libros más sobre el tema, entre los que destacan *Hermenéutica analógica y del umbral*<sup>9</sup> y *En el camino de la hermenéutica analógica*<sup>10</sup>.

Pues bien, la parte más importante de la tesis de Beuchot es la analogía. Es con ella con que la hermenéutica analógica adquiere su mayor originalidad, pues rescata importantes teorías antiguas y medievales para incorporarlas a la discusión académica de hoy en día<sup>11</sup>. Aunque, hay que decirlo, no es así de simple, sino que la novedad radica en que este rescate se logra mediante un

---

<sup>8</sup> Ítaca/UNAM, México.

<sup>9</sup> San Esteban, Salamanca, 2003.

<sup>10</sup> San Esteban, Salamanca, 2005.

<sup>11</sup> Cf. LÓPEZ SOLÍS, Jorge, "La analogía en la actualidad según Mauricio Beuchot", en: SANABRIA, José Rubén (comp.), *Diálogos con Mauricio Beuchot sobre la analogía*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 105-217. Por mi parte, he ensayado la hermenéutica analógica en varias ocasiones, pero para el caso del derecho puede consultarse mi artículo: "Sobre la analogía y la causalidad en el derecho", en: *Iustitia. Revista jurídica del Departamento de Derecho*, No. 11, Tecnológico de Monterrey, (2004).

diálogo con la filosofía actual, que es altamente hermenéutica (equívoca) o pragmática (unívoca).

Para hablar de la analogía parece pertinente dibujar lo que sería el cuadro de la atribución de los términos, pues de esa manera se aclara lo que es la analogía. Pues bien, hay tres modalidades, por hablar de manera general, por las que se puede atribuir o predicar un término. El término unívoco es aquel en el cual éste se usa de la misma manera. El término equívoco es aquel que se usa de manera distinta en todos los casos. Pues bien, por dar una definición, la analogía es un modo de atribución (y de significación, añade Beuchot<sup>12</sup>) que se da entre lo unívoco y lo equívoco, es decir, que la predicación analógica es en parte igual y en parte diversa, aunque se acerca más a lo diverso, a lo equívoco.

La analogía ya está presente en la filosofía desde los pitagóricos. Pero la definición dada en el párrafo anterior tuvo que esperar la reflexión de Aristóteles y santo Tomás de Aquino. Y será hasta este último y su discípulo Cayetano cuando la división general de la analogía tome una forma más consumada, dando como resultado lo siguiente: hay analogía de proporcionalidad (intrínseca y extrínseca), de desigualdad y de atribución. Beuchot sigue a Cayetano en su exposición de la analogía, en especial siguiendo el tratado *De nominum analogia*. En este momento se tratará de sintetizar todavía más la visión de la analogía de Cayetano (más de lo que lo hace el propio Beuchot<sup>13</sup>).

La analogía de desigualdad es aquella en que el nombre es común y la razón significada por ese nombre es la misma, pero es desigual en cuanto a su participación, además de no contar con un antes y un después, como sucede en la analogía de proporcionalidad intrínseca. El ejemplo más común es el de la palabra “cuerpo”, pues ésta se aplica a todo lo corporal, sean estos cuerpos superiores o inferiores, aunque esto implique ya una jerarquización.

La analogía de atribución es un modo de predicación en donde el término pertenece, por antonomasia, a una sola cosa, y a partir de ella, por semejanza,

---

<sup>12</sup> BEUCHOT, Mauricio, *En el camino de la hermenéutica analógica*, *Op. cit.*, p. 19.

<sup>13</sup> Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica, analogía y símbolo*, Herder, México, 2004, pp. 14-20.

se aplica a las demás cosas por un orden. Por ejemplo el término “sano”, que se aplica a muchas realidades, como el clima, la comida, la película, etcétera. Pero este término pertenece o se le atribuye, en primer lugar al viviente, pues propiamente él es sano.

En la analogía de proporcionalidad no hay algo o alguien que tiene la antonomasia, sino que en todos se aplica primaria y principalmente el término, por ejemplo en “la visión”, que se aplica tanto al órgano de la vista (los ojos), como a la inteligencia. Es la analogía más cabal de todas, y está más cerca de lo equívoco, pues el término se aplica a realidades muy diversas, pero que guardan cierta semejanza (analogía) entre sí.

Finalmente está la metáfora o analogía de atribución extrínseca, y por ello la metáfora está mas cerca de la equivocidad, pues muchas veces puede ser interpretada de manera diversa, ya que la semejanza viene de fuera (extrínseca). El ejemplo más común para captar la analogía de atribución extrínseca es “el prado ríe”, pues en verdad ningún prado ríe, sino que se habla de su risa por la semejanza que puede haber entre una cara contenta o sonriente y un prado floreado y con un sol luminoso, pues el prado se ríe *como* si fuera un hombre (algo parecido al *ver-cómo* de Wittgenstein, que es analogía también).

Además de esto, hay algo que es necesario explicitar, pues la analogía de suyo lo exige: los conceptos de límite y de jerarquía. Se puede decir que son dos grandes nociones que pueden ayudar al hermenéuta o interpretante a no caer en un equivocismo (en que todas las interpretaciones y, por ende, todas las prácticas culturales, son verdaderas), que finalmente es insostenible e inútil, porque ello mismo genera conflictos interpretativos (en el ámbito del texto escrito) y culturales (en la interacción diaria entre las culturas). Hay que evitar la interpretación equivocista porque pretende que “su” interpretación es “su” interpretación, y que cada quien se quede con la “suya” (sin dar pie al diálogo y a la convivencia en el caso cultural). “Cada quien tiene su verdad”, ha sido la gran frase de la posmodernidad equívoca. Cada quien puede ver la realidad como quiera, y los demás tienen que tolerarla.

Tampoco es viable quedarse en el univocismo (en que sólo hubiera una interpretación o una cultura verdadera) porque el diálogo no sería realmente un diálogo, a saber, palabra de dos (o más), sino que se transforma en un monólogo totalitarista que impide el avance, que se centra en que lo que el sujeto piensa es la única manera de ver la realidad. Así es que tanto el equivocista como el univocista están encerrados en sí mismos. Como se aprecia, el univocismo y el equivocismo se tocan. Casi puede decirse que se unen y fusionan en que ambos impiden el diálogo, el diálogo razonado. Ambos se vuelven monolíticos y atómicos. Cada quien su interpretación (y su cultura), de un lado; y todos la misma interpretación (y cultura), de otro.

Pues bien, ni lo uno ni lo otro. Lo que se busca con la introducción de manera decisiva de los conceptos de límite y jerarquía es que haya diálogo, un diálogo productivo, enriquecedor, que ayude al progreso cultural.

En primer lugar, el límite se refiere precisamente a proponer que no todas las interpretaciones que se hagan de algo (que puede ser un texto, una situación, una acción, una costumbre o la realidad) son verdaderas. Si todas las interpretaciones fueran verdaderas, entonces tampoco habría diálogo, porque no habría para qué discutir, o incluso hablar. Si no hay un límite para decir si algo es verdad o no, o bueno o malo, entonces todo se vale y se termina el diálogo, porque ¿para qué discutir si todo es verdad? El límite lo que hace es llegar a tener un “equilibrio” en el pensamiento y en la interpretación.

La jerarquía, en el caso cultural, la ha expresado Beuchot en un diálogo (precisamente) con el filósofo italiano Gianni Vattimo. Beuchot relata, en su libro *Interculturalidad y derechos humanos*, la conversación que tuvo con Vattimo en el “*First International Congress on Hermeneutics*” en mayo de 2002, en la Universidad Saint Bonaventure. Vattimo preguntaba, en el contexto del problema multicultural, y atendiendo a la analogía de atribución, si había una cultura que fuera la predominante o la que fuera la cultura por antonomasia. Beuchot relata que él contestó que, si fuera el caso, la cultura por antonomasia sería un modelo de cultura, en la que habría mayor acercamiento o alejamiento (esto es, mayor o menor jerarquía, pues la jerarquía tiene de suyo el más y el menos) de parte de las culturas hacia este modelo. Sería un modelo que



salvaguardara y representara “aquello que, de alguna manera, constituye eso que llamamos la naturaleza humana”<sup>14</sup>. Esto es, según una interpretación personal, una cultura estará situada en un mejor lugar jerárquico mientras más promueva la dignidad humana. Mientras mayor promoción y respeto haya hacia ella, mejor situada puede estar una cultura.

Este modelo, que ayuda a la jerarquización, es un modelo aposteriorístico (no apriorístico). Lo dice Beuchot de la siguiente manera:

Ese modelo se confeccionará aposteriorísticamente, no apriorísticamente, es decir, partiendo del aprendizaje que podemos obtener de todas las culturas que conocemos; de la historia del hombre, que nos enseña lo que viene bien al hombre y lo que le es adverso o le disgusta. Podrá haber deficiencias en ese conocimiento, pero allí podemos obtener el conocimiento de algo universal, conocimiento que siempre seguirá en proceso<sup>15</sup>.

Pues bien, toda esta gama que abarca la analogía se incorpora a la hermenéutica, tesis que sostiene el filósofo mexicano Mauricio Beuchot. Parece que su propuesta ha dado muy buenos resultados, puesto que se puede entrar en diálogo prácticamente con todas las teorías filosóficas que no nieguen algo de conocimiento y comprensión de lo real, del texto.

Como se aprecia, la hermenéutica analógica cuenta con un andamiaje y un engranaje muy importante. Esta articulación teórica y conceptual pueden ayudar a echar luz sobre el problema del multiculturalismo y los derechos humanos; puede ayudar a ver qué camino (o caminos) es el correcto para tratar de aplicarlo al hecho del multiculturalismo. Sin embargo, antes de entrar al problema central de este artículo, será necesario revisar brevemente qué es el multiculturalismo, observando las importantes distinciones que los autores citados echan sobre este concepto y sobre los problemas que éste genera.

---

<sup>14</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, *Op. cit.*, pp. 36-40.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 39.

### 3. EL MULTICULTURALISMO

Después de ver qué es la hermenéutica analógica y ver que es una propuesta sólida que se está desarrollando y aplicando en varias partes del mundo, la pregunta que ha de tratar de responderse es qué es el multiculturalismo (para empatarla después con la hermenéutica analógica). Esta última es una de las cuestiones que más se están formulando en el contexto de la filosofía política y moral de nuestro tiempo. Las maneras de entender el concepto “multiculturalismo” son muy diversas, aunque todas parecen converger en un mismo punto. En este sentido, parece que una definición muy acertada es la que muestra Corina de Yturbe. Esta investigadora dice que

El reconocimiento del pluralismo cultural como rasgo definitorio de las sociedades modernas, de los problemas planteados por esa diversidad cultural y de los reclamos de las culturas minoritarias es lo que constituye en teoría política lo que recientemente se ha llamado “multiculturalismo” y “política del reconocimiento”<sup>16</sup>.

En la definición de De Yturbe se muestra que el rasgo distintivo del multiculturalismo es el *reconocimiento* (tan trabajado por Charles Taylor<sup>17</sup>); el reconocimiento de las culturas minoritarias que son parte de los estados modernos, aunque no siempre participando activamente en ella (políticamente hablando), como es el caso de algunos indígenas en México. Sin embargo, y en definitiva, el multiculturalismo exige que se reconozcan las culturas. En ese sentido, Xabier Etxeberria ha dicho que hay grupos culturales en contacto con otros “que tienen o al menos reclaman visibilidad social como tales y una determinada presencia pública”<sup>18</sup>. El multiculturalismo, como hecho y como

---

<sup>16</sup> YTURBE, Corina de, *Multiculturalismo y derechos*, Instituto Federal Electoral, México, 1998, p. 39-40.

<sup>17</sup> Una refutación muy sugerente e interesante al multiculturalismo como el de Taylor puede consultarse en: FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *El despertar de la sociedad civil*, Océano, México, 2003, pp. 279 ss.

<sup>18</sup> ETXEBERRÍA, Xabier, *Sociedades multiculturales*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 2004, p. 49.

teoría, busca reconocer la existencia y el valor de tales culturas. Sin embargo, y es aquí donde este trabajo ha tratado de apuntar: hay que ver qué tanto puede aceptarse una cultura y qué habría que reformular y, dados ciertos casos extremos, eliminar de ciertas culturas. Pues, compartiendo la opinión de José Alejandro Salcedo Aquino, no todas las culturas son iguales, ni todos sus aspectos igualmente valiosos, pues “las hay oscurantistas, represivas y otras que garantizan en mayor grado el perfeccionamiento del hombre y su poder de emancipación para dominar y transformar el entorno”<sup>19</sup>.

El problema del reconocimiento trae aparejado otro más: si es lo mismo reconocer una cultura que *aceptarla*. Porque pareciera que una cosa es decir que una cultura realmente existe (concretizada en ciertos individuos) y otra aceptarla; la primera es cuestión de hecho, la segunda es una cuestión valorativa o axiológica (ética, en última instancia). El problema del reconocimiento parece ser un falso problema, pues *ipso facto* se reconoce la existencia de otras culturas. Lo que no ha habido, en todos los casos, o en la mayoría de ellos, es aceptación de otras culturas.

Por ello, habría que delimitar si esa aceptación es extensiva a todas las culturas o sólo a algunas de ellas. Esta problemática trae otra todavía más compleja, pues si se aceptan sólo algunas, entonces es necesario contar con un criterio que permita separar las culturas que se aceptan de las que no. Sin embargo, esta afirmación puede tener retoques, en el sentido de que, en lugar de hablar de culturas en cuanto tales, habría que hablar de aspectos de las culturas. Esto es, la afirmación podría delimitarse diciendo qué aspectos pueden aceptarse de una cultura y cuáles no, cuáles habría que reformularlos o eliminarlos.

El problema de la aceptación o no de una cultura tiene que ver más con aspectos referidos a creencias, a morales y a sentidos (pues una cultura, en cuanto su aspecto intangible, brinda sentido a los que pertenecen a ella) que con aspectos externos. Por ejemplo, para un occidental la aceptación de una

---

<sup>19</sup> SALCEDO AQUINO, José Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalidad*, Editorial Torres y Asociados, México, 2005, p. 59.

cultura se complica si ésta acepta la mutilación femenina; el atuendo o la comida, que son externalidades de la cultura, no parecen ser un verdadero problema. Por ello, el problema tiene que ver con ciertas creencias y costumbres que chocan o son incompatibles entre las culturas mismas. Estas creencias y costumbres pueden ser englobadas mediante el término *moral*, pues ésta puede ser utilizada para “referirse a un conjunto de principios, preceptos, mandatos, prohibiciones, permisos, patrones de conducta, valores e ideales de vida buena que en su conjunto conforman un sistema más o menos coherente, propio de un colectivo humano concreto en una determinada época histórica”<sup>20</sup>. En otras palabras, puede decirse que una cultura tiene en su interior una moral, un conjunto de creencias, normas, valores, etcétera, que configuran el actuar de los individuos que la componen.

Ahora bien, puede introducirse que la aceptación de una cultura puede ser o total o parcial. Esta es una clasificación primigenia o primitiva, puesto que pudiera haber una gradación mucho mayor (aceptación casi-total, poco-parcial, etcétera). La aceptación total de una cultura consistiría en considerar como digna a una cultura con todas sus manifestaciones y aspectos, con sus manifestaciones externas y con su moral. Una aceptación parcial sería considerar como valiosa sólo unos aspectos de una cultura; pueden aceptarse los aspectos externos o internos de una cultura, o ambos a la vez.

Lo que se intenta resaltar en este momento es la aceptación de la moral de otra cultura en su totalidad o en su parcialidad, pues un relativismo cultural en cuanto a sus aspectos externos como la vestimenta o la comida parecen no ser problemáticos en la convivencia entre culturas. El problema es precisamente la pluralidad de moralidades que se da en esa convivencia, pues algunas prácticas culturales chocan con otras sin oportunidad de diálogo: en especial aquellas prácticas (ritos, creencias, normas sociales, etcétera) que desconocen o violan los derechos humanos. Esto recuerda a la pregunta que plantea Martín

---

<sup>20</sup> CORTINA, Adela – MARTÍNEZ, Emilio, *Ética*, Akal, Madrid, 2001, p. 14.

Farrell cuando dice “cuánta diversidad es admisible en el aspecto cultural”<sup>21</sup>. A esto se volverá más adelante.

#### 4. MULTICULTURALISMO, PLURALISMO CULTURAL Y PLURALISMO ANALÓGICO

Antes de seguir, es necesario retomar una distinción que hace Beuchot entre multiculturalismo y el modelo con el que se trata de explicar o manejar ese multiculturalismo. El multiculturalismo tal cual, llano, es un hecho (e incluso su reconocimiento; el problema es, como se ha dicho en el apartado anterior, su aceptación total o parcial); el modelo para explicar ese multiculturalismo es una teoría, a la que comúnmente se le da el nombre de pluralismo cultural. Y es aquí donde Beuchot ha buscado aportar su respuesta a este problema: su teoría que trata de explicar y manejar ese multiculturalismo puede llamarse *pluralismo analógico*. Este término, además de que lo ha utilizado Mauricio Beuchot, también lo ha cultivado José Alejandro Salcedo Aquino, especialmente en sus libros *Hermenéutica analógica, pluralismo cultural y subjetividad*<sup>22</sup> y *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalidad* (aunque Salcedo Aquino también le ha llamado *multiculturalismo analógico*, siguiendo a Samuel Arriarán).

La distinción entre el multiculturalismo como hecho y el multiculturalismo como modelo, también la hace León Olivé. En su libro *Multiculturalismo y pluralismo*, Olivé dice que hay multiculturalismo factual y normativo. El primero consiste precisamente en el hecho de que el multiculturalismo existe (en especial en el entorno latinoamericano y mexicano, en donde la pluralidad es un hecho); el segundo (el polémico, claro está) “Se trata de un concepto que se refiere a modelos de sociedad que sirven como guías para las decisiones y acciones de los representantes de los Estados, de los miembros de las

---

<sup>21</sup> FARRELL, Martín, “El alcance (limitado) del multiculturalismo”, en: BERTOMEU, María Julia – GAETA, Rodolfo – VIDIELLA (eds.), *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 211.

<sup>22</sup> Editorial Torres Asociados, México, 2000.

diversas culturas, de los partidos políticos, de los ciudadanos en general, de organizaciones no gubernamentales y de organismos internacionales en materia de políticas culturales”<sup>23</sup>.

En el campo de la diversidad de culturas, muchas respuestas con referencia al multiculturalismo normativo o pluralismo cultural se han agrupado en dos vertientes principales. La primera sostiene que sólo existe un tipo de hombre, es decir, una sola cultura, que sería una imperante y que progresivamente fuera dominando a las demás. En ese sentido, lo universal o unívoco estaría violentando lo particular<sup>24</sup>. La segunda sostiene que toda cultura, y todos los aspectos de ésta, son válidas y deben ser aceptadas. Pero en ello sólo pueden encontrarse posturas insuficientes que no logran dar un modelo de convivencia entre las culturas (un modelo satisfactorio, claro está). Por ello, Salcedo Aquino ha escrito lo siguiente:

El unitarismo (se refiere a la primera vertiente) se topa con el problema de cómo, a partir de un individuo, de una cultura, se universaliza y se decide cuál es el tipo de hombre o de cultura que queda como único. Con eso, una sola cultura podría destruir a las demás. En cambio, el relativismo (la segunda vertiente) encierra el peligro de que si cada cultura es válida, no se podrá detener a las culturas que tienen como propio destruir a las otras. Entonces volvemos a encontrar el caso de una cultura que podría destruir válidamente a las demás. Los extremos se tocan. Por lo tanto, ambas posturas llevan a consecuencias indeseables<sup>25</sup>.

El pluralismo analógico que sostienen Beuchot y otros parte del *factum* de que hay muchas culturas que conviven entre sí en un estado (en el planeta, a fin de cuentas), al que ya se ha llamado en este trabajo estado multicultural o multinacional. Y el hecho de que sea analógico le añade la problemática y la respuesta de la proporción “en la que una cultura debe aceptársele sus valores y en la que deben criticársele”. Y más adelante añade Beuchot: “Esto es, la

---

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 59.

<sup>24</sup> Cf. SALCEDO AQUINO, José Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalidad*, *Op. cit.*, p. 62.

<sup>25</sup> *Ibidem*. (las notas son más).

proporción en la que debe respetarse la diferencia y procurarse la semejanza entre las culturas (y en el caso que busca tratar este artículo) cómo y en qué medida se pueden compaginar y equilibrar los derechos grupales (de las etnias) y los derechos humanos”<sup>26</sup>. Este pluralismo analógico promueve la diferencia, puesto que la analogía tiende más al equivocismo que al univocismo, pero también busca los puntos de confluencia o de identificación.

Para ello, las culturas pueden intercambiar aspectos entre sí, amestizándose. En ambas hay ganancia, y en ambas hay pérdida, pero es una pérdida enriquecedora, pues lo que se asume ha de ser mejor o más benéfico que lo que se deja. Por ello dice Salcedo Aquino que “El mestizaje es una forma privilegiada de universalización que no debería consistir en la destrucción de una cultura por otra, sino en un mutuo enriquecimiento respetando diferencias e idiosincrasias; no aniquilación de una de las partes, ni siquiera sólo enriquecimiento de una a expensas de la otra, o el empobrecimiento de ella, sino conservación parcial y enriquecimiento de la misma”<sup>27</sup>. Este pluralismo es sano y promueve la convivencia entre las culturas y, en última instancia, entre los individuos. No busca la imposición y la homogeneización intolerante de una cultura sobre otras, ni promueve un relativismo cultural que llevaría a que las culturas se encerraran en sí mismas sin compartir sus riquezas con las demás, ni les ayudaría a superar aquellos aspectos que no satisfacen de manera plena a los individuos. Por ello, el pluralismo analógico ayuda a comprender y ofrece un modelo adecuado en la convivencia de las culturas entre sí.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando una cultura no respeta los derechos humanos de las personas? ¿Habría que aceptar y dejar que las culturas sigan sus caminos sin atender a los individuos que las componen? ¿Qué hacer, pues, con los derechos humanos en culturas que, de manera ancestral, los violan de manera costumbrista y sistemática?

---

<sup>26</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 14 (la nota es mía).

<sup>27</sup> SALCEDO AQUINO, José Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalidad*, *Op. cit.*, p. 65.

## 5. PLURALISMO CULTURAL ANALÓGICO Y DERECHOS HUMANOS

La tesis es la siguiente: los derechos humanos deben defenderse en todas las culturas. Si una cultura viola los derechos fundamentales, se ha de buscar persuadirla, con argumentos y mediante la persuasión, para que se erradiquen tales costumbres, muchas veces basadas en una ideología contraria a la dignidad de toda persona humana. Hay que buscar que las costumbres sigan cultivándose, con sus intercambios y sus procesos individuales; sin embargo, hay que evitar lo nocivo y lo que lastime a la persona humana. Esto es, el límite de la cultura y de las prácticas que en ella se realizan debe ser algo universal: y lo universal es que todos somos personas, somos seres humanos. Por ello la hermenéutica analógica y el pluralismo analógico que emana de esta teoría interpretativa marca un límite: la persona humana.

Y es que la persona humana tiene derechos propios, derechos naturales, como los llamaban muchos medievales, a los que hoy se les llama derechos humanos. Esto es, son derechos naturales en cuanto emanan de la naturaleza misma de la persona; valen positivados o no (ya están positivados gracias a la declaración de 1948 de la ONU), pues son derechos que enraizan directamente con la persona humana. Son, por ello, derechos humanos. Estos protegen de manera directa a los individuos, a las personas, ante cualquier agresión, incluyendo las agresiones culturales. De hecho, Beuchot menciona estas ideas de la siguiente manera:

Hay que propiciar, de las culturas, lo constructivo, y rechazar lo destructivo. Y un límite que se impone son los derechos humanos, tal vez el límite frente a los derechos comunitarios o étnicos o culturales, los cuales tienen que encontrar convergencia para no lesionar ni a los individuos ni a los grupos. En todo caso –me parece–, hay que tratar de privilegiar a la persona frente a la sociedad<sup>28</sup>.

Los derechos culturales, entendidos como prácticas culturales, deben tener como límite a la persona humana. Todo lo que no lesione a la persona puede

---

<sup>28</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 41.



seguir cultivándose y practicándose; ha de eliminarse y erradicarse lo que destruya a la persona humana y haga caso omiso de su dignidad constitutiva. Por ello es ésta una propuesta pluralista analógica. Es pluralista en cuanto permite e incluso promueve la diversidad de culturas; es analógica en cuanto que las prácticas culturales (que después pueden convertirse en derechos culturales o étnicos o comunitarios) son estimuladas y permitidas; pero, como se vio anteriormente en la descripción general de la hermenéutica analógica, hay límites. Y los límites se dan en las prácticas culturales. No toda práctica cultural ha de ser permitida (se caería en un pluralismo equívoco o relativista<sup>29</sup>), pues si alguna de ellas viola y lesiona a la persona, entonces ha de promoverse la eliminación de tal práctica. Ejemplos de esto los da el propio Beuchot:

Pero el problema surge cuando esos usos y costumbres (o como los he llamado, prácticas culturales) se oponen a lo que consideramos como derechos humanos. Por ejemplo, cuando determinada religión arremete, desde el fundamentalismo, a otra; o bien, religiones que entablan cruzadas o cometen atrocidades afectando la convivencia, en el pluralismo. Otras culturas tienen prácticas ancestrales que van en contra de la dignidad de la mujer. Hay casos muy extremos de conflicto, por ejemplo frente a una cultura que hace sacrificios humanos o practica la antropofagia. Allí se les debe persuadir de no hacerlo y, si no es factible, obligarlos a no hacerlo<sup>30</sup>.

Hay prácticas culturales que deben modificarse o erradicarse. Pero, ¿cómo lograr esto dentro de las culturas? ¿cómo han de modificarse las prácticas culturales que van en contra de los derechos humanos? Hay que afirmar que los derechos grupales han de estar sometidos o han de estar debajo de los derechos individuales. Claro, esto puede generar otro tipo de discusiones, como la búsqueda del bien común (tan necesaria como siempre en la política) o el insumo al egoísmo y al individualismo que ello puede traer (propio de la posmodernidad, pues dice Lipovetsky que el hombre actual se encuentra en

---

<sup>29</sup> Que refuta Olivé en: *Multiculturalismo y pluralismo*, *Op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>30</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 43 (el comentario entre paréntesis es mío).

la última fase del *homo aequalis*, en donde lo único que importa es el yo: el símbolo de la época sería Narciso<sup>31</sup>).

Con respecto al problema de la búsqueda del bien común, los derechos humanos no cancelan o suprimen el bien común. Es más, los derechos humanos se buscan con el fin de que todas las personas gocen de garantías, de lo que en México se llaman garantías individuales, que permitan a los individuos buscar ese bien para todos.

Con respecto al problema del egoísmo que puede generarse al darle mayor importancia a los derechos humanos por encima de los colectivos, ha de decirse que no se eliminan ninguno de los dos derechos antes mencionados, sino que hay que entenderlos analógicamente. Esto es, se ha visto que la analogía tiene más de diferencia que de semejanza, o que por lo menos tiende más hacia la diferencia. Con esa clasificación, la semejanza estaría en los grupos, o en los derechos colectivos, y la diferencia en los individuos. Siendo así, ha de concluirse que hacia donde tiende más la analogía es hacia los individuos y, por lo tanto, hacia los derechos humanos (individuales, o garantías individuales, como se ha mencionado).

Por ello, los derechos humanos de las personas han de ser defendidos ante las prácticas culturales que los violentan y lastiman. Esto es, cuando una cultura practica actos en los que se violan los derechos humanos de las personas, estas prácticas han de ser eliminadas. No pueden aceptarse, aunque sean culturales. Pues seguramente están basadas en ideologías caducas que deben evolucionar. ¿Evolucionar hacia dónde? Hacia ese modelo de cultura, en el que se acomodan de manera jerárquica las culturas que promueven positivamente, o de manera provechosa, la dignidad de la persona humana. Una cultura que en uno de sus aspectos viole los derechos humanos, que están inscritos en la naturaleza, ha de ser removido. No es que haya culturas superiores o inferiores. Lo son pero en aspectos. Es decir, hay culturas que

---

<sup>31</sup> Cf. LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo* (traducción Juan Vingoly/Michele Pendanx), Anagrama, Barcelona, 2000 (12ª ed.), p. 50.

en ciertos aspectos son superiores a otras, y es de las primeras de quienes debe aprenderse. ¿En qué sentido serían superiores? En cuanto que promueven la dignidad de la persona humana. Serían inferiores los aspectos culturales que violentan y lastiman a esa dignidad, a esa persona. Por ello es que Etxeberría ha apuntado que la relación entre derechos humanos y multiculturalismo es compleja: pues puede darse el caso (como *de facto* se da) en que las culturas relativizan el universalismo de los derechos humanos. Lo que ha de hacerse es potencializarlos, no relativizarlos<sup>32</sup>. De hecho, el hecho de relativizar el pluralismo cultural puede llevar a la fragmentación, en la que cada cultura se encerraría en sí misma para mantenerse siempre igual. Una postura así olvidaría gravemente que las culturas no son estáticas, sino dinámicas, es decir, están en constante movimiento, y este movimiento ha de ser progresivo o progresista, pues ha de tender a ser una cultura cada vez más enfocada a promover los derechos humanos. Sería un avance hacia ese modelo al que se ha hecho referencia. Modelo que sin duda hace falta explicitar (esperamos que en un momento posterior pueda ser tematizado).<sup>33</sup>

Regresando a la pregunta planteada unos párrafos atrás, de cómo modificar las prácticas culturales que actúan sistemáticamente (y casi irreflexivamente) contra los derechos humanos, puede decirse que ha de ser mediante la persuasión, en un primer momento, y por la fuerza, si es que la persuasión no ha servido para cambiarlas. En buena medida la persuasión, que también retoma Beuchot<sup>34</sup>, ha sido muy bien enseñada por Bartolomé de las Casas en tiempos de la Conquista de América. Las Casas proponía la conversión de los indios a la religión mediante la persuasión, que mueve al entendimiento y la voluntad hacia lo más deseable, hacia lo más conveniente y, en última

---

<sup>32</sup> Cf. ETXEBERRÍA, Xabier, *Sociedades multiculturales*, *Op. cit.*, p. 82 ss.

<sup>33</sup> Cf. BEUCHOT, Mauricio, “Hacia un pluralismo cultural analógico que permita la democracia”, en: ARRIARÁN, Samuel – BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía, neobarroco y multiculturalismo*, Ítaca, México, 1999, p. 195.

<sup>34</sup> Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, *Op. cit.*, pp. 46-47.

instancia, hacia lo más bueno<sup>35</sup>. Esto ayuda a evitar el conflicto multicultural. La persuasión debe lograr que el entendimiento capte la importancia de introducir en las prácticas culturales el respeto por los derechos humanos; y, además, mueve a la voluntad hacia aquello que le aparece como bueno, como deseable, y es todos sean respetados por ser personas<sup>36</sup>. Así, puede concluirse junto a Beuchot diciendo que “La parte de la persuasión es el poder de motivar el respeto tales derechos por ser éstos un valor indispensable para el hombre y para el adecuado desarrollo de la sociedad, porque son algo que surge de la misma dignidad inherente a la persona”<sup>37</sup>.

Ahora bien, cuando no puede lograrse la persuasión de tales derechos ante miembros de culturas que los violan tradicionalmente, entonces debe actuarse por la fuerza. Pero esto no quiere decir que usar la fuerza sea hacer la guerra. Sino más bien por medios diplomáticos o legislativos superiores. Es decir, si dentro de un estado una cultura hace caso omiso de los derechos humanos, entonces, la legislación y la fuerza pública han de intervenir para modificar tales prácticas. Es preferible violentar una cultura a que esta última violente la dignidad de las personas. Sin embargo, esto hace surgir una pregunta más: ¿qué sucede cuando el estado, entendido como un país, tiene prácticas culturales contra los derechos humanos? La respuesta puede ir en la intervención de organismos internacionales en el convencimiento de los beneficios que puede aportar el respeto por tales derechos para tal país. Esta labor es propia de organismos como la Organización de las Naciones Unidas.

Para ir concluyendo, puede compartirse la siguiente idea de Mauricio Beuchot:

---

<sup>35</sup> Cf. TORRES, José Alfredo, *Bartolomé de las Casas, utopía vigente*, Editorial Torres y Asociados, México, 2003; y mi libro, *En torno a Bartolomé de las Casas*, Editorial Torres y Asociados, México, 2006.

<sup>36</sup> Esta argumentación implica la tesis de que la voluntad sigue al entendimiento, en cuanto que la primera no puede querer si antes no conoce. Sería imposible querer algo sin antes conocer qué es eso que se quiere.

<sup>37</sup> BEUCHOT, *Interculturalidad y derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 52.

La analogía o proporcionalidad intenta respetar lo particular dentro de los límites que imponen los derechos humanos; un límite analógico, un punto de oscilación y de equilibrio dinámico, donde los derechos étnicos son cribados y examinados con el criterio y pauta de los derechos humanos. Lo que no se ajuste a ellos deberá ser modificado o incluso erradicado<sup>38</sup>.

No importa frente a los derechos humanos que una práctica cultural sea milenaria. Es primordial defender los derechos individuales de la persona. Cualquier aspecto de una cultura que promueva algo contra la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, ha de ser rechazada.

En el problema del multiculturalismo y los derechos humanos, la hermenéutica analógica, que es una herramienta interpretativa, echa mucha luz. Muestra que muchos aspectos y prácticas culturales han de ser respetadas y hasta estimuladas. Pero hay otras, en todas las culturas, en donde pueden darse avances eliminando o modificando aspectos que violen los derechos fundamentales o derechos humanos, que son los derechos naturales que, por el hecho de ser personas, todos tenemos.

## 6. CONCLUSIÓN

Parece que el objetivo de este artículo se ha logrado. Siempre con límites, pues todo lo textual es limitado. Sin embargo, parece que se ha echado un poco de luz, de una luz que permanece un tanto en el umbral, al problema del multiculturalismo y los derechos humanos, asumiendo, en primer lugar, una hermenéutica analógica, y en segundo lugar, un pluralismo cultural analógico, que respeta y promueve las prácticas culturales de las diversas culturas, pero viendo la urgencia de que estas culturas evolucionen en el campo de los derechos humanos. Ellos han aparecido como límite, un límite analógico, que permite discernir si una práctica cultural ha de modificarse, rechazarse o promoverse.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 59.

Alguien podría objetar que en este trabajo no se ha demostrado la universalidad de los derechos humanos. Y es cierto. Pero no ha sido el objeto de este artículo. De hecho, se ha partido del supuesto de que los derechos humanos valen para todos los hombres. Incluso, practicarlos y vivirlos en nuestras sociedades multiculturales es lo más provechoso, lo más indicado. Porque si no cualquiera podría violentar de manera sistemática y continua a otros individuos, argumentando que su cultura así lo establece. Es cierto que son casos extremos, pero han de ser tomados en cuenta al momento de conceptualizar un modelo cultural, un pluralismo cultural (analógico, que es el que se ha sugerido en este trabajo, con mis propias matizaciones), en donde todos y cada uno de los individuos quepan, en donde todos sean respetados por el hecho de ser personas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BEUCHOT, M., *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, UNAM/Itaca, México, 2005 (3a ed.).
- BEUCHOT, M., *Hermenéutica, analogía y símbolo*, Herder, México, 2004.
- BEUCHOT, M., *Hermenéutica analógica y del umbral*, San Esteban, Salamanca, 2003.
- BEUCHOT, M., *En el camino de la hermenéutica analógica*, San Esteban, Salamanca, 2005.
- BEUCHOT, M., *Interculturalidad y derechos humanos, Siglo XXI/UNAM*, México, 2005.
- BEUCHOT, M., "Hacia un pluralismo cultural analógico que permita la democracia", en: ARRIARÁN, Samuel – BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía, neobarroco y multiculturalismo*, Itaca, México, 1999.
- BUGANZA, J., *Ensayos sobre la hermenéutica analógica*, Ediciones del Ayuntamiento de Orizaba, Orizaba, 2006.
- BUGANZA, J., *En torno a Bartolomé de las Casas*, Editorial Torres y Asociados, México, 2006.
- BUGANZA, J., "Sobre la analogía y la causalidad en el derecho", en: *Iustitia. Revista jurídica del Departamento de Derecho*, No. 11, Tecnológico de Monterrey, (2004).
- CONDE GAXIOLA, N., *El movimiento de la hermenéutica analógica*, Primero Editores, México, 2006.
- CORTINA, A. – MARTÍNEZ, E., *Ética*, Akal, Madrid, 2001.
- FARRELL, M., "El alcance (limitado) del multiculturalismo", en: BERTOMEU, María Julia –GAETA, Rodolfo– VIDIELLA (eds.), *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J., *El despertar de la sociedad civil*, Océano, México, 2003.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- LIPOVETSKY, G., *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo* (traducción Juan Vingoly/Michele Pendanx), Anagrama, Barcelona, 2000 (12ª ed.).
- LÓPEZ SOLÍS, J., “La analogía en la actualidad según Mauricio Beuchot”, en: SANABRIA, José Rubén (comp.), *Diálogos con Mauricio Beuchot sobre la analogía*, Universidad Iberoamericana, México, 1998.
- OLIVÉ, L., *Multiculturalismo y pluralismo*, UNAM/Paidós, México, 1999.
- SALCEDO AQUINO, J. A., *Hermenéutica analógica, pluralismo cultural y subjetividad*, Editorial Torres y Asociados, México, 2000.
- SALCEDO AQUINO, J. A., *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalidad*, Editorial Torres y Asociados, México, 2005.
- TORRES, J. A., *Bartolomé de las Casas, utopía vigente*, Editorial Torres y Asociados, México, 2003.
- VILLORO, L., *Estado plural, pluralidad de culturas*, Paidós/UNAM, México, 1998.
- YTURBE, C. de, *Multiculturalismo y derechos*, Instituto Federal Electoral, México, 1998.

# EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD LOCAL Y EL OCIO LEGISLATIVO

Carlos Francisco Cisneros Ramos\*

“Un sistema de control de la constitucionalidad debe estar encaminado a anular, neutralizar o dejar sin efectos actos de autoridad que sean contrarios a la carta magna local”

Dr. Elisur Arteaga Nava

“La omisión legislativa inconstitucional es el incumplimiento de mandatos constitucionales concretos”.

Francisco Fernández Segado

## I. INTRODUCCIÓN

En las entidades federativas viene cobrando importancia lo concerniente a elevar al Pleno del Tribunal Superior de Justicia en un verdadero órgano de control de la constitucionalidad local; o la creación en éste, de una Sala de lo Constitucional, con facultades para conocer y resolver las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad que se promuevan en contra de normas generales o actos de autoridad que invadan las esferas

---

\* Generación 1951-1956 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UANL. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Público por la misma Universidad. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo así como de las materias de Derecho Constitucional y Derecho Fiscal en la UANL. Profesor de los cursos de Amparo I y II y Seminario de Amparo en la Carrera de Derecho del ITESM, Campus Monterrey. Actualmente es Consejero, por el Congreso del Estado, del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.



de competencia, los primeros o contra normas generales expedidas por el Congreso local o por uno u otro de los ayuntamientos de los municipios del propio Estado que, en abstracto, violen los derechos de las personas o transgredan la distribución de competencias establecidas, también, en la propia Constitución.

Por Decreto Número 100, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, una vez cumplidas las formalidades esenciales de reforma constitucional aparecen las enmiendas a diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, entre ellas las contenidas en los artículos 95 y 96 fracción I, las cuales son a la letra:

Artículo 95. El Tribunal Superior de Justicia tendrá jurisdicción plena para conocer y resolver, en los términos que señale la Ley reglamentaria, de los siguientes medios de control de la constitucionalidad local:

I. De la controversia de inconstitucionalidad local, que podrá promover el Estado y municipios, así como los poderes u órganos públicos estatales o municipales, para impugnar actos de autoridad o normas generales que invadan su competencia garantizada por esta Constitución, y que provengan de otro diverso poder u órgano estatal o municipal. El Poder Judicial del Estado no podrá ser parte actora ni demandada en estas controversias.

II. De la acción de inconstitucionalidad local para impugnar normas generales expedidas por el Congreso o por cualquier Ayuntamiento, que en abstracto violen los derechos fundamentales de las personas emanados de esta Constitución, o violen la distribución de competencias que en esta Constitución se establecen para el Estado y los municipios, o para cualquiera de los poderes u órganos públicos estatales o municipales. Esta acción de inconstitucionalidad podrá ser promovida por los Diputados, tratándose de normas generales expedidas por el Congreso del Estado, y por los Regidores tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento, en los términos que determine la Ley reglamentaria. Esta acción también podrá promoverla el Procurador General de Justicia del Estado.

Las sentencias dictadas para resolver una controversia de inconstitucionalidad local o una acción de inconstitucionalidad local, que declaren inconstitucional una norma general, tendrán efectos generales en todo el Estado cuando sean votadas por la mayoría calificada que determine la ley reglamentaria, a partir de la fecha en que sean publicadas en el Periódico Oficial del Estado o de la fecha posterior a la publicación que la propia sentencia ordene.

Artículo 96. Corresponde al Tribunal Superior de Justicia:

I. Resolver en Pleno las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad...

En el artículo Segundo Transitorio del referido Decreto No. 100, se dispuso:

Las disposiciones referentes a los medios de control constitucional entrarán en vigor una vez que inicie la vigencia de la Ley que reglamente esa materia.

También por Decreto No. 103 publicado en el Periódico Oficial del día 21 de Junio del 2004, se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual, en la entidad, tiene el carácter de ley constitucional y por ende deben cumplirse con las mismas formalidades exigidas para la enmienda de la Constitución Política de Nuevo León. Entre las disposiciones, objeto de las modificaciones, se encuentran las contenidas en los artículos 18 fracción X y 23 fracción XV, que dice:

Artículo 18. Corresponde al Pleno:

X. Resolver las controversias de inconstitucionalidad local y las acciones de inconstitucionalidad local; y...

Artículo 23. Corresponde al Presidente del Tribunal Superior de Justicia: ...

XV. Turnar las controversias de inconstitucionalidad local y las acciones de inconstitucionalidad local, al Magistrado que determine para la instrucción del juicio y la elaboración del proyecto de sentencia correspondiente, y...

De las fechas de publicación, de los Decretos números 100 y 103, cuyas partes conducentes han quedado transcritos, ha transcurrido más de un año, así como los períodos ordinarios del uno de septiembre al 15 de diciembre del 2004; 30 de abril al 30 de junio del 2005; y, del 01 de septiembre del 2005, a la fecha y al efecto no se tiene conocimiento que se haya presentado iniciativa alguna sobre la ley de medio de control de la constitucionalidad local y, mucho menos, consecuentemente que las Comisiones respectivas hayan estudiado, analizado y expedido los dictámenes respectivos. Desde luego no existe la presentación de éstos al Pleno ni se han originado los debates.

De esa manera se presenta lo que en la doctrina se conoce como silencio legislativo y que algunos estiman la procedencia de los medios de control de la constitucionalidad contra la negligencia del legislador en la expedición de los ordenamientos contenidos en la Constitución. De ahí también existe quienes opinan que la inconstitucionalidad de omisión, “como un mecanismo que ha de servir al control de la actividad misma del legislador cuyo propósito es evitar que con su pasividad se quiebre la normatividad superior de la Constitución desoyendo sus mandatos de legislar”<sup>1</sup>.

Empero, como están redactadas las disposiciones de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado se puede desprender que tales medios de control de la constitucionalidad local son procedentes en contra de actos de autoridad o normas generales, consideradas en sentido positivo y no en contra de inactividades, en el caso del Poder Legislativo, el cual sería una omisión no justiciable, sin embargo, de acuerdo con la tipología establecida por la doctrina y la seguida por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Español, se ha dicho:

La única inconstitucionalidad por omisión que el Tribunal Constitucional admite es la que se deriva de una actividad incompleta, de una actividad omisiva por parte del legislador ... cuando el Legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias o no lo hace, o cuando al omitir la regulación de determinadas materias produce vulneración de derechos fundamentales, entonces es cuando nos encontramos, según el Tribunal Constitucional, ante una inconstitucionalidad por omisión<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> “La Inconstitucionalidad por Omisión un Nuevo Reto para la Justicia Constitucional”. Ignacio Villaverde, en Páginas 65 a la 89 de: “En Busca de las Normas Ausentes. Ensayos Sobre la Inconstitucionalidad por Omisión”. Miguel Carbonell. Coordinador. Universidad Autónoma de México. México 2003.

<sup>2</sup> Pérez Royo Javier: Inconstitucionalidad por Omisión, citado por José Julio Fernández Rodríguez en el ensayo “Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión”. Visible en las páginas de la 17 a la 64 de “En Busca de las Normas Ausentes. Ensayos Sobre la Inconstitucionalidad por Omisión”. Miguel Carbonell. Coordinador. Universidad Autónoma de México. México 2003.

Luego, el objeto de la ponencia es proponer que se prevea en la Constitución Política del Estado de Nuevo León, la acción de cumplimiento de las disposiciones en ella contenidas y la controversia de inconstitucionalidad por omisión, estableciendo como legitimados a un número determinado de ciudadanos, además de los reconocidos constitucionalmente como sujetos activos y sujetos pasivos de las acciones relativas a los medios de control de la constitucionalidad, independientemente de la posibilidad relativa a la presentación de la denuncia por responsabilidades políticas en las cuales hubieren incurrido los integrantes del Congreso local, por la inactividad en la expedición de las leyes de medios de control de la constitucionalidad local, de responsabilidad patrimonial del Estado, de fijación de las partidas presupuestarias en la Ley de Egresos, de reforma a la Ley de Justicia Administrativa para establecer el procedimiento y efectos de la sentencia que se dicten en las controversias constitucionales por omisión legislativa y demás.

Inclusive, regular el derecho a los ciudadanos para exigir la expedición de las leyes ordenadas en la Constitución local, que hacen falta para que los gobernados puedan hacer efectivo el derecho fundamental a la indemnización por la conducta irregular de los servidores públicos en las administraciones públicas del Estado y de los Municipios y se acabe de una buena vez con aquello de: “hacer de las reclamaciones indemnizatorias una ‘carrera de obstáculos’, por una parte, y del discernimiento de competencias un ‘peregrinaje de jurisdicciones’ por otra”<sup>3</sup>.

## II. PROCEDIMIENTO COMPLICADO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Para entender el contenido del procedimiento complicado para las reformas de la Constitución Política para el Estado de Nuevo León y de las Leyes que, en esta entidad, se estiman tienen el carácter de constitucionales, es

---

<sup>3</sup> Castro Estrada Álvaro “Responsabilidad Patrimonial del Estado”. Editorial Porrúa, S.A. México 2000. p. XXVII.

conveniente señalar que en cualquier tiempo la Carta Magna local puede ser reformada, pero para ello se requiere el voto de la mayoría de los miembros presentes del Congreso, para el efecto de que la propuesta sea admitida<sup>4</sup>.

Admitida la iniciativa de enmienda constitucional y tomadas en consideración las adiciones o reformas se deberá ordenar que se haga publicación de la iniciativa y se circule profusamente, con extractos de la discusión, en la cual hubieren participado los Diputados y tal propuesta no podrá ser votada antes del inmediato período de sesiones<sup>5</sup>.

Cumplido con el requisito anterior se someterá el dictamen correspondiente al Pleno del Congreso y para que las adiciones o reformas propuestas sean aprobadas se requerirá el voto de las dos terceras partes, cuando menos de los Diputados que integran la Legislatura. Se ordenará la publicación en el Periódico Oficial, pues tratándose de enmiendas a la Constitución el Gobernador del Estado no tiene facultades para ejercer el Derecho de veto a que se contrae el artículo 86 fracción III de la propia Constitución Política local<sup>6</sup>.

En lo que se refiere a las Leyes: Electoral, Conmutación de Penas, Organización del Poder Judicial de Medios de Control de la Constitucionalidad Local y Orgánica de los Municipios, se deberán observar las mismas formalidades para la reforma de la Constitución, pudiendo ser discutidas y

---

<sup>4</sup> Artículo 148 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León. “En cualquier tiempo puede ser reformada esta Constitución, mas las reformas que se propongan, para ser admitidas a discusión, necesitarán el voto de la mayoría de los miembros presentes del Congreso”.

<sup>5</sup> Artículo 149 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León. “Tomadas en consideración las adiciones o reformas se publicarán y circularán profusamente con extracto de la discusión, y no podrán ser votadas antes del inmediato período de sesiones”.

<sup>6</sup> Artículo 151 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León. “Para las adiciones o reformas a que se refieren los artículos anteriores, se guardarán las mismas reglas que queden prescritas respecto de las leyes comunes, excepto el derecho de observaciones que no podrá ejercer el Gobernador, según la fracción III del artículo 86”.

votadas en el mismo periodo en el cual fueren propuestas, si así hubiere acuerdo del Congreso<sup>7</sup>.

De esa manera, la ley reglamentaria referente al derecho que tienen los particulares a recibir una indemnización cuando el Estado o los municipios, con motivo de sus respectivas actividades administrativas públicas, ocasionaren daño o perjuicio en bienes de los particulares o afectaren sus derechos, dada la responsabilidad objetiva directa que constitucionalmente se ha establecido en contra de ellos, de acuerdo con lo establecido por los artículos 15 y 131 de la Constitución Política de Nuevo León, tienen el carácter de una ley ordinaria para cuyo caso se requiere la presentación de la iniciativa correspondiente que puede correr a cargo de todo Diputado, autoridad pública del Estado y cualquier ciudadano nuevoleonés<sup>8</sup>.

Si la iniciativa es presentada por el titular del órgano ejecutivo o del judicial, así como las que llegare a presentar cualquier diputado del Congreso local o uno u otro de los ayuntamientos respecto a asuntos propios de los municipios respectivos no podrán dejarse de considerar y para la aprobación de la ley se requiere, previa discusión, el voto de la mayoría de los Diputados. Una vez aprobada la ley se envía al Gobernador para los efectos de su promulgación y publicación.

Si el Gobernador hiciera observaciones y devolviera la Ley aprobada por el Congreso dentro de los diez días siguientes, volverá a ser examinado y para cuyo caso se requerirá el voto de dos tercios de los Diputados presentes en el Congreso y se enviará al Gobernador, quien, en ese caso la deberá publicar sin demora alguna.

---

<sup>7</sup> Artículo 152 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León. “Las leyes a que se refieren los artículos 45, 63 fracción XIX, 94, 95 y 118 son Constitucionales y en su reforma se guardarán las mismas reglas que en las de cualquier Artículo de la Constitución, pudiendo ser discutidas y votadas en el mismo período en que sean propuestas, si así lo acordare el Congreso”.

<sup>8</sup> Artículo 68 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León. “Tiene la iniciativa de ley todo Diputado, Autoridad Pública en el Estado y cualquier ciudadano nuevoleonés”.

Esto no sucederá para el caso de la iniciativa referente a la Ley de Medios de Control de la Constitucionalidad local en virtud que deben observarse las formalidades esenciales del procedimiento complicado de reforma constitucional.

Son dos leyes distintas. Hay, desde luego, intereses diversos para lograr la expedición, publicación y vigencia de las mismas. La Ley ordinaria sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado y los Municipios, ante la quiescencia<sup>9</sup> del legislador local, seguramente, no va a ser objeto de instancia alguna de parte del poder u órgano público estatal o municipal para exigir la expedición de dicho ordenamiento jurídico ni tampoco sería objeto de la acción que podrán incoar, los Diputados locales, por la trascendencia de los efectos que puedan derivar en cuanto al ejercicio de derechos, por los particulares y el cumplimiento de las obligaciones que se imponen a cargo de los presupuestos del Estado y de los municipios.

En cuanto a los medios de control de la constitucionalidad no se desprende que pudiera existir un interés directo por parte de un órgano o poder del Estado, o de los municipios para presentar la acción que ponga en movimiento a los órganos jurisdiccionales, ya de la federación, o en su caso al Tribunal Superior de Justicia, en Pleno y por ello la dejadez en la expedición de la disposición legal relativa al establecimiento de los mecanismos de control de la constitucionalidad en la entidad, por lo que se busca otorgar el derecho para el ejercicio de tal acción a un número determinado de ciudadanos, mismo porcentaje que se establezca sería el adecuado para exigir la expedición de leyes ordenadas en la Constitución y que por la inactividad del Congreso, al respecto, no se han expedido las disposiciones respectivas.

---

<sup>9</sup> “Dicho término es el que mejor representa la omisión o silencio del legislador cuando está obligado a hacer algo porque la Constitución así lo prescribe, es decir, el silencio legislativo sujeto a control constitucional es una abstención de hacer aquello para lo que el legislador es competente y que, sin embargo, no hace”. Martínez Estrada Ricardo Manuel: “El Control Constitucional de la Quiescencia del Legislador”. En “Nuestra Democracia”. Revista Bimestral Año 1, No. 3. Septiembre de 2005. Instituto Nacional de Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad”, A.C. México, D.F.

Esto lo hemos traído a colación para distinguir que la Constitución Política del Estado de Nuevo León, tiene el carácter de rígida ya que para su reforma sigue un procedimiento más complicado que el que debe observarse para la expedición de una ley ordinaria y para determinar, en un momento dado, el objeto de los medios de control de la Constitucionalidad local, pues deberá considerarse que en contra de la Constitución, ni de las enmiendas a ella misma, no procederá juicio local alguno, máxime que, en el supuesto, se satisfacen los requisitos exigidos por la doctrina.

Al efecto el jurista argentino Néstor Pedro Sagües expone: “El primer ingrediente para definir un sistema completo de la constitucionalidad de las normas ordinarias gira en torno a la necesidad de que la Constitución del caso sea rígida, ya que ese carácter hace que no sea como las leyes ordinarias; y que, por ello, tenga su supremacía sobre éstas. La Constitución rígida es la *supra ley*”<sup>10</sup>.

Ahora bien como el Título XII “De la supremacía e inviolabilidad de la Constitución”, de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, contiene el artículo 153 que expresamente dice:

Esta constitución es la Ley Suprema del Estado de Nuevo León, en todo lo concerniente al régimen interno de éste. Esta constitución no perderá su fuerza y vigor ni aun en el caso de que por alguna rebelión se interrumpa su observancia. Cuando por cualquier causa se establezca un Gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a aquélla y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido serán juzgados así los que hubieren figurado en el Gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Luego deviene de dicho texto constitucional la supremacía que confirma a la vez lo que al respecto se establece en el artículo 41, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el sentido que: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los

---

<sup>10</sup> “Teoría de la Constitución”. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires. 2001. p. 432.



casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”.

Así, aun cuando la Ley de Medios de Control de la Constitucionalidad local, sólo para los efectos de su expedición y reforma debe seguir las reglas o formalidades esenciales que para la modificación de la Constitución local se establecen, queda dentro de las llamadas leyes ordinarias y de éstas en las consideradas como reglamentarias, como el propio artículo 95 de la Constitución Política de Nuevo León la califica. De esa manera, contra esa ley o la falta de la misma deberá proceder en el caso de la omisión legislativa el medio de control de la constitucionalidad correspondiente.

### III. INACTIVIDAD LEGISLATIVA POR FALTA DE EXPEDICIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO Y DE LOS MUNICIPIOS

Por Decreto 330 publicado en el Periódico Oficial del Estado, en fecha 21 de febrero del 2003, se modificó la denominación del título VI de la Constitución Política de Nuevo León para quedar: “De las responsabilidades de los servidores públicos y de la responsabilidad patrimonial de la responsabilidad pública”.

En el mismo Decreto se hizo una adición a los artículos 15 con un último párrafo; un primer párrafo y la fracción IV al artículo 107 de la propia Constitución para quedar:

Artículo 15. [ultimo párrafo] Cuando el Estado o sus Municipios, con motivo de su actividad administrativa pública, causen un daño o perjuicio en los bienes de los particulares o afecten sus derechos, su responsabilidad será objetiva y directa, por lo que la persona afectada tendrá derecho a recibir una indemnización, la cual se establecerá conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Artículo 107. [primer párrafo] El Congreso del Estado expedirá la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial de la Administración Pública, y las demás normas conducentes para sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:...

IV. La jurisdicción administrativa conocerá de las controversias en que se reclamen a la administración pública estatal o municipal el pago de indemnización por los daños y perjuicios que ocasionen a las personas en sus bienes y derechos.

En el Transitorio Primero del Decreto aludido quedó establecido que la vigencia entraría al día siguiente al de su publicación, que lo fue el 22 de febrero del 2003 y, en el artículo Segundo Transitorio quedó consignado:

El Congreso, el Ejecutivo y los Ayuntamientos del Estado deberán adecuar el marco jurídico de la entidad, modificando o emitiendo los ordenamientos jurídicos necesarios para efecto de proveer el debido cumplimiento del mismo, así como para incluir en sus respectivos presupuestos una partida para hacer frente a su Responsabilidad Patrimonial, conforme a los siguientes criterios:

- a) El pago de la indemnización se efectuará después de seguir los procedimientos para determinar que al particular efectivamente le corresponde dicha indemnización; y
- b) El pago de la indemnización estará sujeto a la disponibilidad presupuestaria del Ejercicio Fiscal de que se trate.

Aquí cabe expresar que con motivo de la responsabilidad objetiva y directa atribuido al Estado y sus municipios se reformó el artículo 1825 del Código Civil que establecía la responsabilidad subsidiaria<sup>11</sup> y, aun cuando por Decreto No. 222, publicado en el Periódico Oficial de fecha 30 de Diciembre de 2004, se modificó la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios de Nuevo León, se conservó la responsabilidad subsidiaria al

---

<sup>11</sup> Artículo 1825 del Código Civil. “El Estado y los Municipios tienen obligación de responder por daños causados por sus servidores públicos en los términos de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es solidaria y sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado, el Municipio o el servidor público que corresponda”.

disponer el artículo 101: “El Estado es subsidiariamente responsable de la reparación de los daños causados a particulares por los servidores públicos sancionados administrativamente con motivo de la aplicación de esta ley o sentenciados penalmente por delitos cometidos en el desempeño de su encargo. El titular del Ejecutivo del Estado a propuesta de la Contraloría, en el primer caso, y de la Procuraduría General de Justicia, en el segundo podrá subrogarse al cumplimiento de esta responsabilidad en cualquier momento”. Como podrá observarse no se ha seguido criterio uniforme de parte de los legisladores locales.

Ante la inactividad del Congreso local para expedir la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los Municipios, que reglamenta el derecho fundamental de los particulares a obtener una indemnización cuando sufrieren daños o perjuicios por la actuación irregular de los servidores públicos de las administraciones públicas estatal o municipales, sería procedente la acción de cumplimiento del mandato constitucional o la controversia constitucional por omisión legislativa ya que en este caso, como por la falta de disposición de la ley reglamentaria que regula los medios de control de la constitucionalidad local, siempre y cuando en la propia Carta Magna Estatal, se estableciera el mecanismo para hacer efectivo lo mandado por la Constitución, pues, en dichos supuestos, “se configura técnicamente como la inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales a fin de tornarlas operativas”<sup>12</sup>.

Empero, no bastaría con la expedición de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado y Municipios, pues además habría que exigir:

---

<sup>12</sup> “La Inconstitucionalidad por Omisión”, en “El Control de las Omisiones Inconstitucionales e Ilegales en el Derecho Comparado”. Edgar Carpio Marcos-Gerardo Eto Cruz. Fundap. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2004. p. 33”.

- a) Que el titular del Ejecutivo del órgano del Poder Público Estatal presente en los términos de los artículos 63 fracción IX, 85 fracción V, de la Constitución Política de Nuevo León, la propuesta de presupuesto de egresos, en el cual se contenga las partidas presupuestarias para el pago de las indemnizaciones, en las cuales pudiera incurrir el Estado por la actuación irregular, en la administración pública de los servidores públicos correspondientes.
- b) Que el Congreso del Estado expida la Ley de Egresos en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 63 fracción IX de la Constitución local, donde se contenga las partidas presupuestarias para el pago de las indemnizaciones, en las cuales pudiera incurrir el Estado por la actuación irregular, en la administración pública de los servidores públicos correspondientes.
- c) Que a los ayuntamientos aprueben, en sus respectivos presupuestos de egresos, conforme a lo previsto por la fracción IV del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 119, 128 y relativos de la Constitución Política de Nuevo León las partidas presupuestarias que sirvan para cubrir las indemnizaciones a que tendrían derecho los particulares a quienes se ocasionare daños y perjuicios con la actuación irregular de los servidores públicos que laboren en las administraciones públicas municipales.
- d) Que el Congreso del Estado reforme la Ley de Justicia Administrativa del Estado para regular el procedimiento y los efectos de la sentencia, en los procesos contenciosos administrativos que se siguen en contra del Estado para que los particulares puedan hacer efectivos sus derechos a obtener una indemnización por la actuación administrativa irregular de los servidores públicos estatales.
- e) Que el Congreso del Estado expida la ley en materia municipal referente a la instauración del o los Tribunales Contenciosos-Administrativos municipales que serían los órganos con competencia para conocer de los conflictos que surjan entre los particulares y la administración pública municipal correspondiente para exigir la indemnización por

los daños y perjuicios que se ocasionen, a los administrados, por la actuación administrativa irregular de los servidores públicos municipales.

Como podrá observarse son numerosas las disposiciones generales que no se han expedido y para cuya exigencia no es posible la promoción de un juicio de controversia constitucional federal, pues las omisiones no son en relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que, como escribe el jurista mexicano Elisur Arteaga Nava: “La Suprema Corte de Justicia puede conocer de controversias en las que estén de por medio cuestiones de constitucionalidad, únicamente en el caso de que ellas estén referidas a la Carta Magna Federal”<sup>13</sup>.

El Congreso del Estado, en lo que atañe a la obligación derivada del artículo 107 de la Constitución Política de Nuevo León, en cuanto a la expedición de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial de la Administración Pública, y, las demás normas conducentes para sancionar a quienes teniendo aquél carácter, incurran en responsabilidad, ha guardado silencio.

En igual posición se encuentra el órgano ejecutivo del poder público estatal, así como todos y cada uno de los ayuntamientos de los municipios de la entidad, uno y otros, que bien pueden ejercer la acción para poner en movimiento al Pleno de la Suprema Corte de Justicia con el fin de obtener una resolución que obligue al Congreso Local a expedir la mencionada ley, como sucedió con las leyes en materia municipal que la legislatura local al igual a las de las demás entidades federativas, tienen la obligación de expedir, de acuerdo con las enmiendas realizadas por el órgano revisor de la Constitución Federal al artículo 115 de ésta, en cuyo caso, el municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, recurrió en juicio de controversia constitucional, porque la legislatura “no había realizado las adecuaciones

---

<sup>13</sup> “La Constitución Local y su Defensa. Elementos para una Teoría del Control de la Constitucionalidad, en “Justicia Constitucional Local”. Eduardo Ferrer Mc Gregor. Rodolfo Vega Hernández. Fundap. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2003. p. 15.

pertinentes a las leyes municipales, a fin de desarrollar y dar plena eficacia a la multicada reforma”<sup>14</sup> al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde luego por resultar obvio que ni el ejecutivo estatal ni los ayuntamientos de los municipios, no ejercen el derecho de ocurrir en controversia constitucional en el caso de la omisión legislativa consistente en la falta de expedición de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos y de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los Municipios, dado que, por las actuaciones administrativas irregulares de sus servidores públicos con las actuaciones, deban cubrir las indemnizaciones por los daños y perjuicios que se ocasionen a los gobernados, es por lo que resulta de gran importancia se inste para que cumplan con lo mandado por la Constitución.

De esa suerte debe preverse un derecho de ejercer la acción de cumplimiento del mandato constitucional, a, por ejemplo, el uno por ciento de los ciudadanos empadronados en, cuando menos, las dos terceras partes de los municipios de la entidad para que sean ellos quienes promuevan la controversia de constitucionalidad local, cuando se trate de exigir el cumplimiento de un ordenamiento contenido en la Constitución estatal, pues tratándose de exigir la expedición de normas generales por parte de los ayuntamientos de los distintos municipios, la acción debe ser ejercida por un porcentaje similar de ciudadanos, exclusivamente del propio municipio.

Al respecto debe quedar claro el significado de la omisión que se atribuye al congreso local, pues siguiendo al doctor Ricardo Manuel Martínez Estrada, “el concepto de omisión en palabras de Gómez Canotilho no es un simple no hacer sino que consiste en un hacer algo normativamente predeterminado”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Martínez Estrada Ricardo Manuel: “El Control Constitucional de la Quiescencia del Legislador”. En “Nuestra Democracia”. Revista Bimestral Año 1, No. 3. Septiembre de 2005. Instituto Nacional de Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad”, A.C. México, D.F. p. 15.

<sup>15</sup> “El Control Constitucional de la Quiescencia del legislador”. Páginas de la 15 a la 20 de: “Nuestra Democracia”, revista bimestral año 1 No. 3, septiembre del 2005.

Así, si los diputados locales, por su inacción, han dejado de expedir la norma que establece la responsabilidad patrimonial del estado y de los municipios es claro que estando, por otra parte, pendiente de expedirse la Ley de Medios de Control de la Constitucionalidad Local, se proponga quede incluida en ella, los correspondientes para demandar el cumplimiento de la disposición constitucional que establece tal clase de responsabilidad o bien, regulando en la propia Constitución del Estado la inconstitucionalidad por omisión, la cual, al decir del jurista Jorge Manuel Miranda “la inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa que resulta de la inercia o del silencio de cualquier órgano de poder, el cual deja de practicar en cierto tiempo un acto exigido por la Constitución”<sup>16</sup>.

En Tlaxcala está prevista lo que Hans Kelsen, denominó “Acción Popular de Inconstitucionalidad”, aún cuando, en esa entidad, restringida a “inconstitucionalidades por omisión únicamente” y, al respecto, se ha escrito: “Incurren en omisión legislativa exclusivamente aquellos órganos que están facultados para emanar disposiciones jurídicas de alcance general. No solo quienes tienen competencias legislativas formales sino también aquellas que tienen reconocidas potestades normativas en sentido material”<sup>17</sup>.

Por lo anterior son de proponerse y se proponen las siguientes:

## CONCLUSIONES

PRIMERA: Deberá proponerse se adicione el artículo 95 de la Constitución Política de Nuevo León, con una fracción III, en los siguientes, iguales o parecidos términos:

---

<sup>16</sup> “La Justicia Constitucional en Veracruz”, en “Ensayos de Justicia Constitucional en Cuatro Ordenamientos de México, Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas”, César I. Astudillo Reyes. Universidad Autónoma de México. México 2004. Páginas 59 a la 117.

<sup>17</sup> “La Justicia Constitucional en Tlaxcala” en “Ensayos de Justicia Constitucional en Cuatro Ordenamientos de México, Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas”, César I. Astudillo Reyes. Universidad Autónoma de México. México 2004. Páginas de 177 a 206.

III. De la acción de cumplimiento de un mandato de esta Constitución o controversia de inconstitucionalidad local, por omisión quedando como sujetos legitimados para promoverla, tratándose de normas generales del estado, los componentes del uno por ciento de los ciudadanos empadronados en dos terceras partes de los municipios de la entidad. En caso de inactividad de los ayuntamientos, la acción deberá ser ejercida, cuando menos, por el uno por ciento de los ciudadanos empadronados en el municipio correspondiente.

SEGUNDA: El Pleno del Tribunal Superior de Justicia, conforme a lo previsto por la Constitución Política de Nuevo León, será el órgano competente para conocer de la acción de cumplimiento de un mandato constitucional o de la controversia de inconstitucionalidad por omisión.

TERCERA: Instar al Congreso del Estado para que conozca lo que se ha denominado “primera vuelta”, de la iniciativa de ley de Medios de Control de la Constitucionalidad local y admitida, haga la publicación profusa de la misma y las discusiones de los Diputados, al efecto. Votarla en el inmediato período de sesiones para que los gobernados de Nuevo León no queden desprotegidos.

CUARTA: El Tribunal Superior de Justicia, en Pleno, con jurisdicción constitucional, conozca de la acción de cumplimiento de un mandato constitucional o la controversia constitucional por omisión para que ordene al Congreso:

- a) Expedir la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado y los Municipios de Nuevo León.
- b) Expedir la Ley de Egresos, en la cual se contengan las partidas presupuestarias para cubrir las indemnizaciones exigidas por los particulares afectados por la actuación irregular de los servidores públicos de la administración pública estadual.
- c) Exigir a los Ayuntamientos para que en sus respectivos presupuestos se contengan las partidas presupuestarias para cubrir las indemnizaciones



exigidas por los particulares afectados por la actuación irregular de los servidores públicos de la administración pública estadual.

QUINTA: El Congreso deberá reformar la Ley de Justicia Administrativa para establecer el proceso contencioso administrativo al cual debe sujetarse el particular afectado con la actuación irregular de la Administración Pública del Estado, para exigir el pago de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

SEXTA: Expedir la Ley en Materia Municipal que establezca el o los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares afectados con la actuación irregular de aquélla y ante quien o quienes se exija el pago de los daños y perjuicios ocasionados.

#### BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

- ACUÑA MÉNDEZ FRANCISCO: "La Controversia Constitucional en México" Editorial Porrúa. México 2004.
- ARTEAGA NAVA ELISUR: "Justicia Constitucional Local y su Defensa. Elementos para una Teoría del Control de la Constitucionalidad, en "Justicia Constitucional Local". Eduardo Ferrer Mc Gregor. Rodolfo Vega Hernández. Fundap. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2003.
- ASTUDILLO REYES CÉSAR I. "Ensayos de Justicia Constitucional en Cuatro Ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas. Universidad Autónoma de México. 2004.
- BÁEZ SILVA CARLOS: "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.
- BAZAN VÍCTOR: "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas". Págs. 189 a 209 de Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional No. 2. Editorial Porrúa. México. Julio-diciembre 2004.
- BIEWER-CARÍAS ALLAN R.: "Los procesos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela y la cuestión de legitimación" en Revista Iberoamericana

- de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y constitución. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional No. 3. Editorial Porrúa. México. Enero-junio 2005.
- BRACE CAMAZANO JOAQUÍN: "La acción de inconstitucionalidad". Universidad Autónoma de México. Primera reimpresión. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2000.
- CAPPELLETTI MAURO: "La justicia constitucional" (Estudios de Derecho Comparado). Universidad Autónoma de México-Facultad de Derecho 1987.
- CARBONEL MIGUEL: "En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión". Universidad Nacional Autónoma de México. México 2003.
- CARPIO MARCOS EDGAR Y GERARDO ETO CRUZ: "El Control de las Omisiones Inconstitucionales e Ilegales en el Derecho comparado". FUNDAP Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2004.
- CASTRO ESTADA ÁLVARO: "Responsabilidad Patrimonial del Estado". Editorial Porrúa, S.A. México, 2000.
- CONGRESO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN: "Historia Legislativa y Parlamentaria del Estado de Nuevo León". Desde el 16 de diciembre de 1916 hasta el 21 de febrero de 2003.
- CASTRO JUVENTINO V. "La mutación estructural del Derecho en México". Escuela Libre de Derecho. México 1995.
- COSSÍO DÍAZ JOSÉ RAMÓN: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Comentada. Tomo II. Séptima Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, S.A. Universidad Autónoma de México. 1995.
- COSSÍO DÍAZ JOSÉ RAMÓN: "Constitución, Tribunales y Democracia". Colección de ensayos jurídicos. Editorial Themis. México 1998.
- COSSÍO DÍAZ JOSÉ RAMÓN: "Bosquejos Constitucionales". Editorial Porrúa. México 2004.
- DE VEGA PEDRO: "La justicia y sus problemas en la Constitución". Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España 1996.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ JOSÉ JULIO: "Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión. En las páginas de la 17 a la 64 de "En Busca de las Normas Ausentes. Ensayos Sobre la Inconstitucionalidad por Omisión". Miguel Carbonell. Coordinador. Universidad Autónoma de México. México 2003.
- FERNANDEZ SEGADO FRANCISCO: "La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano". Universidad Autónoma de México. México 2004.
- FERRER MC. GREGOR EDUARDO: "Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica". Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2002.
- FERRER MC. GREGOR EDUARDO: Coordinador "Derecho Procesal Constitucional". Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. México 2001.

- FERRER MC GREGOR EDUARDO y RODOLFO VEGA HERNANDEZ: "Justicia Constitucional Local" FUNDAP Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2003.
- FIX ZAMUDIO HÉCTOR: "Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica. Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano". Segunda edición. Centro de Estudios Constitucionales México. Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Corte de Constitucionalidad. República de Guatemala 1998.
- FIX ZAMUDIO HÉCTOR y VALENCIA CARMONA SALVADOR: "Derecho Constitucional Mexicano y Comparado". Editorial Porrúa. Universidad Autónoma de México. México 1999.
- FIX ZAMUDIO HÉCTOR "Protección jurídica de Derechos Humanos. Estudios comparativos". Comisión Nacional de Derechos Humanos. México. Segunda edición 1999.
- GHIGLIANI ALEJANDRO E.: "Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad". Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1952.
- GONZAINI OSVALDO A.: "La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional". Ediciones Depalma. Buenos Aires 1994.
- GROPPI TANIA: "¿Hacia una justicia constitucional "dúctil" tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes". Págs. 481 a 504 "Boletín Mexicano de Derecho Comparado" 107. Nueva serie. Año XXXVI. Mayo-agosto 2003.
- GUDIÑO PELAYO JOSÉ DE JESÚS: "La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional". Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2002.
- HUERTA OCHOA CARLA: "Mecanismos constitucionales para el control del poder público". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. México 1995.
- IUS ET PRAXIS: "Corte Suprema y Tribunal Constitucional: competencias y relaciones". Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 4. No. 1. Talca, Chile 1998.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. "Justicia Constitucional Comparada". Universidad Autónoma de México. México 1993.
- MARTÍNEZ ESTRADA MANUEL: "El Control Constitucional de la Quiescencia del Legislador". Revista Bimestral. Año I. No. 3. Septiembre de 2005. Instituto Nacional de Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad, A.C. México 2005.
- MIRANDA JORGE: "La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento constitucional portugués", en "Derechos Fundamentales y Derecho Electoral". Universidad Autónoma de México 2005.
- MIRANDA JORGE MANUEL: "La Justicia Constitucional en Veracruz" en "Ensayos de Justicia Constitucional en Cuatro Ordenamientos de México, Veracruz, Coahuila,

- Tlaxcala y Chiapas”, Cesar I. Astudillo Reyes. Universidad Autónoma de México. México 2004. Páginas 59 a la 117.
- OJEDA BOHORQUEZ RICARDO: “El amparo contra normas con efectos generales”. Editorial Porrúa. México 2004.
- PACHECO PULIDO GUILLERMO: “Supremacía constitucional y federalismo jurídico”. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 2001.
- RUIZ MIGUEL CARLOS: “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. Págs. 159 a 177 de Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. No. 2. Editorial Porrúa. México. Julio-diciembre 2004.
- SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO: “Teoría de la Constitución”. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 2001.
- SOARES MANSO PRETO: “El problema de la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes generales”, volumen III de “El Tribunal Constitucional”, Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, España 1981.
- TROPER MICHEL: “Ensayos de Teoría Constitucional”. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. No. 92. Distribuciones Fontamara, S.A. México 2004.
- VILLAVERDE IGNACIO: “La Inconstitucionalidad por Omisión un Nuevo Reto para la Justicia Constitucional”, en Páginas 65 a la 89 de: “En Busca de las Normas Ausentes. Ensayos Sobre la Inconstitucionalidad por Omisión”. Miguel Carbonell. Coordinador. Universidad Autónoma de México. México 2003.
- ZAGREBELSKY GUSTAVO: “¿Derecho Procesal Constitucional? y Otros Ensayos de Justicia Constitucional”. Colección Derecho, Administración y Política. Fundap. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2004.



# LAS PARTES EN EL JUICIO DE AMPARO

Carlos Francisco Cisneros Ramos.\*

“Para ser un gran maestro se necesita la facilidad de palabra, las dotes histriónicas de un actor y el arte de convencer, como lo hacen los oradores que hablan al corazón y desde luego a la inteligencia”.

Genaro David Góngora Pimentel

## I. INTRODUCCIÓN

En la Colección de Política y Derecho del Fondo de Cultura Económica, ha aparecido un libro escrito con pulcritud, claridad y completitud, en torno de los sujetos: personas físicas y morales, unas de Derecho Privado, otras de Derecho Público; que, como peticionantes del amparo y protección de la justicia de la Unión, unos, o como interesados, por considerarse con un derecho de una manera opuesta a los de aquéllos, otros, participan en ese gran proceso atinente a la defensa de la constitucionalidad y de la legalidad en México.

---

\* Generación 1951-1956 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UANL. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Público por la misma Universidad. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo así como de las materias de Derecho Constitucional y Derecho Fiscal en la UANL. Profesor de los cursos de Amparo I y II y Seminario de Amparo en la Carrera de Derecho del ITESM, Campus Monterrey. Actualmente es Consejero, por el Congreso del Estado, del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

Empero no sólo hace referencia a los agraviados, quejosos y terceros perjudicados sino también examina al ente abstracto, órgano del Poder Público de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados, de los Municipios y hasta de los organismos públicos paraestatales, de una u otra de las esferas de gobierno, que, a través de sus titulares, emiten actos materialmente legislativos, administrativos y jurisdiccionales interlocutorios o de fondo que violan los derechos fundamentales de los gobernados.

Además, explica la función que en ese medio de defensa realiza la institución, cuya función primordial es lograr la salvaguarda de la constitucionalidad y de la legalidad.

Toda la exposición realizada en cada uno de los apartados correspondientes se ve enriquecida con la cita de la doctrina sustentada por juristas especialistas en la materia, además de los criterios que sostienen los Tribunales Judiciales de la Federación.

No habrá lector del Libro quien pueda aducir que no entendió. Estudiantes, juristas, abogados litigantes, jueces y notarios a quienes está destinado no resultarán defraudados, menos para uno u otro con interés que se lancen a leerlo, pues hay esmero, minuciosidad y método en la exposición, de tal manera que los aspectos difíciles y complicados del juicio de amparo, son fácilmente captados.

Aun cuando el autor se autocalifica de ágrafo o sea persona que tiene dificultad total o parcial para la escritura; las dotes de oratoria que posee y con las cuales ha conquistado laureles y merecidos reconocimientos como los que se le brindaron por la brillante pieza hablada expuesta ante los asistentes al Cuarto Congreso Nacional de Amparo, celebrado en Morelia, Michoacán, cuyas palabras sabias, por una parte, cordiales y emotivas, por otra, tuvimos la oportunidad de escuchar, como también lo han oído, quienes han estado atentos en sus intervenciones parlamentarias ya como Diputado Federal, ya como Senador de la República, o en la conferencia y en la cátedra.

De ahí el testimonio de quien como Ministro fue Presidente de la Suprema Corte de Justicia y autor del prólogo, cuando afirma: “Me ha tocado escuchar en videos sus discursos ante la Cámara de Diputados y ante la Cámara de Senadores. Formidables”.

## II. PARTES EN EL JUICIO DE AMPARO

Con una explicación sobre el concepto de parte, en sentido amplio, al decir que son los “titulares o poseedores de los derechos y obligaciones que hacen de una determinada relación jurídica que ha sido concebida por ellas mismas o por disposición de la ley, y que se sustenta, desde luego, en cualesquiera de los más diversos actos que el derecho positivo y reconoce y regula tanto entre particulares como entre éstos y el Estado cuando éste, con el propósito de procurarse los bienes y servicios que le son indispensables para la consecución de sus fines, actúa como un particular desarrollando una de dos personalidades que constitucional y legalmente se le atribuyen, en contraste con aquella en la que actúa ejerciendo su poder de imperio”.

En seguida hace referencia al concepto de parte en una relación jurídica procesal, diciendo que “las partes son aquéllas que intervienen alegando el reconocimiento, la constitución o la declaración de un derecho sustantivo”, llamando parte actora a la demandante y parte demandada, contra quien se entabla la demanda. Esto cuando existe una controversia entre partes ante un juzgado o tribunal, cuyos titulares intervienen como “tercero imparcial”, al conocer y dirimir el conflicto planteado.

De ahí pasa a hacer referencia a las partes en el juicio de amparo, a saber: I. El agraviado o agraviados; II. La autoridad o autoridades responsables; III. El tercero o terceros perjudicados y IV. El Ministerio Público Federal.

Estas son las partes en un juicio de amparo directo o en un juicio de amparo indirecto. Uno u otro sólo lo pueden demandar la persona o personas a quien perjudique la ley, tratado internacional, reglamento, o cualquier acto que se reclame, así como la sentencia, laudo o resolución definitiva que dicten tribunales judiciales, administrativos, agrarios, del trabajo o militares, pues de acuerdo con la ley, el “juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada”.

De ahí surge un principio fundamental del juicio de amparo, el de instancia de parte, o sea todo aquél que sufra un agravio por el actuar o la omisión de una autoridad que viole los derechos individuales del gobernado.



El demandante del juicio de amparo recibe la denominación del agraviado. Este puede ser una persona física o una persona moral. Como ésta es una colectividad a la cual se le dota de personalidad para comparecer en juicio deberá hacerlo al través de su representante legítimo o de los titulares de los órganos por los cuales se obliga o pueda ser representado.

Esa persona moral, puede ser de Derecho Privado: sociedad civil; sociedad anónima; de Derecho Público: un organismo descentralizado; de Derecho Social: un sindicato, un ejido. De Derecho Público, también lo puede ser una persona moral oficial, pero cuando actúa como sujeto de Derecho Privado.

No en todas las materias las personas tienen amplitud para el ejercicio de la acción de amparo. En materia penal, por ejemplo, está restringido para la víctima u ofendido, en cuanto a que el acto reclamado haga referencia a la reparación del daño o a la reparación civil.

Como es sabido la capacidad de ejercicio la adquieren las personas a partir de los dieciocho años de edad, cuando llegan a la mayoría de edad. Los menores tienen incapacidad natural y legal, empero para los efectos de una demanda de amparo y protección de la Justicia de la Unión, lo podrán hacer los menores de edad, pero mayores de catorce años, quienes para esos efectos pueden designar, un representante.

Entre las partes del juicio de amparo, están los llamados terceros perjudicados, o sean los que fueren contrapartes del agraviado en un juicio o controversia de donde emana el acto reclamado; el ofendido o las personas quienes, de acuerdo con la Ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil; la persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el cual se pide el amparo. Igualmente, como terceros perjudicados, pueden figurar personas físicas o personas morales.

En cuanto a la capacidad de los terceros perjudicados, en la ley de Amparo no existen reglas específicas, pero el autor del libro en comento, precisa: “el menor de edad y cualquier sujeto que se encuentra en cualquier estado de interdicción no tendrán capacidad para intervenir por sí mismos como terceros perjudicados en los juicios de amparo, salvo en las excepciones que las propias

leyes civiles señalen, en virtud de lo cual sus intereses en dichos juicios serán asistidos por sus representantes legales”.

Respecto a la autoridad responsable, parte en el juicio de amparo, queda establecido, de acuerdo con la ley, que es la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.

Las autoridades responsables, en una u otra de las acciones u omisiones que se le atribuyan, pueden ser de naturaleza federal, estadual, municipal o del Distrito Federal, todas las cuales están legitimadas pasivamente cuando contravienen “en perjuicio del gobernado las garantías individuales, o cuando existe interferencia en la esfera de competencia entre la Federación y los estados, en los casos a que se refieren sus fracciones II y III”, al hacer referencia al artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Ministerio Público es una parte del juicio de amparo y su legitimación como la del Procurador General de la República se desprende de lo dispuesto por el artículo 107 fracción XV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la primera parte del libro en donde hace alusión, en forma general, a las partes en el juicio de amparo, no deja de explicar los conceptos de personalidad del quejoso o agraviado, del tercero perjudicado, de la autoridad responsable, en el sentido de que ésta no puede delegar su representación, sino que debe comparecer el titular de la misma o del órgano representativo correspondiente.

El Ministerio Público puede comparecer al juicio de amparo por medio de sus agentes u órganos en que la ley hace recaer su representación jurídica.

En forma específica menciona lo relativo a la capacidad, legitimación y personalidad del quejoso-agraviado y del tercero perjudicado, en los juicios de amparo en materia agraria.

Y en un apartado, explica el concepto de parte en el juicio de amparo, en la forma y términos que lo concibe el Proyecto de Ley de Amparo, donde queda superado el concepto del interés jurídico que se le exige en la ley vigente al agraviado, pues en el mencionado proyecto sólo pide que cuente

con un interés legítimo, individual o colectivo, sobre lo que asienta que son ideas que habrán de precisarse, en cuanto a contenido y alcances, a lo que se sustente en las tesis de jurisprudencia.

La inclusión del interés legítimo en lugar del interés jurídico, en opinión de algunos estudiosos de la materia, “cambiaría con el principio de agravio personal y directo, rompiendo con una tradición legal y jurisprudencial en México”.

También se amplía el concepto de autoridad responsable, en el Proyecto de Ley de Amparo, pues podrá intentarse “no sólo por actos de cualquier órgano estatal, incluidos los que actúan como particulares, sino también por aquellos provenientes de ciertas organizaciones de carácter privado”.

Cita lo que en esa nueva ley de amparo se propone como “amparo adhesivo”, al aludir a los preceptos del proyecto que “facultan a aquella parte que hubiese obtenido sentencia favorable o que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, para promover demanda de garantías en adhesión a la demanda que promueva el quejoso, y dicho amparo se tramitará en el mismo expediente principal”.

Y, en cuanto al Ministerio Público Federal, transcribe el contenido del artículo 4 del Proyecto de Ley de Amparo, al través del cual se acota la esfera de intervención de esa institución, a decir. “El Ministerio Público de la Federación en los juicios de amparo contra leyes federales, sí considera necesario intervenir”.

### III. QUEJOSO

Después de concluir lo concerniente a las generalidades sobre las partes en el juicio de amparo, en diversos capítulos, desmenuza a cada una de ellas y de acuerdo con la protección de los derechos que otorga la constitución, principia por esclarecer la figura del quejoso, a quien compete el ejercicio de la acción constitucional “para reclamar la prestación del servicio jurisdiccional del Estado, con la intención de alcanzar la protección de la justicia federal frente a los actos de autoridad que estima contrarios a la Constitución, y que le

corren un riesgo inminente de producirle un perjuicio en el ámbito de los derechos sustantivos e intereses que la ley reconoce a su favor”.

De ahí, para que el gobernado pueda ejercer esa acción, es condición que resulte afectado en su interés jurídico. Por ello el acto de autoridad debe ocasionar al gobernado un agravio personal y directo, lo cual “constituye la existencia de uno de los presupuestos indispensables para que sea dable la procedencia del juicio de garantías”.

Conforme a eso, desmenuza los elementos: interés jurídico, agravio personal y directo, y perjuicio, definiendo cada uno de ellos para dar la definición de quejoso, como “la persona física o moral a quien se le ha causado, a través de un acto de autoridad, un perjuicio en sus intereses jurídicos, cuyo mecanismo de protección se encuentra establecido en los artículos 103 y 107 constitucionales, y su ley reglamentaria”.

Continúa hablando sobre el quejoso en cada una de las hipótesis: leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; leyes o actos de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal y leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, contenidas en el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Destaca los conceptos de persona física, persona moral privada, persona moral oficial y personas extranjeras, entre los diferentes tipos de quejosos, cita tesis de los tribunales judiciales de la federación, cuando personas morales oficiales, actúan como autoridad en cuyo caso es improcedente el juicio de amparo y el diverso relacionado con el llamado Estado Patrono, supuesto en el cual éste puede ejercer la acción de amparo en contra de actos del Tribunal de Arbitraje.

Alude a los núcleos de población ejidal o comunal, a los ejidatarios y comuneros en sus derechos agrarios, quienes pueden tener el carácter de quejosos en los juicios de amparo en materia agraria.

En el mismo capítulo destinado a los quejosos desarrolla, en un apartado, las diversas hipótesis de la llamada suplencia de la queja deficiente, citando

que ésta debe realizarse al dictarse sentencia en los juicios de amparo: en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funda en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia; en materia penal, aún en ausencia de conceptos de violación o de expresión de agravios a favor del inculpado; en materia agraria a favor de núcleos de población ejidal o comunal, ejidatarios y comuneros; en materia laboral, a favor del obrero; cuando se trate de menores de edad e incapaces y en otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra de quejoso una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa.

El ofendido en el proceso penal, puede tener el carácter de quejoso, cuando el acto reclamado verse sobre la reparación del daño o la responsabilidad civil, además de que siguiendo el criterio sustentado por un Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, con sede en esta ciudad, también puede presentar demanda de amparo, cuando el acto de autoridad implique violaciones directas a la Constitución.

Íntimamente relacionado con el quejoso está el concepto de interés jurídico para efectos del juicio de amparo y por ello deja una explicación clara sobre los diversos conceptos: interés colectivo, interés difuso, interés simple, citando ejemplos y resoluciones de juzgados y tribunales federales, sobreseyendo los juicios de amparo promovidos por vecinos de una colonia por construcción de edificios comerciales en zonas residenciales.

No deja de aludir al interés legítimo, el cual “es un interés reaccional, es decir, no se trata de un derecho subjetivo que le pueda servir de referente, ni tampoco es el simple, abstracto y genérico interés en la legalidad, sino que se trata del derecho a intentar la eliminación de una situación ilegal para defender y restablecer la integridad de intereses propios”. Al respecto explica el concepto de interés legítimo de acuerdo con el Proyecto de Nueva Ley de Amparo que substituye al interés jurídico.

#### IV. AUTORIDAD RESPONSABLE

Desarrolla lo que debe entenderse por autoridad responsable, y da una explicación sobre la adecuación de este concepto, desde el que lo definía como a todos aquellos que disponen de la fuerza pública, tanto de facto como de jure y que estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos hasta llegar a los que determinan que son todos aquéllos que pretenden imponer dentro de su actuación oficial, con base en la ley, o unilateralmente, obligaciones a los particulares, o modificar las existentes, o limitar sus derechos.

Hace referencia a casos especiales, como la de particulares que actúan en auxilio de la Administración Pública y de los departamentos jurídicos en distintas dependencias del Estado y secretarios proyectistas, y en general, de funcionarios que no deciden, “sino que proyectan, apuntan o plantean alternativas de resolución, no son autoridades para los efectos del amparo”.

#### V. TERCERO PERJUDICADO

Esta parte en el juicio de amparo es “aquella persona que tiene interés jurídico en que subsista la validez del acto reclamado y, por tanto, que no se declare su inconstitucionalidad”.

Como antecedentes, cita las leyes reglamentarias de 1861, 1869 y 1882, donde se reconocía como partes al quejoso y al promotor fiscal y en la segunda de ellas quedó mencionado el tercero perjudicado, “como consecuencia de la emisión y ejecución de las sentencias de amparo sin audiencia y en su perjuicio en los litigios civiles y controversias administrativas”.

Pasa por el Código de Procedimientos Federales en el ramo civil, donde “se autorizó al colitigante del quejoso (tercero perjudicado) en los juicios del orden civil, su intervención en los juicios de garantías”, sólo para rendir pruebas y formular alegatos, así como presentar el recurso de revisión contra el auto del juez de Distrito que concedía, negaba o revocaba la suspensión”.

En el año de 1936, en el cual entra en vigor la Ley de Amparo actual queda como parte del juicio de amparo, el tercero perjudicado, el cual no es actor ni demandado, pero tiene los mismos derechos y obligaciones del quejoso: desarrolla las diversas hipótesis legales que hacen referencia al tercero perjudicado, y ubica a esta figura en los juicios de amparo en materia civil, mercantil y laboral. En materia penal el ofendido puede ser tercero perjudicado, únicamente cuando el acto reclamado por el quejoso se refiere a la reparación del daño a la responsabilidad civil. En materia administrativa, tienen ese carácter, quienes hayan tramitado a su favor el acto que se reclama.

En el proyecto de la Nueva Ley de Amparo aparece la figura de tercero interesado y se dan los supuestos correspondientes y en general puede tener ese carácter aquel “que, sin ser parte en el proceso, hubiese gestionado cualquier acto en el ámbito civil, mercantil, laboral, administrativo, agrario y laboral”.

## VI. MINISTERIO PÚBLICO

El último capítulo trata lo referente al Ministerio Público, que “es la institución que representa los más altos valores de una sociedad”. Su intervención en el juicio de amparo es para equilibrar los principios de constitucionalidad y de legalidad, independientemente de las funciones propias que le corresponden en las materias penal, civil y familiar.

En el ámbito penal, el Ministerio Público, en la investigación y averiguación previa actúa como autoridad, carácter que deja de tener una vez dictado el auto de radicación de una causa ante el juzgado correspondiente. Ya en el proceso, el Ministerio Público es la parte acusadora frente al inculpado quien se defiende de las imputaciones que se hacen en su contra.

En el juicio de amparo el Ministerio Público Federal, adquiere la naturaleza de sujeto procesal, por ello se le emplaza, se le hacen notificaciones y se le tiene presente en cada una de las facetas de dicho juicio constitucional, con facultades para interponer los recursos previstos en la ley.

Quedan expuestos los antecedentes de la institución, desde la Constitución de 1824 y hasta nuestra época, con la vigente de 1917, en la inteligencia que la intervención en el juicio de amparo, principia en el mismo origen de este medio de defensa, como promotor fiscal de acuerdo con la Ley de Amparo de 1861.

La institución del Ministerio Público, en el juicio de Amparo, se realiza al través del Procurador General de la República, del Agente del Ministerio Público correspondiente, destacando la actual diferencia de éste con el Consejero Jurídico, instituido al través de la reforma de 1994.

Como puntos importantes menciona, cómo el Ministerio Público, actúa como parte agraviada, o sea cuando representa a la Federación en los negocios en los cuales ésta es parte. En los casos en los cuales en esa clase de juicios, el particular es el quejoso, el Ministerio Público puede ser señalado como tercero perjudicado. También puede actuar como autoridad responsable preponderantemente en el período de preparación de la acción penal o cuando declara el inejercicio de la acción o se desiste de la misma.

Aparece, como una especie de apéndice el Decreto que adiciona los artículos 12 y 19 de la Ley de Amparo, referente a la representación de los órganos legislativos federal y estadual y la del Presidente de la República, al través del Procurador.

En fin es un excelente libro, escrito con lenguaje sencillo, con pulcritud y completitud por quien, Consejero Jurídico de la Presidencia de la República y Maestro de la Materia del Juicio de Amparo, en la Universidad de Coahuila, con magníficas dotes oratorias que son expuestas en el libro evocando la figura de un gran maestro como lo es, quien ostenta el Grado de Maestro en Derecho Laboral, en la vecina entidad: JUAN DE DIOS CASTRO LOZANO, y aparece con el título de: “LAS PARTES EN EL JUICIO DE AMPARO”, en edición del Fondo de Cultura Económica.





# ESTUDIO COMPARATIVO DE LA LIMITACIÓN PATRIMONIAL DEL DERECHO DE AUTOR EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Noé Gerardo Galván Martínez\*

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1 INTRODUCCIÓN GENERAL

Y en el principio, sólo hubo una idea.

La idea es inherente a la naturaleza del ser humano, causa de su expresión artística y es “el primer acto del entendimiento”, como señala el diccionario de la Real Academia Española. Las ideas son tan poderosas que fueron objeto de control muchos siglos ya que “se tomó conciencia de la influencia política y social que podía producir la difusión de las ideas a través de los medios gráficos”<sup>1</sup>; incluso, en la actualidad, continúan siendo un elemento de control en la mayoría de las sociedades.

Aún cuando la fuerza de la idea es imponente, ésta no es propiamente fuente del Derecho de Autor, ya que su esencia etérea la imposibilita para ser objeto de protección jurídica, y es hasta que se plasma en un soporte material, generándose una creación de carácter intelectual, que se convierte en la fuente principal de dicho derecho. Aunado a lo anterior, el Derecho de Autor concede

---

\* Licenciado en Derecho por parte del ITESM, Campus Monterrey; Maestría en Derecho Internacional por parte de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del ITESM. Coordinador del Área de Litigio, Laboral y Propiedad Intelectual del Jurídico del Sistema del ITESM. A mis padres, por su comprensión y apoyo incondicional. A mis abuelos, por ser expresión de Dios en mi vida.

<sup>1</sup> Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p. 32.

un monopolio temporal a los titulares de la ‘obra’ o creación intelectual, por lo que “cuando una idea se puede expresar en pocas palabras, el Derecho de Autor no protege esta expresión, ya que en caso de hacerlo, conferirá un monopolio *de facto* sobre la idea”<sup>2</sup>, lo cual provocaría una apropiación injusta y monopólica sobre la generación y uso de ideas, las cuales no son sujetas de apropiación en su forma abstracta.

En éste contexto, ¿cómo se define el Derecho de Autor?, pregunta a la que respondemos señalando que no hay un criterio unificado sobre el concepto; sin embargo, hay características fundamentales que lo circunscriben. En la Enciclopedia Jurídica Mexicana se establece que “bajo el nombre de Derecho de Autor se designa el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen a quienes producen obras literarias, artísticas y científicas”<sup>3</sup>; mientras que Ernesto Rengifo, catedrático de la Universidad Externado de Colombia, señala que “el Derecho de Autor otorga al creador un cúmulo de facultades tanto patrimoniales como morales que, de una parte, le permiten explotar en forma exclusiva su producción intelectual y, de otra, persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su creador”<sup>4</sup>.

En cuanto a los términos establecidos de forma oficial, la oficina de ‘copyright’ en los Estados Unidos de América (EUA de aquí en adelante) señala que es una forma de protección que proporciona la legislación estadounidense a los autores para explotar sus creaciones intelectuales por si o por medio de terceros<sup>5</sup>; la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA de aquí en adelante) de los Estados Unidos Mexicanos (EUM de aquí en adelante) establece que es la protección que otorga esta Ley, se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material,

---

<sup>2</sup> Kepner-Tregoe, Inc. Leadership Software, Inc., 12F. 3d 527, 533 (5th Cir. 1994).

<sup>3</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p. 380.

<sup>4</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 49.

<sup>5</sup> Cfr. US Copyright Office. <<http://www.copyright.gov/circs/circ1.html#wci>>

independientemente del mérito, destino o modo de expresión<sup>6</sup>. Por nuestra parte, consideramos que el Derecho de Autor es la protección a las creaciones de carácter intelectual establecido por un ordenamiento jurídico (nacional o internacional) que reconoce y regula, por una parte, la relación originaria entre el autor y su obra (derecho moral), y por la otra, el monopolio temporal para la explotación preponderantemente económica de dicha creación (derecho patrimonial).

El aspecto patrimonial del Derecho de Autor establece un privilegio exclusivo de explotación de una creación intelectual; sin embargo, este privilegio tiene límites de diversas naturalezas. Dentro de estos, encontramos aquellos de carácter temporal y otros de interés público, estos últimos responden a las responsabilidades del Estado para con la Sociedad, entre ellas, el de incentivar el desarrollo cultural y tecnológico. De lo que se desprende que debe preservarse un delicado equilibrio entre el fomento y respeto al Derecho de Autor y las limitaciones del mismo, ya que en dicho equilibrio es donde se encuentra la justa retribución al esfuerzo de los autores y el punto exponencial para la promoción del desarrollo del conocimiento, pilar fundamental en el avance de cualquier sociedad moderna.

## 1.2 Exposición y Aportación

En las últimas décadas, la globalización ha despertado inquietudes en las Naciones con mayor desarrollo sobre la protección de la Propiedad Intelectual. Estas alertas generaron un importante esfuerzo para desarrollar las instituciones y los marcos jurídicos necesarios para asegurar el avance de la Propiedad Intelectual, especialmente en aquellas naciones que interactúan en tratados comerciales, en su mayoría miembros de la OMC. Dentro de este impulso, el Derecho de Autor, ha sido un tema primordial, especialmente en lo referido al aspecto patrimonial, ya que las creaciones intelectuales que protege constituyen algunas de las industrias de mayor crecimiento a nivel global. Bajo esta lógica,

---

<sup>6</sup> Cfr. Ley Federal del Derecho de Autor, art. 5.

el tratamiento claro y puntual de los derechos patrimoniales sobre las obras de carácter intelectual es un tema prioritario.

Actualmente existen lagunas importantes en el marco jurídico mexicano que regula el mencionado derecho patrimonial, de forma específica en lo que se refiere a los límites de estos derechos. Con lo anterior, hablamos de los casos considerados dentro de las limitaciones a los derechos patrimoniales reconocidas en la legislación de los EUM, las cuales no establecen parámetros claros y sin los cuales se rompe el equilibrio descrito con anterioridad y la relación de tales limitaciones con el *'fair use'* (uso justo o libre) en los EUA para su análisis comparativo.

El presente trabajo es un estudio comparativo sobre el tratamiento jurídico de las limitaciones al aspecto patrimonial del Derecho de Autor en el marco regulatorio de los EUM y los EUA, especialmente en el área del *'fair use'*. Nuestro objetivo general será analizar y describir los puntos de mayor relevancia sobre el tema que nos ocupa, así como emitir recomendaciones y propuestas, en su caso, que corrijan las posibles deficiencias legislativas o aclaraciones doctrinarias dentro de los mismos. En cuanto a nuestros objetivos específicos realizaremos un análisis sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Autor y su evolución histórica; un breve análisis sobre el conjunto de normas que regulan las limitaciones patrimoniales en las obras protegidas en los EUM y EUA, y finalmente, señalar las áreas de oportunidad en la materia, considerando que los tenedores de derechos patrimoniales en EUM se encuentran en una posible laguna jurídica, al no establecerse las reglas claras sobre las limitaciones a los derechos patrimoniales y los efectos jurídicos que produce esta ausencia.

Dentro del desarrollo del tema anteriormente descrito, estructuraremos el estudio comenzando por un análisis de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, así como una breve semblanza sobre la evolución histórica del mismo. Posteriormente, es conveniente conocer el fundamento jurídico de las limitaciones al derecho patrimonial en el Derecho de Autor, partiendo desde el punto de vista internacional, mediante el señalamiento de las limitaciones descritas en el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los aspectos de

propiedad intelectual relacionados con el comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; para después proceder a analizar las legislaciones nacionales de los Estados Unidos Mexicanos y de Estados Unidos de América. En estas últimas legislaciones se analizará lo establecido como marco Constitucional y las leyes reglamentarias que corresponden. Una vez analizadas las legislaciones, se colocará en una nueva sección las consideraciones sobre el tema para ambos países, mismas de las que se tomarán los rasgos más importantes, para finalmente emitir conclusiones y recomendaciones para atacar las áreas de oportunidad de la legislación en México.

En un tema que esta tomando una importancia inusitada por elementos como la globalización y el interés del Estado para crear sociedades basadas en el conocimiento, es de recalcar que tener legislaciones claras y aptas para competir mejor en el mundo actual son fundamentales para hacer frente a los retos del nuevo siglo.

## 2. METODOLOGÍA

En el presente documento se realizó un estudio jurídico-comparativo sobre las limitaciones al Derecho de Autor, en su aspecto patrimonial (copyright) entre las normas jurídicas aplicables de los EUM y los EUA, con la intención de llegar a convertirse en un análisis propositivo sobre las áreas de oportunidad en el Sistema Jurídico Mexicano.

El proceso de investigación se basó en la consideración de diversos escritos de doctrina en la materia y los textos legislativos aplicables vigentes a la fecha del presente documento, buscando obtener una visión completa sobre el tema que nos ocupa.

El análisis de los documentos antes descritos se realizó con el objetivo de examinar la información, haciendo una confrontación entre la legislación de los EUM y los EUA, realizando una crítica dentro de dichas limitaciones sobre el aspecto patrimonial del Derecho de Autor, y finalmente, emitir recomendaciones

en las áreas de oportunidad que existan dentro de la legislación de los EUM que corresponda.

### 3. MARCO TEÓRICO

#### 3.1 Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor

Tal y como mencionamos al inicio del presente documento, la capacidad creadora es inherente al ser humano, es la pequeña larva que tenemos en nuestro cerebro y que nos lleva a dar vida a las ideas que generamos en el interior. Algunos artistas señalan que es una necesidad expresar aquello que sentimos, otros que es una afición realizar de forma gráfica la expresión de ideas; lo cierto es que la expresión y la idea se unen en todos los casos para realizar una creación u obra.

Es aquí donde entra en acción el Derecho de Autor, el cual, como ya mencionamos, tiene como finalidad regular la expresión original de las ideas; el maestro Nicolás Pizarro, catedrático de la Universidad Anahuac, dice: “El Derecho de Autor regula la creatividad humana generadora de productos culturales llamados *obras*”<sup>7</sup>, es decir, que se protege la expresión del autor, no su idea de forma abstracta sino su expresión; a esto se señala “que se protege es la forma en la cual el trabajo es expresado, mas no las ideas o la información contenida en la creación”<sup>8</sup>, lo anterior con base a que sería injusto reconocer un derecho exclusivo sobre una idea y no en la expresión de la misma, ya que la misma idea puede ser descrita en diferentes formas protegibles cada una de ellas.

En este mismo sentido, Mabel Goldstein, catedrática de la Universidad de Buenos Aires, menciona que el Derecho de Autor “no reconoce la existencia

---

<sup>7</sup> Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anáhuac. México, 2003. p. 295.

<sup>8</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 94.

del autor antes de la creación de la obra, es decir que no se puede encontrar a ninguna persona que sea un autor en expectativa antes de que la creación haya sido exteriorizada”<sup>9</sup>, lo que resulta lógico, considerando que los elementos principales de la legislación de la materia son la obra y el autor, conceptos que jurídicamente son codependientes para su existencia.

Por otra parte, algunos autores enfocan el concepto en la relación entre el autor y su obra; siendo entonces, un conjunto de normas que regulan el reconocimiento de la propia calidad de autor y la facultad de usar y explotar la obra por sí o por medio de terceros. Esta definición es correcta en lo general, ya que existe un reconocimiento expreso sobre quien es susceptible de ser autor y como se determinarán sus facultades con respecto a la obra, es decir, este derecho regula al autor, la obra y la circunstancia entre ambos. En este sentido, consideramos que el Derecho de Autor ‘es un conjunto de normas que regulan la creación, protección, clasificación, uso y explotación de las obras por parte de su autor o de terceros’. Partiendo de la mencionada definición, el Derecho de Autor tiene dos elementos esenciales: el AUTOR y la OBRA.

El autor es la entidad creadora, el ser humano que moldea la “idea” abstracta y la expresa, por lo que se convierte en el primer sujeto de la protección, sin que en dicha protección este viciada de alguna forma por la edad, género, raza o creencia de ningún tipo. Por otra, se encuentra la obra, la cual constituye el resultado de la “expresión” de la idea en un soporte físico o el “acto creativo objetivado”, como menciona el maestro Pizarro, convirtiéndose en el objeto de la protección por parte de la ley. La protección del Derecho de Autor es un monopolio temporal reconocido por el Estado para el goce y disfrute sobre la explotación de una obra y el prestigio sobre la misma, en este sentido “lo que la ley protege, el contenido del monopolio, es la obra concreta y terminada. Las ideas artísticas que no se encarnan en un soporte material no caben en los parámetros de protección. Una canción debe estar escrita (partitura) o grabada (soporte analógico ó digital). La simple

---

<sup>9</sup> Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p. 40.



melodía que ronda la mente del compositor no esta protegida como propiedad hasta que no se exterioriza de forma material”<sup>10</sup>.

Ahora bien, entre el autor y la obra existe un vínculo que se crea por medio del ‘acto creativo’, el cual se “produce cuando el autor pone en juego su inteligencia, sensibilidad, talento y experiencia con el propósito de crear una obra literaria y artística”<sup>11</sup>. Este ‘acto creativo’ hace posible que el autor supere la hoja en blanco, el lienzo, la piedra y, mediante su habilidad e intelecto, en ellos plasme parte de si mismo. Es tan personal la experiencia que se crea una relación indisoluble entre el autor y la obra, vínculo que la legislación internacional (Convenio de Berna) protege mediante el ‘derecho moral’ del autor sobre la obra, el cual analizaremos más adelante.

Como resultado del mencionado acto de creatividad, hay una expresión del pensamiento, la idea, el sentimiento, que se encontraba de forma abstracta y etérea, punto en que no se reconoce protección alguna por parte de ninguna legislación, en esta trascendencia se sucede una objetivación. Pizarro señala: “la objetivación, por cierto, es el único requisito que exige el orden jurídico como condición para el otorgamiento de la protección a favor del autor y de su obra. Dicha objetivación consiste en que la obra debe constar en un soporte material para satisfacer tal requisito...”<sup>12</sup>.

La protección del Derecho de Autor se perfecciona en el momento en que termina de ser expresada la idea por el creador, sin necesidad de formalidades posteriores, siendo el registro que se hace de la obra un acto declarativo de derecho por parte del Estado; lo anterior, frente a los actos constitutivos de derechos que se presentan en las figuras de la propiedad industrial. El sistema de protección tiene como finalidad incentivar la actividad creadora y brindar una certeza jurídica a los autores. A pesar de lo anteriormente mencionado, Ernesto Rengifo nos dice que no solo la ‘objetivación’ es un

---

<sup>10</sup> Arrabal, Pablo. “Manual Practico de Propiedad Intelectual e Industrial”. Ediciones Gestion 2000 S.A. España, 1991. p. 79.

<sup>11</sup> Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anáhuac. México, 2003. p. 296.

<sup>12</sup> *Idem*. p. 295.

elemento esencial, sino que la originalidad también es un punto fundamental y señala: “La originalidad es en criterio básico para la protección de otorga el Derecho de Autor”<sup>13</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que ambos elementos deben conjuntarse para obtener la mencionada protección por los órdenes jurídicos nacionales o internacionales, ya que la mera objetivación de una idea no tiene efecto jurídico si no cumple con el requisito de originalidad que distingue la expresión de una idea de otra; en este sentido se ha expresado: “se debe subrayar que el principio de la creación independiente esta íntimamente relacionado con el principio de la originalidad por cuanto lo que se protege es el esfuerzo humano, el trabajo intelectual propio y no la copia o reproducción manifiesta o simulada del trabajo ajeno”<sup>14</sup>, lo cual es precisamente el motivo justificación que el Estado permita un monopolio al Derecho de Autor, ya que se trata de proteger el esfuerzo intelectual e incentivar la creación de nuevas obras.

En cuanto a la obra, como objeto del Derecho de Autor, es “toda expresión personal susceptible original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, que sea una creación integral”<sup>15</sup> y es clasificada por el Convenio de Berna como literaria o artística. La primera teniendo la particularidad de ser expresada por medio de letras, mientras que la segunda son aquellas expresadas en todas las formas posibles, sin que implique las letras. Esta clasificación intenta incluir las formas de expresión y todos los medios de soporte material, teniendo como único requisito la existencia física de dicha expresión.

En la clasificación específica, es decir, sobre el desglose de los tipos de obras varía conforma a la legislación que se cite, siendo que la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) en México señala como obras: “Literaria;

---

<sup>13</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 79.

<sup>14</sup> *Idem.* p. 100.

<sup>15</sup> Farrell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p. 75.

musical, con o sin letra; dramática; danza; pictórica o de dibujo; escultórica y de carácter plástico; caricatura e historieta; arquitectónica; cinematográfica y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión; programas de cómputo; fotográfica; obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y de compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual”<sup>16</sup>. La mencionada clasificación es exhaustiva y engloba las diferentes actividades de carácter artístico reconocidas en la actualidad.

Asimismo, hay algunas características que dan forma a la naturaleza del Derecho de Autor, estas son: exclusividad, transitoriedad, internacionalidad e informalidad<sup>17</sup>. La primera, referida a que el derecho es concedido al autor o a sus titulares (según sea la circunstancia de la obra) en forma monopólica para su deposición; la segunda, que establece los límites temporales para el ejercicio de la de los derechos patrimoniales; la siguiente, que se basa en el respeto universal del Derecho de Autor, basado en un sistema internacional para su protección (Convención de Berna, TRIPS, entre otros); y la informalidad, que establece la ausencia de requisitos por parte del Estado para el reconocimiento y protección del Derecho de Autor y dentro de su jurisdicción, a lo que, Macías Pizarro agrega: “Una vez que la obra queda incorporada en un soporte material, único requisito para que opere la protección en su favor, es susceptible de explotación comercial”<sup>18</sup>.

Los elementos secundarios o la circunstancia del autor y su obra dentro del Derecho de Autor son: la remuneración del autor, el uso, explotación, modificación, interpretación y ejecución de los derechos patrimoniales. La protección del Derecho de Autor, según Pizarro, tiene dos rangos:

---

<sup>16</sup> Ley Federal del Derecho de Autor, art. 13.

<sup>17</sup> Cfr. Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anáhuac. México, 2003. p. 301-302.

<sup>18</sup> Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anáhuac. México, 2003. p. 301b.

1. Reconocimiento de la calidad de autor y 2. Derecho exclusivo del autor para usar y explotar su obra, por sí o por terceros. En el primer rango, se crea “un vínculo indisoluble y perpetuo y sustancial entre el autor y su obra”<sup>19</sup>, como ya mencionamos; el segundo rango, establece la existencia de los derechos patrimoniales de la obra, los cuales son por naturaleza finitos y, por ende, limitados a un determinado número de años después de la vida del autor, mismos que los trataremos posteriormente. De estos rangos se desprende la existencia formal del derecho moral y el derecho patrimonial, siendo el último objeto principal de estudio en el presente trabajo.

Es conveniente mencionar lo referente a la naturaleza con el derecho moral, caracterizado por ser “irrenunciable, imprescriptible, inalienable, perpetuo y unidos a la persona del autor”<sup>20</sup>. La LFDA añade, a las señaladas características, el concepto ‘inembargable’, separando la calidad de autor de cualquier otro tipo de relación jurídica que pueda tener la persona (deudor, aval, etc.). Por lo que a nosotros respecta, consideramos que debe agregarse la característica de ‘intransferible’ ya que, si bien el reconocimiento o deslinde da la calidad de autor caben dentro de las características antes mencionadas; la facultad de divulgación y de retirar del comercio no necesariamente se engloban en las características de irrenunciable e inalienable, por lo que creemos conveniente sumar esta característica.

Ahora bien, debemos mencionar que el derecho moral está referido, principalmente, a las siguientes circunstancias y facultades ‘reconocimiento de la calidad de autor, deslinde, integridad de la obra, divulgación, retiro de la obra del comercio’. El reconocimiento de la calidad de autor y el deslinde son circunstancias que involucran la relación o no vinculación de la persona con la obra; mientras que la integridad de la obra, divulgación y retiro del comercio, son facultades que tiene el autor para con su propia creación. El derecho sobre la integridad de la obra, le permite al autor la modificación de la misma y, a su vez, la posibilidad de impedir su deformación o modificación

---

<sup>19</sup> *Idem.* p. 296.

<sup>20</sup> *Idem.* p. 299.

sin su autorización; es decir, que estamos frente a un derecho con un aspecto positivo y otro negativo. En cuanto al derecho a la divulgación, la LFDA brinda luz al señalar que el autor puede “determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma o la de mantenerla inédita (artículo 21, fracción I)”<sup>21</sup>. En lo que respecta al derecho de retirar del comercio, es precisamente que el autor puede solicitar que su obra salga del mercado por alguna razón fundada o, incluso, sin razón alguna, a lo que Pizarro señala que se “permite la reconsideración del autor que haya ejercido el derecho de divulgación”<sup>22</sup>, lo anterior liga el derecho a la divulgación y el retiro del comercio, pero en este caso, hablamos de dos derechos, uno de carácter positivo y otro negativo, y no de un mismo derecho con dos aspectos.

Reafirmado lo señalado en el párrafo anterior, vale la pena mencionar, que el derecho moral es inherente a la personalidad del autor y en relación a los derechos patrimoniales (los que analizaremos específicamente a continuación), se ha señalado: “...de existir un acto de enajenación total sobre su obra, el autor sigue conservando un control sobre ella porque de acuerdo con la doctrina del derecho moral la obra siempre permanece unida a la personalidad de su creador”<sup>23</sup>; lo que confirma que independientemente del ejercicio que se realice del Derecho de Autor, incluso al ceder los derechos patrimoniales, queda de forma separada el trato de las facultades reconocidas en el derecho moral por su naturaleza.

Por otra parte, el Derecho de Autor “ha sido un límite a la libertad de contratación y ha implicado la intervención del Estado en una esfera reservada, hasta hace poco, a la actividad privada”<sup>24</sup>, refiriéndonos de forma específica al derecho patrimonial que posee el autor o el titular con respecto a la obra. Este derecho tiene reconocidas algunas facultades que están vinculadas con

---

<sup>21</sup> *Idem.* p. 300.

<sup>22</sup> *Idem.* p. 300.

<sup>23</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 65.

<sup>24</sup> Farrell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p. 73.

el uso y explotación que se realiza sobre la obra, pudiendo realizarse por el propio autor o por terceros, como ya mencionamos. Dichas facultades tienen un aspecto positivo y otro negativo, es decir, que el titular de los derechos patrimoniales, sea el autor o un tercero (persona física o moral) pueda autorizar o prohibir algunas de las siguientes actividades que señala la LFDA: a) la reproducción, publicación, edición o fijación material; b) la comunicación pública; c) la transmisión pública o radiodifusión; d) la distribución de la obra; e) la importación al territorio nacional; f) la divulgación de obras derivadas (la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones) y g) cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley<sup>25</sup>. Estas facultades tienen la particularidad de ser independientes una de otra, pudiendo el titular ejercerlos de forma separada o conjunta, a esto, Mabel Golstein, comenta:

Los derechos patrimoniales son independientes entre si y no están sujetos a un numero predeterminado de formas; su negociabilidad no reconoce mas limitaciones que las establecidas por la ley que los regula...El creador puede fraccionar estos derechos de manera temporal o espacial si se pretende negociarlos con terceras personas para la explotación conjunta o exclusiva de ese tercero, pero la cesión o autorización del uso de los mismos, por mandato de la ley, siempre se presume onerosa, en virtud del concepto retributivo de ellos.<sup>26</sup>

En el párrafo anterior, se vislumbra el fin último que pretende el derecho patrimonial, que es el regular la explotación preponderantemente económica de la creación intelectual, la cual, como menciona también la Maestra Goldstein, “puede ser realizado por actos entre vivos, tales como cesión o venta, donación, préstamo u otros y, asimismo, puede ser transmitido por causa de muerte mediante la herencia, el legado o cualquier disposición testamentaria”<sup>27</sup>, lo que incluye, sin limitar: el uso por parte del autor, la cesión, donación, venta o la autorización para su uso a terceros, todo bajo el marco

---

<sup>25</sup> Ley Federal del Derecho de Autor. Art. 27.

<sup>26</sup> Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p. 44.

<sup>27</sup> *Idem.* p. 131.

de una actividad onerosa a favor del titular y regido por las limitaciones que se establezcan en la propia LFDA. Los mencionados actos que expresan la disposición y explotación de los derechos patrimoniales pueden resumirse en 3 figuras jurídicas: Actos intervivos; Cesión de derechos y Licencias de uso<sup>28</sup>. El primero, que engloba los actos se autoriza el ejercicio de las facultades de los derechos patrimoniales de forma onerosa y temporal; la siguiente, referida a la transferencia de las facultades patrimoniales de forma absoluta e ilimitada; y el tercero, como el medio jurídico idóneo para la autorización de ejercicio de algunas de las facultades patrimoniales, reservándose algunas el titular o autor, según corresponda.

Al igual que los derechos morales, aquellos de carácter patrimonial, nacen en el momento en que las ideas originales son expresadas en un soporte físico o material; sin embargo, su naturaleza no va ligada a la personalidad del autor como los primeros, sino a la naturaleza económica de la obra en el monopolio autorizado por el Estado, que es de carácter temporal por Acuerdo de Tratados y Convenciones, en el orden Internacional, y mandato Constitucional, en las legislaciones nacionales. En cuanto a al terminación de los derechos patrimoniales, el maestro Rengifo señala que “se extinguen por el vencimiento del plazo de protección, por la renuncia del titular de los derechos y por expropiación”<sup>29</sup>, lo que hace surgir un comentario con respecto a la renuncia de dichos derechos y la expropiación de los mismos, ya si bien la posibilidad jurídica existe en ambos casos, también resultan escasas las probabilidades de su existencia en la vida jurídica.

En otro contexto, debemos mencionar los derechos conexos los cuales son aquellas facultades reconocidas a las terceras personas que intervienen en la difusión, comunicación, distribución y/o ejecución de una obra. La participación de estas personas puede en muchos sentidos ser fundamental para el existo de la obra misma. Mabel Goldstein nos comparte que estos

---

<sup>28</sup> Cfr. Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anáhuac. México, 2003. p. 303.

<sup>29</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 194.

derechos “se limitan a presentarlos como derechos concedidos para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con la utilización pública de obras de autores, todas clases de representaciones de artistas, fijación de sonidos o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes”<sup>30</sup>. El interés referido anteriormente tiene ambos aspectos, tanto el moral como el patrimonial; sin embargo, ya que por una parte es claro que la labor de estas personas definen la obra en su estado final y colaboran con el autor para lograr un resultado exitoso, lo cual conlleva un reconocimiento de carácter personal, sin que esto implique dejar a un lado los derechos de carácter económico al participar de los propios réditos que pueda generar la obra.

La naturaleza jurídica de los derechos de autor es compleja, como hemos hecho notar a través los párrafos anteriores, partiendo del punto que estamos hablando de un derecho sobre un bien intelectual, por ende un activo intangible. Esta complejidad se expresa claramente en el siguiente comentario: “La obra es un bien económicamente explotable y un producto de la personalidad de su creador... esta es la razón por la cual el Derecho de Autor se ubica en una zona mixta entre los derechos patrimoniales y los de la personalidad, formando una unidad indisoluble de intereses del creador reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico”<sup>31</sup>; la mencionada descripción refleja la interacción que tiene los derechos de carácter personalísimo (moral) y aquellos de naturaleza económica, que son susceptibles de transacción y especulación comercial, bajo reglas específicas por ser activos de intangibles, es en esta interacción en donde se encuentra el ‘quid’ del Derecho de Autor.

En este mismo sentido, mucho es lo que se ha especulado sobre este tema y lo cierto es que no es sencillo encontrarle cabida dentro de las figuras clásicas del Derecho a la señalada interacción. A esto Mabel Golstein señala:

---

<sup>30</sup> Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p. 46.

<sup>31</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 69.



Fernando Zapata López afirmó: Sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Autor bastante se ha discutido. Las tendencias van desde considerar este derecho como crediticio, en el cual el autor es el titular de un crédito, pasando por asimilarlo a la propiedad sobre las cosas como objetos corporales susceptibles de valor, equiparándolo al derecho real de dominio, hasta tenerlo como una propiedad *sui generis* o especial. Entre las distintas tesis que se han expresado, la mas aceptada es esta ultima, en la cual el autor goza de los atributos de la propiedad común, es decir, el *just truedi, jus utendi* y las prerrogativas de persecución y preferencia.<sup>32</sup>

Coincidimos con la opinión de Zapata López al señalar que es una propiedad *sui generis*, ya que como mencionamos, al tratarse de un activo intangible requiere de una especial regulación, aunque pueda compartir alguna característica con otros bienes objetos de apropiación reconocidos por el Derecho. La razón principal de regulación especial es la naturaleza ambivalente de dicho derecho, su raíz moral y patrimonial, con todas sus características; ya que si bien, los derechos patrimoniales poseen la mayoría de las características del resto de los bienes objeto del comercio, los derechos morales no poseen dichas cualidades por estar ligadas directamente a la personalidad del Autor.

También se ha identificado al Derecho de Autor como un derecho real y un derecho de personalidad. Rangel Medina señala que el autor tiene un derecho real con respecto a su obra y que al ser un resultado de su ingenio es también una prolongación de la personalidad exteriorizada en su creación<sup>33</sup>, punto que hemos analizado anteriormente.

Bajo todas las anteriores consideraciones, pensamos que debe mantenerse la regulación especial sobre el Derecho de Autor, en la que se establezcan las facultades específicas sobre los derechos morales reconocidos y reglas claras en la disposición de los derechos patrimoniales, susceptibles de aplicar figuras correspondientes al entorno civil y mercantil del derecho, siempre bajo la luz de que dada su naturaleza de bien intangible no es posible aplicar directamente todas las figuras amparadas bajo ambas ramas jurídicas.

---

<sup>32</sup> Goldstein, Mabel. "Derecho de Autor". Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p. 45-46.

<sup>33</sup> Cfr. Rangel Medina, David. Derecho Intelectual. Ed. McGraw-Hill. México. 2003. p. 112.

### 3.2 Origen y evolución del Derecho de Autor

El origen y evolución del Derecho de Autor nos permiten analizar los motivos que impulsaron su desarrollo, así como la teoría sobre el que se va generando la propia naturaleza del mismo. Es importante señalar que en el presente documento realizaremos una breve síntesis de los hechos y circunstancias de mayor relevancia histórica, en cada caso es necesario que nos situemos en la época para tener una perspectiva correcta sobre las características que presentaron en la época.

Sobre el nacimiento de las legislaciones sobre la materia, Ernesto Rengifo señala: “Es con el derecho a la remuneración que se inicia la historia positiva del Derecho de Autor”<sup>34</sup>; lo que responde a la evolución propia que ha tenido este derecho. Una de las más antiguas teorías que encontramos relacionadas con el Derecho de Autor como tal, es la teoría del privilegio, la cual se establece en una forma de gobierno monárquica, en la cual el rey era depositario de todos los derechos que nacían bajo sus dominios, por lo que “es una solución que se plantea en una época en que el Rey era el depositario de todos los derechos que pertenecían a la comunidad o el único titular de esos derechos, siendo por tanto lógico ver en la facultad del autor, o de la persona a quien el Rey se lo había concedido, un mero privilegio otorgado por el monarca”<sup>35</sup>.

Si bien pudieron haber existido casos aislado de reconocimiento de derechos por parte de reyes o gobernantes, lo cierto es que hasta el “estatuto de la Reina Ana” es cuando se institucionaliza el reconocimiento de un derecho de carácter monopólico por un tiempo determinado a los autores, a lo que Jesús Rodríguez comenta: “Hasta el 10 de abril de 1710 cuando el Parlamento inglés dictó el estatuto de la Reina Ana, considerado como el más antiguo documento legislativo que reconoce los derechos de los creadores intelectuales, otorgándoles derechos exclusivos de reproducción por veintiún

---

<sup>34</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 161.

<sup>35</sup> Farell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, Mexico. 1966. p. 58.

años”<sup>36</sup>. La importancia del presente documento radica en que constituye el primer precedente documentado sobre un acto legislativo con tal concesión de derechos hacia particulares. Un poco más adelante, Luis XVI reconoció mediante decretos oficiales privilegios a favor de los autores literarios y artísticos un derecho exclusivo de reproducción, generando una de las primeras tendencias hacia el desarrollo de un derecho patrimonial importante para la época; sin embargo, esta evolución fue truncada por la Revolución Francesa en la que se abolieron los privilegios adquiridos.

Por otra parte, Carlos III de España concedió a los autores un privilegio sobre sus obras posterior a su muerte, uniendo las mismas a la masa hereditaria. En la Enciclopedia Jurídica Mexicana se señala: “La real orden de 20 de octubre de 1764 ... declaraba que los privilegios concedidos a los autores no se extinguían con su muerte”<sup>37</sup>. Un poco más adelante, las Cortes Generales y Extraordinarias españolas reconocieron el monopolio sobre la impresión de las obras a los autores por 10 años posteriores a la muerte del autor; sin embargo su aportación fue el establecer un derecho exclusivo de 40 años para las obras realizadas por mas de un autor, Jesús Rodríguez comenta: “Las Cortes Generales y Extraordinarias españolas el 10 de junio de 1813 expidieron las Reglas para Conservar a los escritores la “propiedad de sus Obras”, que concedía al autor el derecho exclusivo de imprimir sus escritos durante toda su vida mas diez años a favor de sus herederos, a partir de su fallecimiento; confería un privilegio de cuarenta años al autor integrante de un cuerpo colegiado...”<sup>38</sup>. Estas regulaciones constituyen los primeros intentos para reconocer un derecho de carácter exclusivo a favor de los autores sobre sus obras, estableciendo los puntos esenciales sobre la remuneración por el uso de las creaciones.

---

<sup>36</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p. 390.

<sup>37</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p. 390.

<sup>38</sup> *Idem.* p. 390.

Muy ligado con el desarrollo legislativo del Derecho de Autor, especialmente en su aspecto patrimonial, ha estado a evolución del concepto de regalías. La regalía es la denominación jurídica de la remuneración reconocida a los autores, constituyéndose un “incentivo para crear, al concederles el derecho exclusivo a beneficiarse y controlar ciertos usos específicos de sus trabajos”<sup>39</sup>. El origen del concepto fue de carácter eclesiástico, referidas a los “negocios eclesiásticos han sido tanto concesiones y privilegios pontificios”<sup>40</sup>, incluso el propio diccionario de las Autoridades describen al concepto como “la preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que, en virtud de suprema autoridad y potestad ejerce cualquier soberano en su reino o Estado. . . En la Alta Edad Media, las regalías (*ius regalible*) aparecen como derechos de tipo financiero o económico, que corresponden de modo exclusivo al monarca, aunque también son derechos que se basan en la propiedad privativa de este, de bienes que por su naturaleza se consideran inalienables e inapropiables por los particulares”<sup>41</sup>. La regalía ha evolucionado hasta llegar a reconocerse como la forma jurídica de remuneración para los artistas sobre la explotación económica de sus creaciones, inclusive por cada una de las facultades reconocidas en los derechos patrimoniales.

Dentro del siglo pasado, las leyes “modernas”, impulsadas por la doctrina, dieron al principio un matiz fuera del régimen de propiedad al Derecho de Autor, enmarcándolo como un privilegio concedido por la ley a los autores, en este sentido, en 1928 el “Código Civil para el Distrito y territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, estimó que el derecho de que trata esta materia es un derecho distinto al de la propiedad que consiste en un privilegio de exploración denominado *Derecho de Autor*”<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> A. Kurtz, Leslie. “Derecho de la Propiedad Intelectual”. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p. 84.

<sup>40</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo IV”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p. 136.

<sup>41</sup> *Idem*. p. 136.

<sup>42</sup> *Idem*. p. 390.

Poco tiempo después, se comienza la legislación sobre la materia con la expedición de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor en 1947, pasando por múltiples reformas hasta llegar a la actual Ley Federal del Derecho de Autor. Dentro de estas reformas unas de las de mayor relevancia fue el aumento de la temporalidad en la protección de las obras literarias y artísticas, siendo actualmente de 100 años después de la muerte del autor. Esta limitante temporal la analizaremos con mayor profundidad más adelante.

Asimismo, en la evolución de las legislaciones nacionales el resto de los límites a los derechos patrimoniales también han cambiado, según las realidades propias de la época hasta llegar a establecer las fronteras de estos derechos en el punto del interés público, siendo el principal interés, fomentar el desarrollo cultural e ideológico de la sociedad. Es conveniente analizar estos puntos, ya que como veremos en el punto 4, las limitantes relacionadas con el interés público del Estado tienen una diferente tipificación tanto en EUM como en EUA, siendo importante realizar el estudio comparativo para encontrar áreas de oportunidad dentro de los esquemas actuales.

#### 4. ANÁLISIS DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES AL DERECHO DE AUTOR

Existen diversas teorías que fundamentan la existencia de los derechos patrimoniales en la materia que nos ocupa, algunas hipótesis que parten de la expansión del concepto de apropiación al mundo espiritual (Doctrina Roguín); otras sobre la prohibición para reproducir la obra de otro (Teoría *Ex Delicto*); algunas más sobre la protección de la personalidad del autor en sus obras (Teoría del derecho a la personalidad); hasta llegar a que la regulación del Derecho de Autor es de naturaleza *sui generis*, dada su naturaleza ambivalente<sup>43</sup>. Lo cierto es que, como ya mencionamos, los derechos patrimoniales consisten de forma genérica en la facultad que tiene un autor para disponer y explotar, con un fin preponderantemente económico, una obra, por sí mismo o por medio de terceros autorizados por él.

---

<sup>43</sup> Cfr. Farrell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p. 58- 63.

Ahora bien, bajo la premisa que el Estado es el que reconoce un derecho, es el propio Estado, quien establece límites para la explotación monopólica de este derecho, que constituye un interés privado. Estos límites se establecen en todos los marcos regulatorios que ocupan al presente estudio, tanto de la perspectiva internacional, en los tratados, como en el punto nacional, en el orden constitucional y las leyes que emanen de ésta. Sobre esto, Rengifo, se expresa claramente al mencionar: “No obstante que los derechos de explotación del autor constituyen un monopolio o exclusiva de utilización económica de su obra, por virtud de la cual nadie puede explotarla sin su autorización, ellos sufren determinadas limitaciones”<sup>44</sup>. Ahora bien, dado que cada ordenamiento impone límites diferentes, es conveniente analizar cada uno de forma específica.

#### 4.1 Regulación jurídica Internacional

La intención de proteger el vínculo de las obras con sus autores y de regular su explotación por sus titulares, generó la necesidad de un sistema de reconocimiento y protección del Derecho de Autor en forma global. Uno de estos primeros intentos es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), la cual surge con el crecimiento de las relaciones multilaterales y establece que “toda persona tiene el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, de disfrutar de las artes y de compartir el avance científico y sus beneficios y que toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que resulten de cualquier producción científica, literaria o artística de la cual ella sea su autora”<sup>45</sup>. Estos principios establecen un interés público y uno privado, el primero genera para el Estado la obligación de proveer los medios para que sus gobernados sean parte de la vida cultural y el avance de la ciencia; mientras, que el segundo

---

<sup>44</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 176.

<sup>45</sup> Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

señala una declaración acerca de que los hombres tenemos el derechos sobre nuestras creaciones intelectuales y científicas.

De lo anterior, el propio Rengifo señala: “Del texto en su conjunto se deduce que los derechos intelectuales se encuentran limitados por el interés publico y, además, pone de manifiesto los factores esenciales que hay que tener en la cuenta para llegar a una ponderada y equitativa comprensión de la Propiedad Intelectual: cultura, interés publico y derechos de los autores”<sup>46</sup>. Coincidimos en que cualquiera de las facultades del derecho patrimonial en la materia que nos ocupa está sujeta al interés público, siendo este último, la fuente principal de las limitaciones que se consagran tanto en los marcos jurídicos internacionales como en los nacionales de los EUA y los EUM.

Ahora bien, dentro de la regulación internacional sobre las limitaciones de los derechos patrimoniales encontramos dos acuerdos que toman especial relevancia, el primero, es el Convenio de Berna, de carácter multilateral y que constituye el mayor esfuerzo para generar el sistema internacional sobre el derechos de autor; y el segundo, es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, acuerdo de índole regional y que establece el marco de las relaciones en la materia entre EUA y EUM.

#### 4.1.1 CONVENIO DE BERNA

El destino universal de las creaciones intelectuales (obras), como ya mencionamos, es fundamento de la creación de una regulación internacional y nacional, que permitan dar forma al sistema de protección y control de los derechos de autor. Este sistema internacional que crea el Convenio de Berna se regula en el primer artículo del mismo, en la que se constituye una Unión de Estados con la finalidad de *protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas*; sin embargo, el presente sistema incluye elementos de propiedad industrial, al proteger las obras, razón por la cual en

---

<sup>46</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 77.

“la oficina de la Unión Internacional, creada por el Convenio de Berna, se controla al mismo tiempo ambas propiedades, la intelectual e industrial, agrupadas hoy en el ‘Bureaux Internationaux Reunis’”<sup>47</sup>.

En este contexto, resulta conveniente analizar las obras que protege la convención, señaladas en su artículo segundo, que son:

Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.<sup>48</sup>

Cabe mencionar que la definición de las creaciones protegidas bajo el concepto de “obras literarias y artísticas” se define los primeros dos renglones de lo citado, ya que el resto son ejemplos enunciativos mas no limitativos de la propia descripción, tan es así, que se agrega la cuestión científica y no sólo la cuestión literaria y artística. Asimismo, se refiere a las colecciones y a las obras derivadas, las cuales no son parte primordial del presente estudio, por lo que sólo diremos que las primeras están constituidas por la recopilación de diversas obras en una nueva obra, tales como enciclopedias y antologías; y las segundas, son aquellas obras que nacen de la modificación de una obra ya existente, en la que dicha transformación es importante, pero conserva la esencia de la idea expresada por el autor originario, como las traducciones o adaptaciones.

---

<sup>47</sup> Farell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p. 76.

<sup>48</sup> Convenio de Berna, artículo 2.



Una vez definido el objeto principal de protección amparado en la convención, comenzaremos a analizar las limitaciones que maneja el mismo, mencionado que algunas de estas limitaciones son genéricas y dejadas, en su mayor parte, a las legislaciones nacionales, tales como el requisito de fijación (*fixation*, en la legislación de EUA) o la protección de los textos legislativos. Sobre estas fronteras en los derechos patrimoniales el maestro Rengifo comenta: “La legislación del Derecho de Autor contiene limitaciones en cuanto al alcance y el ejercicio de los derechos objeto de protección. Limitada en el tiempo; derechos exclusivos de su explotación, pero limitados por razones de la enseñanza, la investigación, la cultura, la crítica y la información...”<sup>49</sup>. En esta descripción encontramos una breve semblanza de las razones y de las reglas para la explotación de los derechos de carácter económico en las obras.

En lo que nos ocupa, la primera limitación al Derecho de Autor se encuentra expresado precisamente en el mismo artículo segundo, que en su sección octava, excluye de la protección del convenio a “las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa”<sup>50</sup>, esta misma limitación se replica en las legislaciones nacionales de cada país, estableciendo diferentes requisitos y formalidades, mismo que analizaremos más adelante. Este límite establecido se funda en dos razones básicas que se relacionan, una es que la naturaleza de las noticias es principalmente que sea difundida y la siguiente radica en dar la misma protección que al resto de las obras generaría acciones en contra de la esencia mencionada, dado lo impráctico que sería formalizar una autorización por cada noticia que se emita para su difusión por terceros.

Por otra parte, uno de los límites de mayor relevancia en los derechos patrimoniales es la limitación temporal de los mismos, considerando que de no existir esta frontera, se produciría un detrimento o una parálisis en el desarrollo de la creación literaria, artística y científica, ya que llegaría un punto en el que no podríamos realizar cualquier obra sin infringir al menos

---

<sup>49</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 50.

<sup>50</sup> Convenio de Berna, Artículo 2.

parcialmente un desarrollo anterior. Sobre esto, en forma diferente más bajo el mismo concepto, se expresa Leslie A. Krutz:

Si un autor pudiera controlar una idea, simplemente al expresarla en una forma, la materia prima disponible para los otros autores se vería disminuida. La creatividad y el intercambio de ideas se vería impedido, en lugar de fomentarse. Las ideas en el trabajo de un autor son bloques de construcción básicos, y se dejan sin protección a fin de evitar una indebida inhibición en la creación de los demás<sup>51</sup>.

Aunado a esto, mantener un privilegio en estas condiciones provocaría la oportunidad un monopolio de carácter permanente prohibidos por los Estados (en privilegios a particulares), y ser una figura económica sumamente ineficiente en el desarrollo de la economía y del comercio. Sobre la limitación temporal, Pablo Arrabal, señala: “El monopolio que se otorga a los intelectuales sobre sus ideas no es eterno. Tiene un limite temporal razonable que les permite obtener un pleno resarcimiento de su esfuerzo mediante la comercialización de sus obras en el mercado mundial”<sup>52</sup>, descripción con la que también coincidimos, en la idea de que los derechos patrimoniales buscar recompensar el esfuerzo del autor, más no eternizar el aspecto económico atribuido a su favor por sus creaciones.

En este contexto, la regulación sobre la temporalidad de los derechos patrimoniales esta dada en el artículo 7 del Convenio en donde se establecen los parámetros, dentro la Unión del Estados en el acuerdo, sobre la protección concedida, la cual se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. Dentro del mismo artículo se señala el caso de obras anónimas o bajo un seudónimo, en las cuales el tiempo señalado anteriormente correrá a partir de que hayan sido hechas al público de forma lícita. Asimismo, el artículo 7 *bis* resuelve la situación para las obras hechas en colaboración describiendo la regla sobre la que el término comienza a correr después de la

---

<sup>51</sup> A. Kurtz, Leslie. “Derecho de la Propiedad Intelectual”. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p. 88.

<sup>52</sup> Arrabal, Pablo. “Manual Practico de Propiedad Intelectual e Industrial”. Ediciones Gestión 2000 S.A. España, 1991. p. 12.

muerte del último autor. Cabe recalcar que el propio Convenio reconoce las presentes reglas como el límite mínimo sobre la temporalidad de los derechos que deben contener las legislaciones nacionales de los miembros de la Unión, pudiendo éstos ampliar dicha protección mediante su legislación particular, tal como es el caso de los países objeto del presente análisis.

Ahora bien, no solamente existen limitaciones temporales reconocidas en el Convenio de Berna, en una forma general e incluso vaga el documento da el fundamento para establecer nuevos límites, a criterio de los Estados miembros, a la explotación de los derechos patrimoniales. El artículo 9 establece que las legislaciones nacionales podrán “permitir la reproducción de dichas obras (las protegidas por el Convenio) en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”<sup>53</sup>. En la redacción, apreciamos tres conceptos que son fundamentales y resultan muy amplios, dejando la responsabilidad a las legislaciones nacionales de aterrizarlos en sus regulaciones; sin embargo en el caso de los EUM esto no sucede.

Es importante mencionar que los ‘casos especiales’ están normalmente ligados a cuestiones de interés público, tales como el desarrollo de la cultura y la investigación científica, la conservación de obras y aquellas limitaciones que considere pertinentes cada miembro de la Unión. En este caso, el legislador no es completamente libre, debe someter sus casos a que no se afecte la explotación normal de la obra, ni se cause un perjuicio injustificado a los titulares en sus derechos. El presente artículo toma especial relevancia en el caso de los EUM, ya que prácticamente se toma casi en su totalidad para establecer los nuevos límites, sin que se describa de una forma clara algunas de las limitantes establecidas, las cuales analizaremos más adelante.

En el artículo 10, se describe específicamente la cita textos y uso de obras como una limitación al derecho patrimonial, estableciendo reglas sobre su uso lícito. Esta regulación se ordena mediante una serie de requisitos básicos

---

<sup>53</sup> Convenio de Berna, Art. 9.

para la citas, el primero es que la obra se haya hecho accesible al público lícitamente (parte de las facultades otorgadas por el derecho moral con las características antes descritas), manteniendo un uso honrado y en medida justificada para el fin que se persiga, en todo caso se deberá mencionar la fuente y el nombre del autor. Nuevamente el Convenio maneja conceptos y lineamientos muy generales, dejando expresamente a las legislaciones nacionales la libertad de establecer parámetros específicos o casos a seguir. En cuanto al uso, el propio Convenio repite los conceptos de la cita de textos, señalando que serán las mismas legislaciones nacionales las que establezcan los casos del uso lícito de obras protegidas bajo el presente convenio con motivo de enseñanza y fines culturales. Lo anterior resulta lógico en la inteligencia que el interés público es diferente en cada sociedad, así como las prioridades que establezcan los Estados para incentivar el desarrollo de conocimiento; por lo que resulta congruente que sean las propias legislaciones nacionales las que definan la rigidez o flexibilidad de las situaciones, situación que veremos contrastante cuando analicemos las legislaciones de los EUM y los EUA.

Continuando con las limitaciones expresadas en el Convenio, el artículo 10 *bis*, contiene disposiciones similares a las que hemos analizado, dejando a los Estados miembros que definan los casos y los puntos específicos en base a los lineamientos generales que brinda el Convenio. En el orden señalado, el acuerdo propone la posibilidad de permitir la reproducción de los artículos de actualidad por los medios de comunicación, siempre y cuando no haya sido reservada expresamente la transmisión; igualmente, la posibilidad de permitir que las imágenes y sonidos sobre asuntos de actualidad sean transmitidos con fines informativos. Es evidente que la intención de estas disposiciones sería el dar movilidad a la información actual y no detener el conocimiento de los asuntos que ocurren dentro de la sociedad, cabe recalcar, que deja claro el respeto que se debe de dar a la voluntad de los titulares que se reserven los derechos en el caso de las retrasmisiones de imágenes y sonidos.

Dado lo anteriormente expuesto obtenemos que el Convenio de Berna es una de las figuras jurídicas más importantes para la regulación de la materia,

estableciendo el sistema de colaboración y la regulación básica para dar forma y coherencia a las legislaciones nacionales.

#### 4.1.2 ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (SECCIÓN I).

Por otra parte, tenemos el acuerdo sobre Propiedad Intelectual de la OMC (TRIPS), el cual constituye un intento de dar lineamientos sobre el manejo de la Propiedad Intelectual dentro de su aspecto comercial a nivel global. Este acuerdo contiene referencias al propio Convenio de Berna que hemos analizado en lo que corresponde a la cuestión conceptual, estableciendo una relación estrecha entre ambos instrumentos.

Al igual que el convenio de Berna, la primera limitación al aspecto económico del Derecho de Autor consagrado en el acuerdo es la cuestión de temporalidad. Estableciendo nuevamente una medida mínima de 50 años (excluyendo las obras fotográficas de arte aplicado); sin embargo, una diferencia importante en el tratamiento de la duración de estos derechos es desde cuando considera el inicio del término, el cual es desde el final del año de la publicación autorizada o, en caso de que no haya una publicación, es a partir del final del año de su realización. Esta consideración es importante ya que reduce considerablemente el tiempo de explotación de la obra, cabe recalcar, que éste parámetro está basado en la “obra” y su realización, mientras que en el Convenio de Berna el parámetro está ligado al autor.

En el artículo 13, se fundamenta jurídicamente la existencia de las limitaciones al derecho patrimonial, la redacción es la siguiente: “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”<sup>54</sup>. En dicho artículo, se regula la posibilidad que los miembros del acuerdo puedan establecer “casos

---

<sup>54</sup> Acuerdo sobre los aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

especiales” con limitaciones o excepciones a la explotación exclusiva; no obstante, esta atribución está circunscrita en que no se afecte la explotación normal de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los titulares. Estas fronteras tienen un carácter general, simplemente dando lineamientos sobre la dirección que deben cumplir los miembros en sus legislaciones nacionales. Es de recalcar, que la presente regulación esta dirigida a mantener la equidad en el comercio, por lo que resulta lógico que los casos de excepción sean circunscritos a su vez por lineamientos de carácter económico, considerando que alguna medida exagerada o injusta provocaría que el comercio de Propiedad Intelectual se desincentivara.

El presente acuerdo constituye un esfuerzo, desde la esfera comercial, para dar firmeza jurídica a las decisiones de los Estados miembros sobre las decisiones y excepciones relacionadas con la explotación de los derechos de autor, incluyendo el trato comercial que se realice sobre los mismos.

#### 4.1.3 TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (CAP. XVII)

Desde el punto de vista regional, los EUM y EUA han llegando a un acuerdo sobre el tema que nos ocupa, este se regula en el capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual contiene las bases para el trato de la Propiedad Intelectual entre sus países miembros y en el que se fundamentan jurídicamente sus esfuerzos para brindar certeza en las relaciones comerciales amparadas bajo el propio tratado.

Analizando de lo general a lo específico, el artículo 1701 establece una obligación de forma general para la protección de la Propiedad Intelectual, asegurando la existencia de los medios jurídicos para su defensa y el señalamiento de reglas para evitar que los derechos de Propiedad Intelectual, entre ellos los derechos de autor, se conviertan en un obstáculo para el comercio. En este artículo, se basa el desarrollo de las legislaciones y el trato jurídico regional a estos derechos, en el que si bien se encuentran puntos generales, son básicos para el seguimiento acorde de las legislaciones. Es conveniente mencionar lo que el artículo refiere como “asegurándose a la vez

de que las medidas destinadas a defender esos derechos no se conviertan en obstáculos al comercio legítimo”<sup>55</sup> es el fundamento general para el establecimiento de limitaciones al derecho exclusivo de explotación.

Al igual que el Convenio de Berna y el TRIPS, el tratado abre la posibilidad a que los Estados Miembros puedan elegir dar una protección más amplia que la concedida en el acuerdo, estableciendo en sentido positivo esta atribución. En este mismo sentido, el TLCAN repite prácticamente el artículo del TRIPS que fundamenta la existencia de limitantes a los derechos de explotación, imponiendo incluso los mismos candados para dichas medidas, el artículo 1705 sección 5 señala a la letra: “Cada una de las partes circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra ni ocasionen perjuicio injustificadamente a los legítimos intereses del titular del derecho”<sup>56</sup>. Lo anterior refleja los intereses de ambos países de ligar sus obligaciones a las establecidas a nivel internacional.

El TLCAN, específicamente en las cuestiones de limitaciones al Derecho de Autor, refuerza la regulación y la intención de ambos países de preservar esta oportunidad de los Estados para establecer “casos especiales”; sin embargo debemos señalar, que no aporta novedades al entorno a la regulación dentro del tema que nos ocupa.

#### 4.2 Regulación jurídica en los Estados Unidos Mexicanos (EUM)

En los EUM la regulación del Derecho de Autor se sitúa a nivel Constitucional y en la legislación federal que de ella emana, denominada Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA). Específicamente las limitaciones a los derechos patrimoniales se establecen en ambos ordenamientos, en nuestra Carta Magna Federal se encuentra contemplado que dichos privilegios a los autores e inventores será de carácter temporal; mientras, que en la ley reglamentaria

---

<sup>55</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte, art. 1701, secc. 1.

<sup>56</sup> *Idem*, art.1705, secc. 5.

correspondiente (LFDA) se establece de forma específica tanto el límite temporal como las limitaciones establecidas siguiendo el interés público del Estado y el cumplimiento de sus responsabilidades con la Nación.

Es conveniente que analicemos detalladamente las regulaciones mencionadas para conocer sus motivos y efectos dentro del Derecho de Autor.

#### 4.2.1 MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de su capítulo económico, reconoce la existencia de la Propiedad Intelectual, así como el otorgamiento de un privilegio de explotación sobre el Derecho de Autor y la propiedad industrial.

El artículo 28 Constitucional establece la prohibición expresa para los monopolios, así como toda práctica monopólica que incluya un privilegio “injusto” a favor de determinada persona, física o moral. Esta prohibición no es absoluta, el propio artículo contempla algunos casos en las que no se considerarán monopolios determinados privilegios y actividades, entre ellos los derechos de los inventores y autores con sus obras. El artículo constitucional expresa los lineamientos mencionados en las partes que transcribimos del mismo:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan estas leyes.

...

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora

...<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 28.



De esta transcripción se desprende que el derecho de exploración de las creaciones intelectuales correspondientes al Derecho de Autor y la propiedad industrial no constituyen un monopolio por mandato constitucional, siempre y cuando estén limitados por una temporalidad, única condicionante a este mandato. Es importante señalar que el artículo constitucional sólo regula el aspecto patrimonial del Derecho de Autor, dejando la paternidad de la obra, es decir, su aspecto moral, fuera de la condicional temporal esgrimida. Lo anterior resulta entendible y justo, ya que el derecho moral se desprende de la personalidad del autor al expresar la idea en su creación, como ya hemos mencionado, mientras que el derecho a la explotación está ligado a la obra en sí misma.

Asimismo, el Estado tiene, a nuestro entender, dos motivos fundamentales para establecer, por una parte, el privilegio a los autores e inventores y, por la otra, la temporalidad sobre dicho privilegio. El primero responde a promover e incentivar la creación intelectual y cultural dentro de la sociedad que rige, dando una justa retribución a aquellas personas que ocupan sus capacidades en dicha evolución de la sociedad. La segunda, al establecer un derecho exclusivo permanente de uso y explotación de una obra, no sólo sería establecer un monopolio injusto y contrario a las teorías sobre la eficiencia de los modelos económicos, sino que se desincentivaría la creatividad y el desarrollo intelectual, ya que llegaría un punto en el que limitaríamos tanto la expresión de las ideas, que ya no podríamos usar ninguna expresión sin violar un derecho.

Es importante señalar, que este aspecto temporal, está ampliamente regulado en la ley reglamentaria correspondiente, LFDA, que analizaremos detenidamente más adelante.

Por otra parte, el artículo 73 fracción XXIX-F de la misma carta magna de los EUM otorga al Congreso de la Unión las atribuciones para regular las cuestiones relacionadas con desarrollos de Propiedad Intelectual. La fracción expresa lo siguiente: “XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los

conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional”<sup>58</sup>. La mencionada atribución reconoce la competencia del Congreso de la Unión para dar forma al trato jurídico que debe darse a las creaciones intelectuales, su difusión, transferencia y explotación dentro de lo señalado para el desarrollo de la Nación. Esta facultad tiene su correlativo en la Constitución de los EUA, inclusive este artículo es la única fuente Constitucional relacionada con la Propiedad Intelectual, incluyendo el Derecho de Autor que nos ocupa, como analizaremos posteriormente.

Si bien, la regulación constitucional es parca, coincidimos en que dicha regulación no debe incluir clarificación en demasía, sino reconocer la existencia de la Propiedad Intelectual y brindar facultades para su regulación, cumpliéndose ambos supuestos. Podríamos recomendar el actualizar los conceptos y redacciones; sin embargo, la labor primordial se encuentra en las legislaciones reglamentarias, que se regula en lo particular la Propiedad Intelectual.

#### 4.2.2 LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y REGLAMENTO

La Ley Federal del Derecho de Autor y su reglamento constituyen los ordenamientos que reglamentan los derechos morales y patrimoniales de las creaciones intelectuales, desde determinar los titulares hasta señalar el tratamiento que debe darse a los diferentes tipos de obras. Específicamente, la explotación patrimonial exclusiva de las creaciones intelectuales por parte de los autores e inventores permitida por la Constitución, esta regulada en los títulos II al VII. En la presente sección, analizaremos los límites temporales y de explotación, haciendo especial énfasis en el título VI, el cual está dividido en 3 capítulos, el primero sobre la limitación de utilidad pública, el siguiente es sobre los límites a los derechos patrimoniales y el último sobre el dominio público.

---

<sup>58</sup> *Idem*, artículo 73.

La LFDA establece en su artículo 29 los límites temporales generales para las creaciones intelectuales protegidas bajo la ley del Derecho de Autor. Resulta bastante amplia la protección al aspecto patrimonial, reconociendo 100 años después de la muerte del autor o del último coautor para aquellas obras con paternidad reconocida y de 100 años después de su divulgación para aquellas con autor desconocido. Es importante recalcar que en la reforma de Julio de 2003, el segundo supuesto fue modificado eliminando los casos en los que se debería aplicar el mismo, en la cual, se refería a obras póstumas y las obras echas al servicio oficial de las diferentes esferas del Gobierno Mexicano. Esta reforma de entrada nos parece que deja una laguna dentro de la aplicación de este segundo supuesto, ya que si bien en la versión anterior de la ley no se mencionaba a las obras anónimas o de autor desconocido, por lo que resultaba, a nuestro entender, necesario incluir esta última clasificación dejando el resto de los supuestos o sumar un supuesto general que describiera aquellas obras que no se incluyan dentro del supuesto relacionado con la muerte del autor o autores.

Una limitación a favor de los autores y titulares de los derechos patrimoniales sobre la explotación mediante su transmisión a terceros, está pactado en el artículo 33, el cual establece dos supuestos sobre dicho caso. El primero establece que si no hay un acuerdo el término de la transmisión de los derechos, dicha transacción jurídica se entenderá por 5 años; mientras que el segundo, deja abierta la oportunidad para que se acuerde una explotación mayor a 15 años, siempre y cuando, la naturaleza de la obra así lo permita o inversión justifique dicho pacto. Si bien el artículo contiene, por un lado, la protección al autor, para evitar un abuso por parte de los dueños del capital; y, por el otro, deja la puerta abierta para la posibilidad para hacer un convenio de explotación mayor de forma limitada por las condiciones señaladas. Por nuestra parte, consideramos que dichas excepciones son ambiguas, no obstante, su eliminación implicaría un daño para los autores, por un lado por no limitar de ninguna forma la transferencia de derechos patrimoniales y, por otra, dejar sin inversionistas aquellas obras las cuales por su ‘naturaleza’ o inversión sea inviable mantenerlas.

Ahora bien, estas excepciones se amarran en el reglamento de la LFDA propiamente en el artículo 17 estableciendo mayores requisitos a la puerta que deja abierta la ley, estos son: expresar la causa que justifique la naturaleza y registrarse el convenio ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR). Además de estos requisitos formales, el artículo reconoce de fondo 5 casos en las que se podría realizar un pacto mayor a 15 años, los casos son:

- a) Obras que por su extensión se pague una inversión ‘muy superior’ a la que se pague por otras de su clase;
- b) Obras musicales que requieran un periodo mas largo de difusión;
- c) Aportaciones incidentales a una Obra de mayor amplitud;
- d) Obras literarias o artísticas que se incorporen a los programas de medios electrónicos; y
- e) Obras que por su naturaleza, magnitud de la inversión, número de ejemplares o el número de artistas e intérpretes o ejecución.

Estos casos reconocidos por el reglamento, son a nuestro parecer igual de generales que la propia ley, dando una limitación demasiado laxa a la libertad concedida por la misma ley. Dado lo anterior, tenemos las siguientes críticas, en el primer caso como se define una inversión muy superior, ya que si no es posible definirlo, no es posible aplicar la limitación misma de forma directa y tendría que ser la propiedad Autoridad en la materia, el INDAUTOR, quien decreta esta situación; en cuanto a la segunda, quien podría definir que una obra musical requiera una mayor difusión, dada la laxitud del artículo es evidente que nuevamente tendría que una autoridad decretar este hecho; el tercero nos parece que es lo suficientemente específico por lo que creemos que no vale la pena abundar; el penúltimo caso, nos habla de aquellas obras que sean parte de los medios electrónicos, en realidad el reglamento deja una ventana importante para la industria del software, así como cualquier obra que se encuentre por medios electrónicos; y finalmente, da una total apertura para el resto de las obras, estableciendo supuestos ambiguos para hacerlo e incluso copiando la propia ley.

El título VI de la LFDA establece las diferentes limitaciones a los derechos de autor, dividiéndose, a su vez, en tres capítulos. El primero sobre la ‘Causa Pública’, el segundo de la limitación a los derechos patrimoniales y el tercero, es del ‘Dominio Público’. Los títulos de estos capítulos pretenden describir diversos casos en las que se limitarán el cobro de regalías o necesidad de una autorización por parte de los titulares, salvo el capítulo primero, ya que en el se establece la atribución a el Ejecutivo Federal para realizar publicaciones o traducciones necesarias para el desarrollo de la ciencia, cultura y la educación nacionales, mediante el pago a los autores, solicitando su autorización respectiva.

Por otra parte, en el capítulo segundo se establecen los supuestos en los que se dan las limitaciones principales a los derechos patrimoniales, las cuales son las de mayor similitud con el ‘*fair use*’ de EUA. Los artículos 148 al 151 de la LFDA y sus correlativos 44, 45 y 46 del reglamento de dicha ley, son fundamentales para hacer viable jurídicamente las mencionadas limitaciones.

El primer artículo describe las condiciones y casos en los que se limitará el derecho patrimonial del autor o titular, pudiendo utilizar o reproducir, sin autorización ni pago de regalías, una obra protegida, entendiéndose por esto aquellas que sus derechos patrimoniales se encuentren vigentes y exigibles. Las condiciones mencionadas son las siguientes: 1. No se afecte la explotación normal de la obra; 2. Citar la fuente y 3. No alterar la obra. La primera, establece una condicionante indeterminada, dejando en la mayoría de los casos a las prácticas de la industria (debiendo en algún momento ser asentada por una autoridad); además, busca evitar que se abuse de los casos señalados por el artículo a costa de la pérdida de remuneración de los derechos de los autores y su violación; la segunda y tercer condicionantes constituirían una violación a los derechos morales de los autores, mismos que no están sujetos a negociación o son renunciables, como ya hemos analizado; aunado a esto, en la tercera se deberá necesariamente contar con la autorización del autor.

Ahora bien, los casos amparados bajo el presente esquema son:

- a. Cita de textos;

- b. Reproducción de obras referentes a acontecimientos de actualidad, publicados o difundidos por algún medio de comunicación;
- c. Reproducción de partes de una obra para crítica e investigación científica;
- d. Reproducción de una obra literaria, por una sola vez y sin fines de lucro;
- e. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación;
- f. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;
- g. Reproducción, comunicación y distribución por medio de obras pictóricas de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

Los casos antes mencionados, no son lisos y llanos, contienen condicionantes adicionales aplicadas a cada caso, por lo que vale la pena analizar de forma específica dichas situaciones. La cita de textos, señalado en el punto a., tiene una condicionante indeterminada al mencionar “la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial”, esta redacción deja abierta (en mucho punto a la consciencia de los usuarios) el criterio para respetar alguna medida que quepa dentro de esta descripción; sin embargo, nosotros consideramos que sería sumamente útil especificar algunos parámetros para orientar de forma más concreta esta excepción. Esta consideración la retomaremos en el punto siguiente del presente trabajo.

Por lo que respecta al caso señalado en el punto b., el cual esta referido a la reproducción de obras con fines periodísticos o información noticiosa de actualidad, se circunscribe específicamente a la reproducción de artículos (de forma íntegra y no sólo parte), fotografías, ilustraciones y comentarios. Es pertinente señalar que dentro del último supuesto, no se especificó la redacción periodística a la que se refiere, por lo que no solo podríamos encuadrar opiniones, sino posiblemente una editorial, en la que se comente una cuestión o problemática de actualidad.

Sobre la reproducción de las obras descritas, emergen dos circunstancias que deben cumplirse en forma precedente, la primera, está referida a que se trate de una creación que haya sido previamente difundida por cualquier medio de difusión (incluyendo la prensa, radio y televisión), es decir, que no se trate de una obra inédita o reservada por sus autores para disfrute privado; y la siguiente, está relacionada con la facultad del titular de los derechos patrimoniales para autorizar o prohibir la reproducción de la obra por un tercero amparado por el artículo 27 fracción I de la LFDA, señalando que no debe existir la prohibición expresa por parte de dicho titular para aplicar la mencionada excepción. Esta última condicionante deja sin efectos lo acordado en el artículo, obligando a que en caso de que exista la prohibición expresa, se deberá formular una autorización al interesado; sobre esto, Mauricio Jalife menciona: “la fracción segunda (e referencia al art. 148 de la LFDA) parecería inclusive contradictoria con la naturaleza de la disposición misma que la regula, toda vez que regula que después de autorizar la reproducción de artículos, fotografías e ilustraciones, establece la prohibición para realizarlo si así hubiese expresamente manifestado por el autor o por el titular del derecho”<sup>59</sup>, mismo comentario que ratificamos, ya que resulta sin sentido regular casos en los que se limitará el derecho patrimonial, evitando solicitar autorización al autor o titular, para luego revertir esa intención mediante dicha condicionante.

Por lo descrito en el punto c., el cual señala que es posible hacer la reproducción de partes de una obra para crítica e investigación científica, literaria o artística. Este caso es importante desmenuzarlo, ya que no se trata de una cita, sino de una reproducción que debe entenderse mayor a una cita (protegida por el caso a.), e incluso podría verse como una reproducción sustancial; sin embargo, al estar ligada a un fin de desarrollo científico y cultural, el Estado otorga la presente excepción para buscar incentivar la creación científica e innovación tecnológica. Esta actividad es importante para el Estado, ya que el desarrollo de la Sociedad depende, en buena medida, del desarrollo

---

<sup>59</sup> Jalife Daher, Muricio. “Legislación de Derechos de Autor (Comentarios)”. Ed. Sista, México, 2005. p. XIII.

de la educación, la cual se incentiva mediante la generación de ideas y aumento de la creatividad científica, literaria y cultural.

El caso de excepción tratado en el punto d., es una de las inclusiones más controvertidas del artículo, ya que para muchos, el presente traerá consigo el desaliento en la inversión en la industria editorial (incluyendo al propio Mauricio Jalife); sin bien existen varias condicionantes específicas, deja una importante ventana para la violación de los derechos patrimoniales, incluyendo la de probar, por parte del titular, que no se cumplen dichas condicionantes en muchos de los casos. En esta sección, se establece un caso de excepción para la reproducción íntegra de la obra con tres características:

1. Se realice una sola vez;
2. Sea para un uso personal y privado; y
3. Se realice sin fines de lucro.

Dichas características avalan por ejemplo, la copia de respaldo que pueda realizarse de una obra o incluso la reproducción de obras en bibliotecas; no obstante, esta medida resulta ser muy abierta y poco protectora autores o tenedores de derechos. Adicionalmente, se menciona una restricción para las personas morales, las cuales sólo podrán ser Instituciones de Educación, Investigación u organizaciones que no se dediquen a actividades mercantiles; no obstante, cualquier persona física queda libre de esta frontera.

Aunado a lo anterior, el artículo 44 del reglamento de la LFDA, crea un supuesto más que la misma ley no reconoce, estableciendo que no constituye violación la reproducción, interpretación, ejecución, edición, traducción y adaptación de obras para hacerlas accesibles a los sordomudos o invidentes, cuando se realice sin fines del lucro, el artículo se transcribe como sigue:

No constituye violación al Derecho de Autor la reproducción de obras completas o partes de una obra, fonograma, videograma, interpretación o ejecución o edición, siempre que se realice sin fines de lucro y con el objeto exclusivo de hacerla accesible a invidentes o sordomudos; la excepción prevista en este artículo comprende las traducciones o adaptaciones en lenguajes especiales destinados a comunicar las obras a dichas personas.



Ahora bien, se trata de una cuestión altruista y de equidad social para aquellas personas con capacidades diferentes; sin embargo, jurídicamente, el reglamento no puede exceder lo establecido por la ley, sino especificar y esclarecer lo establecido en ella. Por lo que el presente artículo, equiparable al punto d. que analizamos, va más allá al reconocer más derechos que solamente la reproducción de las obras e incluyendo algunos derechos conexos, además de reconocer esta excepción para aquellas personas con capacidades visuales y auditivas distintas, caso que la misma ley no reconoce. No obstante, resultaría improbable una impugnación al presente artículo, que si bien no cumple, a nuestro parecer, con el fondo y forma jurídica, la finalidad del mismo es de interés público al buscar promover la cultura y desarrollo científico en un ambiente de mayor equidad social. Lo anterior, en contraste con lo regulado exhaustivamente por la legislación de los EUA, como veremos más adelante.

En cuanto al punto e., poco es lo que se puede decir, ya que resulta una práctica obligada para el mantenimiento de los acervos culturales y artísticos dentro de las organizaciones creadas para dichos fines, como son los archivos o bibliotecas. Ahora bien sólo es importante recalcar los fines de la reproducción y las obras que entran dentro de dicha cláusula. Los fines son la seguridad y preservación de las obras, lo cual resulta justificado a todas luces y en cuanto a las obras, el artículo circunscribe aquellas obras que se encuentren agotadas, descatalogadas y en peligro de desaparecer, es de resaltar que las características mencionadas no son excluyentes, sin que deben conjuntarse para ser susceptibles de reproducción bajo la presente fracción. Lo que resulta criticable, es la descripción de las obras, ya que es complejo que cualquier institución, entiéndase bibliotecas o archivos, tengan conocimiento si dichas obras se encuentran agotadas y más aún descatalogadas; en cuanto a la tercer característica es reprochable, ya que es una cualidad que difícilmente cualquier organización pudiera determinar, por lo que creemos que debieron mantenerse únicamente las dos primeras.

El punto f. que regula sobre la reproducción de las documentales para constancia dentro de un procedimiento ante una autoridad, sea de orden

judicial o administrativo, resulta sumamente lógica, por resultar fundamental dentro de cualquier procedimiento de esta naturaleza contar con la reproducción del propio expediente.

El último caso regulado en el artículo, en el que se establece la reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimiento audiovisuales las obras que sean visibles desde lugares públicos. Sobre este caso, resulta lógico protegerlo, ya que si una obra es captada por cualquier medio pictórico o audiovisual en un punto donde no viola propiedad privada y se admira a la distancia en o dentro de un lugar público, resultaría gravoso intentar solicitar una autorización a su autor, además que el cobro de cualquier derecho sería inviable de forma práctica. En nuestro parecer, este caso responde a un fin práctico más que teleológico.

En cuanto al artículo 149, el cual reconoce dos casos en los que se podrán realizar el uso o fijación de obras sin la autorización de los titulares de los derechos patrimoniales. El primer caso, reconoce que no se requerirá de formalidades cuando se utilicen obras literarias y artísticas con el objeto de promover la venta de ejemplares de las mismas siempre y cuando: 1. Se realice en establecimientos abiertos al público en los que se comercialice la obra, entiéndase librerías, cafeterías, restaurantes, entre otros; 2. no haya un cobro por la admisión; y 3. Dicho uso no trascienda de dicho lugar. Este caso se aplica para aquellos lugares que comercializan creaciones intelectuales y desean mostrarlas, siendo el fin de este artículo promover e incentivar la venta de dichas creaciones que generan, en último, un rédito a los autores o titulares del derecho.

El segundo caso, se establece la grabación efímera, de una obra bajo tres condicionantes: 1. La transmisión en el plazo convenido; 2. No realizar emisión o comunicación concomitante o simultánea; y 3. Se realice una sola emisión. Este caso se pretende liberar de requerir una autorización, para aquellas grabaciones que solamente se utilizar por una sola vez, amparando la excepción en la difusión que se da de las obras y de los autores, que hay un consentimiento tácito por parte de los participantes en el video para que sean grabados y que no hay una explotación masiva, ya que se limita a una sola transmisión. El

mismo artículo menciona de forma adicional que “Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores”<sup>60</sup>, dicha aclaración nos parece innecesaria, ya que el artículo es claro al establecer las condicionantes para que apliquen las disposiciones, además, en caso de tener un acuerdo por separado el aspecto patrimonial y jurídico deberá ser subsanado.

Es importante recalcar que ambos casos, no se está limitando el aspecto económico del derecho, ya que el artículo sólo limita un pago adicional por el uso de las obras de la grabación; sin embargo, el aspecto jurídico se ve afectado por esta excepción, por medio del cual se limita a que no se requiera autorización para ejercer las facultades que concede la LFDA a los autores o titulares del derecho patrimonial.

El artículo 150, a diferencia del artículo 149, limita el aspecto económico del derecho patrimonial. En el mencionado artículo se establece un caso en el que la ejecución pública, uno de las facultades exclusivas reconocidas al titular de los derechos patrimoniales, no causará regalías o un gravamen económico para el ejecutante. El artículo se transcribe como sigue:

No se causarán regalías por ejecución pública cuando concurren de manera conjunta las siguientes circunstancias:

- I. Que la ejecución sea mediante la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato monorreceptor de radio o televisión del tipo comúnmente utilizado en domicilios privados;
- II. No se efectúe un cobro para ver u oír la transmisión o no forme parte de un conjunto de servicios;
- III. No se retransmita la transmisión recibida con fines de lucro, y
- IV. El receptor sea un causante menor o una microindustria.<sup>61</sup>

De la lectura del artículo obtenemos que existe una condicionante técnica, una cualidad jurídica de la transmisión y una cualidad económica del receptor.

---

<sup>60</sup> Ley Federal del Derecho de Autor, artículo 149.

<sup>61</sup> *Idem*, artículo 150.

La primera se establece al definir el tipo de aparato receptor, que si bien lo deja en un término abierto al señalar “comúnmente utilizado en los domicilios privados”, a nuestro parecer el fin del artículo sería circunscribir la excepción (no regalías por derechos conexos) a que se realice a domicilios privados, lo ligan a la cuestión técnica del aparato y no al receptor.

La cualidad jurídica de la transmisión está dada en el hecho de que la misma se realice “sin fines de lucro”, las fracciones II y III respectivamente establecen, que no debe haber un costo por percibir la transmisión y no se debe cobrar por la retransmisión que se haga de dicha ejecución; estas fracciones nos parecen acertadas y responden a la naturaleza misma del caso que se pretende exponer, ya que si habláramos de un lucro, sea directo o indirecto, nos encontraríamos en un trato injusto para los tenedores del derecho patrimonial y el derecho conexo que corresponda. La tercer condicionante establece una cualidad económica al receptor, ser causante menor o microindustria, dicha cualidad, resulta a nuestro parecer un exceso para el fin práctico perseguido por esta excepción, ya que es sumamente complejo establecer dichas condiciones económicas para cualquier titular y reduce aún mas el caso, pudiendo ser justo con establecer solamente que la transacción se realice sin fines de lucro.

Por otra parte, el artículo 151 de la LFDA establece algunos casos de excepción en los que el uso de actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones no constituirán una violación a los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, videogramas y organismos de radiodifusión. Estos casos son:

- I. No se persiga un beneficio económico directo;
- II. Se trate de breves fragmentos utilizados en informaciones sobre sucesos de actualidad;
- III. Sea con fines de enseñanza o investigación científica, o
- IV. Se trate de los casos previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la presente Ley.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> *Idem*, artículo 151.

Los casos antes mencionados son independientes entre sí, es decir, que no son condicionantes concatenadas como se presenta en el artículo 150 que acabamos de analizar. Es de resaltar que los primeros tres casos de excepción se asemejan a los casos señalados en el artículo 148 y cada uno, a nuestro entender, busca proteger un fin específico. El primer caso, establecer que no exista un beneficio económico directo, lo cual resulta por demás lógico, ya que sería injusto que se utilizara con un fin de lucro el trabajo intelectual protegido por un derecho conexo; además de dejar en un estado de indefensión a sus titulares para proteger su derecho y la necesaria retribución de sobre los mismos.

El segundo caso, pretende que no se limite el derecho a la información y al libre flujo de la misma, cuando se trate sobre acontecimientos actuales, es decir aquellos que son noticia y parte del periodismo. La presente excepción nos parece vital para la industria, ya que resultaría sumamente gravoso para los periodistas, por ejemplo, informar o realizar un reportaje y tener que solicitar la autorización de cada artista o a las radiodifusoras en caso de usar una grabación o alguna declaración realizada por algún personaje, entre otros casos.

La tercera excepción, dedicada a los centros de educación y de investigación, sin distinción de su calidad pública o privada, permite utilizar las obras mencionadas en el artículo con fines académicos y de desarrollo del pensamiento científico que, como ya hemos mencionado, son fundamentales para formar sociedades basadas en el conocimiento. Aunado a lo anterior, es responsabilidad del estado velar por que las actividades académicas y de investigación puedan allegarse de forma sencilla de todos los elementos intelectuales para que sigan generando conocimiento y nuevas creaciones intelectuales.

Finalmente, el cuarto caso reconocido remite a los casos previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la LFDA, de los cuales los últimos dos hemos analizado; no obstante el artículo 147 regula la autorización del Estado para la reproducción o traducción de obras por “causa de utilidad pública”, reconociendo específicamente que será aquella necesaria para el avance de la ciencia, cultura y educaciones nacionales.

Ahora bien, las condicionantes no nacen de la propia LFDA, sino que es en el reglamento de la misma donde se establecen algunos puntos que circunscriben estos casos de excepción. El artículo 45 del mencionado reglamento, da validez a los casos esgrimidos en el artículo 151 de la LFDA siempre que son se afecte la explotación normal de las obras y no se cause un perjuicio a los titulares de los derechos. Es evidente que la intención del presente es proteger a los titulares de los derecho conexos correspondientes; sin embargo, deja sin efecto mucho del campo de acción del artículo y va en contra de la naturaleza de la propia disposición, en este entendido no podemos estar de acuerdo con un término tan ambiguo como es el que “no se cause un perjuicio a los titulares”, el cual sin duda debe ser decretado por una autoridad y deja sin efectos a parte importante del referido artículo de la LFDA.

Existen dos casos más, que se regulan el capítulo III del Titulo VI de la LFDA, los cuales están referidos al concepto de dominio público. El artículo 152 regula el libre uso de las obras que sean de dominio público, es decir, que hayan transcurrido el tiempo reconocido por la ley sobre los derechos patrimoniales (mismos que tratamos al inicio del presente apartado), teniendo como única restricción el respetar los derechos morales de los autores, dada la naturaleza de los mismos y que se desprenden de la personalidad del autor. El siguiente caso está regulado por el artículo 153, el cual reconoce el libre uso de una obra cuyo autor anónimo, es decir, mientras no exista un titular de los derechos patrimoniales; lo cual resulta lógico, ya que si no hay a quién reconocer la titularidad de un derecho de tipo económico sobre el uso de su creación artística, no podría solicitarse que se cumplieren formalidades jurídicamente imposibles.

Una vez que hemos analizado las limitantes amparadas en la LFDA y en su reglamento es importante que analicemos el orden constitucional y la regulación en los EUA, dadas por el Copyright Act, dentro de cuales existe un desarrollo equivalente para las limitantes de los derechos patrimoniales.

#### 4.3 Regulación Jurídica en los Estados Unidos de América (EUA)

En EUA existe la consciencia de la importancia de la Propiedad Intelectual, desde que es uno de los activos de mayor exportación y que las creaciones e innovaciones intelectuales afectan los índices económicos de forma importante, además de ser una de las industrias con mayor desarrollo en los últimos tiempos, esto último visible en empresas como *Microsoft, Dell, IBM*, entre otras.

En dicho país, al igual que los EUM, la Propiedad Intelectual está reconocida desde el marco constitucional y se regula en las leyes federales que emanan de la Carta Magna, como es el '*United States Code*' (USC de aquí en adelante), que en su título 17 contiene el '*Copyright Act*' (CA de aquí en adelante). La constitución de los EUA reconoce el derecho exclusivo a los autores e inventores sobre sus creaciones basado en que dicho derecho fomenta el progreso científico y cultural en la Sociedad. Leslie A. Kurtz señala una diferencia en la naturaleza del trato del Derecho de Autor en los EUA: "La protección no se considera un derecho natural derivado del acto de creación. El Derecho de Autor en Estados Unidos concede derechos económicos más que morales. Su primer propósito es promover la creatividad y la diseminación de los trabajos creativos, de tal manera que el público pueda beneficiarse de la labor de los autores"<sup>63</sup>. Compartimos este análisis hecho por la profesora Kurtz, ya que si bien existe un reconocimiento para el derecho de Propiedad Intelectual, el enfoque que tanto el marco constitucional como el USC es principalmente al derecho de explotación comercial y la reproducción de las creaciones de propiedad industrial y aquellas de naturaleza artística.

Es conveniente que analicemos tanto el marco constitucional como el propio USC sobre el trato que se realiza sobre el Derecho de Autor.

---

<sup>63</sup> A. Kurtz, Leslie. "Derecho de la Propiedad Intelectual". Universidad Nacional Autónoma de México. Mexico, 2000. p. 84.

#### 4.3.1 MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución de EUA es uno de los documentos legales de mayor influencia dentro de la conformación de muchos Estados, principalmente en Latinoamérica, no sólo por el poderío económico y político que dicho país implica, sino por la profunda influencia ideológica inmersa en dicho documento. Dicho documento reconoce plenamente la existencia de la Propiedad Intelectual, especialmente el derecho a la explotación económica que hagan sus titulares con ella, como mencionamos anteriormente.

El mencionado documento, cabe recalcar, no fue el primer documento en reconocer este tipo prerrogativas para los creadores de material intelectual, sobre esto Mabel Goldstein señala: “La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, en su artículo 1, sección 8, contiene la protección del Derecho de Autor; antes de ella, varias leyes estatales, como por ejemplo de la Massachussets”<sup>64</sup>. El artículo primero sección ocho de la Constitución reconoce la facultad del Congreso para fomentar el progreso de las ciencias y de las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos<sup>65</sup>. Si bien la redacción de artículo se refiere a escritos y descubrimientos, no debemos limitar la protección que otorga esa redacción, sino que debemos considerar dentro de esta protección toda aquella creación intelectual, sea bajo el Derecho de Autor o la propiedad industrial.

Otra consideración que vale la pena comentar es el hecho de que se liga el otorgamiento del privilegio exclusivo por un tiempo determinado directamente a la promoción por parte del Estado al avance científico y el desarrollo de la cultura, especialmente por aquellas artes útiles, tales como la literatura, la música, entre otras. En este caso no hay mención de que sea considerado un

---

<sup>64</sup> Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p. 32.

<sup>65</sup> Nota: La redacción original es la siguiente: “To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.”



monopolio, ya que la misma Constitución, al igual que en la de los EUM, hace la mención que dicha prerrogativa está limitada por un tiempo determinado. La primera limitante es nuevamente temporal, dejando a la ley especial de la definición específica de dicha temporalidad, en este caso es el USC y el CA, misma legislación que establece el resto de las limitantes hacia los derechos patrimoniales en lo que respecta a los derechos de autor, materia que nos ocupa en el presente estudio.

La distinción entre los sistemas sobre los derechos patrimoniales y morales de ambos países la tocaremos brevemente en algunos puntos mas adelante, ya que es en los EUA se da una prioridad al aspecto económico que a los morales, de hecho la regulación es prácticamente dedicada a la reproducción y explotación de las creaciones, situación que en México es distinta, ya que existe un equilibrio en el trato de ambos derechos.

#### 4.3.2 *UNITED STATUS CODE (COPYRIGHT ACT)*

Con el reconocimiento constitucional a la Propiedad Intelectual generada por los autores e inventores, surge la necesidad de realizar una regulación que trate todos los temas. En el caso de los derechos de autor, surge la regulación sobre el '*copyright*' o el derecho a la reproducción de las creaciones intelectuales; siendo localizadas en el '*United States Code*' (USC), específicamente en el '*Copyright Act*' (CA).

El USC regula en su título 17 lo referente al Copyright, estableciendo desde los lineamientos básicos de esta materia regulando las limitaciones a los derechos que se reconocen a los autores o titulares de las obras en sus derechos patrimoniales. La sección 302 del capítulo referido establece, al igual que en la legislación de la LFDA, la primera limitante que se tiene en los derechos que nos ocupan, que es la circunscripción temporal, indicada desde su reconocimiento Constitucional. Sobre este tema, la regulación de los EUA tiene un señalamiento importante sobre las obras creadas antes de 1978 y las que nacen después, dando un trato diferente a ambas con respecto a su duración. En este caso estudiaremos únicamente la normatividad sobre las

obras creadas después de dicho año. En la mencionada sección se mencionan tres categorías para definir la vigencia de dichos derechos, las cuales son:

- a) 70 años después de la muerte del autor, como regla general;
- b) 70 años después de la muerte del último coautor, para las obras en colaboración;
- c) En las obras anónimas, bajo seudónimo o encomendado por tercero tendrán una protección de 95 años desde la primera publicación o 120 años desde su creación, la que sea menor. En esta sección se prevé el caso de que sea revelado el autor de una obra, aplicarán los puntos a) y b) anteriores.

Sobre el tema vemos que la legislación de los EUA es sumamente específica en el trato de las creaciones intelectuales, sacrificando la practicidad normativa por el trato justo en cada circunstancia de la creación de la obra, surgiendo así una gran diferencia en el trato que da la legislación de los EUM, en donde se establece un periodo general establecido a beneficio de las obras aun protegidas.

El mismo USC trata de forma general la sección de *'fair use'* o las limitaciones a los derechos exclusivos, principal punto de estudio del presente documento. La sección 107, no solamente establece en que casos se considerará que no existe una infracción del derecho patrimonial o *'copyright'*, sino que va más allá indicando aquellos factores que se deberán considerar para determinar que la obra ha sido utilizada bajo los parámetros del *'fair use'*. Sobre lo conceptualizado en esta sección el maestro Pablo Arrabal señala: "La regla general *'de minima non quart praetor'* (el derecho no se ocupa de las cuestiones insignificantes) excluye de la protección intelectual a las citas esporádicas, siempre que sean breves, completas y se atribuyan correctamente a su verdadero propietario. Este uso mínimo de la propiedad ajena (*fair use*) permite realizar encuestas de opinión sobre los productos de empresas competidoras, sobre la publicidad de éstas, así como citar informes

de bancos, universidades, cajas de ahorros y hospitales”<sup>66</sup>; la redacción nos permite conocer algunos ejemplos que justifican la existencia de este tipo de limitación a los derechos patrimoniales, ya que al no reconocerlos se fomentaría un absurdo sobre el ejercicio de los derechos patrimoniales y no se restringiría el creación de conocimiento.

Los casos que reconoce esta sección es sobre el uso de las obras protegidas por el ‘copyright’, incluyendo la reproducción en copias, grabaciones o los medios especificados cuando se realice con el propósito de crítica, comentario, informar noticias, enseñanza (incluyendo diversas copias para el salón de clases), becas o investigación. Es de llamar la atención que la presente sección del ‘*Fair Use*’ está basada en el propósito que tenga la actividad realizada, es decir, que la forma de uso o reproducción de la obra es secundaria y el propósito del mismo es lo principal; sin embargo, existen condicionantes intrínsecas que se establecen más claridad para la determinación de esta excepción a los derechos exclusivos, estas incluyen, de forma enunciativa más no limitativa, las siguientes:

- a) Propósito y carácter del uso (Comercial o educación sin fines de lucro);
- b) La naturaleza de la obra protegida;
- c) La cantidad y la porción substancial utilizada en relación a toda la obra;
- d) El efecto del uso en el mercado potencial o en el valor de la obra;

En los factores analizados vemos algunas similitudes con lo establecido en la legislación correlativa en los EUM, inmersas en las disposiciones y casos amparados en el artículo 148 de la LFDA. La primera de estas es que se trata de parámetros no determinados de forma rígida, sino más bien ambiguos, dejando a un Juez la determinación de dichos elementos en caso de conflicto. Otra similitud se presenta en el punto a), ya que si bien no esta en carácter puro en la LFDA, el propósito es parte de algunos de los supuestos que son

---

<sup>66</sup> Arrabal, Pablo. “Manual Practico de Propiedad Intelectual e Industrial”. Ediciones Gestión. 2000 S.A. España, 1991. p. 98.

limitación para los derechos patrimoniales, a favor de este esquema es la estructura propia del sistema de los EUA para el manejo de sus situaciones jurídicas. Ahora bien, el punto c), se refleja en la legislación de los EUM cuando se habla que el uso o copia no debe parecer una reproducción simulada o sustancial de la obra, refiriéndose que en base al monto no se considere un plagio o copia ilegal de la obra. Finalmente, los puntos b) y d) se encuentran, a nuestro parecer, consideradas en el artículo 148 de la LFDA que establece que para utilizar los casos de excepción de los derechos patrimoniales no se debe afectar la explotación normal de la obra, bajo la ambigüedad de esta redacción se pueden considerar elementos de la naturaleza de la obra, el efecto en el mercado y en el valor de la obra, los cuales en su conjunto constituirían una afectación del tipo mencionado.

En la misma sección se libera un candado relacionado con las obras no publicadas, estableciendo que el simple hecho de que no se haya publicado una creación protegida no implica que se prohíba su uso por medio del *'fair use'*, siempre que se toma en consideración los factores mencionados para determinar esta calidad de uso. Es evidente que este principio contrasta con los derechos morales reconocidos en los EUM, ya que solamente el autor puede decidir si mantener una obra fuera de la circulación o la divulgación de la obra, salvo que se realice por encargo de tercero, mismo que se aplicarán los casos analizados en la sección de la limitación de los derechos patrimoniales de la LFDA. Es en la sección de los derechos patrimoniales, artículo 148 de la LFDA, donde se establece que los casos de excepción aplicarán a las obras ya publicadas, siendo coherente con las facultadas reconocidas a los autores en sus derechos morales, mencionadas.

Por otra parte, la sección 108 del mismo código reconoce el límite de los derechos de copyright en el caso de bibliotecas y archivos, estableciendo que no se considerará una violación los mencionados derechos de reproducción, cuando se realice una copia por medio de estas organizaciones y sus empleados en cumplimiento de su trabajo, así como su distribución de la copia en las condicionantes señaladas. En realidad son estas últimas condicionantes las que definen los casos en los que se podrá aplicar este

caso de excepción, estas son: a) se realice sin un fin comercial directo o indirecto; b) que las colecciones de las bibliotecas o archivos sean públicas o disponibles no sólo por investigadores afiliados, sino por todos los investigadores relacionados con el campo; y c) se establezcan las leyendas notificando que se puede tratar de un trabajo protegido y que se reproduce bajo el amparo de dicha sección. Este primer caso no es reconocido por la legislación de los EUM, ya que el supuesto del artículo 148 fracción V se circunscribe a la reproducción por seguridad y preservación de las obras, como veremos a continuación.

Dentro de la misma sección 108 se regula la protección para la preservación y seguridad o el depósito para la investigación del uso de una librería y archivo, permitiendo 3 copias o grabaciones, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) la copia se encuentre actualmente dentro de las colecciones y b) que no sea distribuido en formato digital y que no esté a disposición del público en dicho formato fuera de los límites de la biblioteca.

El tercer caso reconocido como excepción es aquella reproducción (de hasta tres copias) hecha con el propósito de reponer una copia o grabación dañada, deteriorada, perdida u obsoleta, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones señaladas: a) que la obra de reemplazo no pueda ser obtenida a un precio justo y b) que la obra no sea puesta al público en formato digital fuera de los límites de la biblioteca.

Los anteriores casos encontramos algunas diferencias, ya que la regulación anglosajona es por mucho más específica que la mexicana. Si bien en ésta última se prevé el supuesto de reproducción por la seguridad y preservación, esta excepción está caracterizada a que sea una sola copia y que dicha obra se encuentre en peligro de desaparecer, bajo el criterio de la conservación de la cultura y la investigación científica. Es evidente que la el USC responde a mayores necesidades por parte de las bibliotecas o archivos.

El cuarto caso de la sección 108 sobre las bibliotecas y archivos consideran algunos otros casos de excepción, dichos casos están descritos en escenarios para justificación la propia limitante al derecho patrimonial. Los casos siguientes en los que no se constituirá una violación de derechos de autor:

- a) La copia a colecciones, realizada por un usuario de la biblioteca u a solicitud de otras bibliotecas, por no más de un artículo o una pequeña parte de la obra, siempre y cuando la copia pertenezca al usuario, sin que la biblioteca o archivo tenga conocimiento de que sea usado para un uso distinto al uso privado, educacional o de investigación y la biblioteca publique un aviso con los requerimientos establecidos en el USC.

En este caso, es de resaltar que el escenario planteado trata de proteger la libertad de acceder a la información o las obras de otros autores por parte de las personas físicas u otras bibliotecas, mientras se realice por propósitos de desarrollo del pensamiento científico y se utilice de forma particular por quien realiza la reproducción. En la LFDA, el caso está parcialmente regulado por la fracción I del artículo 148, en el cual se establece que se permite realizar la cita de textos, evitando que se realice una reproducción simulada o sustancial de la obra; sin embargo, en el presente caso no se limita al actuar de las bibliotecas y archivos, sino que lo deja abierto a cualquier persona. Un punto a resaltar, es el intento de la legislación para generar una cultura de respeto a los derechos de autor, obligando a las bibliotecas a publicar este tipo de avisos o *'warnings'* sobre los casos en los que sea viable la reproducción de las obras sin violar dichos derechos.

- b) La copia a colecciones por medio del propio usuario u otras bibliotecas por toda la obra o una parte sustancial de la misma, cuando la biblioteca o archivo tenga conocimiento de que no puede ser adquirida a un precio justo la obra, siempre que pertenezca la copia al usuario y sea usado para uso privado, educacional o de investigación y la biblioteca publique un aviso con los requerimientos establecidos en el USC.

En la presente excepción, se regula el escenario en el que será viable realizar una reproducción total o sustancial de una obra, en los que se señalan algunas condicionantes indeterminadas ¿cuál sería un *'precio justo'*? Una constante son los propósitos sin fines de lucro, dedicados al desarrollo del conocimiento y la difusión de la protección a los derechos de autor por medio de los avisos de biblioteca. Este caso, está regulado por la fracción IV del artículo 148 de la LFDA, el cual, como ya analizamos permite, la reproducción

total de una obra mientras la reproducción la realice el propio usuario de la misma y sea para un uso personal y privado; nuevamente la legislación mexicana no limita a esta excepción a los usuarios de bibliotecas, sino que se deja abierto a cualquier reproducción de obra, mientras se realice sin fines de lucro.

- c) Durante los últimos 20 años de vigencia de una obra publicada, a excepción de obra musical, pictórica, gráfica, escultórica, o audiovisual, con el fin de preservación, educacional o de investigación, las bibliotecas, archivos y las instituciones de educación, podrán reproducir, distribuir, utilizar o ejecutar en forma facsímil o digital de una copia de la obra o de partes de ella; siempre y cuando no se cumpla ninguna de las siguientes condiciones: a) la obra sea objeto de explotación comercial normal; b) la obra pueda ser obtenida a un precio razonable; y c) si el titular ha dado un aviso a la Oficina del Copyright señalando que las anteriores condiciones aplican a la obra.

Finalmente, el último caso analizado en la sección 108, es una aportación de la legislación anglosajona, ya que la justificación de la presente excepción es la posibilidad de aprovechar el conocimiento el máximo, ya que si una obra no se explota comercialmente y se encuentra fuera de mercado o no hay un interés del titular de los derechos por protegerla, es importante para el Estado que la información y el conocimiento circulen y se promuevan dentro de su sociedad. En este caso, no hay correlativo en la legislación mexicana, ya que los escenarios de excepción son limitados a resolver ciertos puntos específicos y deja abierta la puerta a que se pueda realizar una afectación a los titulares de los derechos patrimoniales de una obra, caso de la fracción IV que comentábamos en el punto anterior.

Ahora bien, las secciones 109, 110 y 112 del mismo capítulo 17 de USC, establecen algunos casos relacionados con las limitaciones a los derechos sobre la transferencia, determinadas ejecuciones y las grabaciones efímeras, mismas que tiene sus correlativos dentro de la legislación mexicana a su vez.

La sección 109 establece tanto la prohibición sobre el uso, disposición o autorizar la disposición de una grabación o programa computacional con el fin de obtener una ventaja comercial directa o indirecta, como los casos de excepción para dicha prohibición, la primera relacionada con las grabaciones

sin fines de lucro hecha por las bibliotecas o instituciones de educación sin fines de lucro y la segunda, es directamente relacionada con la transferencia de una copia legalmente hecha de un programa computacional entre instituciones de educación sin fines de lucro, los empleados de dichas instituciones o sus estudiantes, al señalar que dicha transferencia no constituye una renta, préstamo o disposición con fines comerciales directos o indirectos. No obstante, estos casos no son autónomos, sino que están circunscritos por dos subcondiciones señaladas en la misma sección relacionadas a la naturaleza de los programas de computo, estas son: a) Cuando el programa de computo este contenido dentro de una maquina o producto y no pueda ser copiado en la operación de la maquina o producto; y b) el programa de computadora contenido dentro o usado en conjunto con un propósito computacional limitado, especialmente aquel diseñado para la ejecución de video juegos.

Es evidente que estas subcondicionantes responden a necesidades específicas de una industria en los EUA, sin embargo, se busca mantener el equilibrio entre el ejercicio exclusivo de los derechos por parte de los titulares y la promoción de la educación y del conocimiento por medio del uso de grabaciones y programas de computadora. Ahora bien, a nuestro parecer no hay un correlativo directo dentro de la LFDA; sin embargo, el artículo 151 (en la fracción I y III) de dicha ley establece que no constituyen violaciones a los derechos conexos (artistas interpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, videogramas, u organismos de radiodifusión) el uso de sus obras, cuando no se realice con un fin económico directo (equiparable al propósito comercial) o se realice con fines de enseñanza e investigación científica. Es de resaltar que estos casos no están concatenados, por lo que ambas circunstancias pueden o no estar presentes juntas en el mismo caso de excepción.

Por otra parte, la sección 110 regula los casos de excepción para las siguientes ejecuciones o proyecciones:

- a) aquellas realizadas por profesores o estudiantes en forma presencial en las actividades de enseñanza de una institución de educación sin



fines de lucro en lugar dedicado a la instrucción, con excepción de largometrajes o otras obras audiovisuales cuya reproducción sea hecha de una copia ilegal;

- b) ejecución de una obra literaria no dramática o musical si es parte regular de un sistema de actividades de instrucción de un cuerpo gubernamental o de una institución de educación sin fines de lucro; o si esta relacionado del material de asistencia con un contenido dedicado a la enseñanza; o si la transmisión esta hecha primariamente por la recepción en lugares dedicados a la instrucción o si es recibida por personas discapacidades o circunstancias especiales en algún lugar dedicado a la enseñanza o la recepción es por funcionarios o trabajadores del cuerpos gubernamentales como parte de sus funciones o responsabilidades;
- c) ejecución de una obra literaria no dramática o musical durante los servicios en un lugar religioso;
- d) ejecución de una obra no dramática o musical por otro medio que una transmisión para el público, sin cualquier fin que genere una ventaja comercial directa o indirecta y sin el pago de una compensación por las ejecuciones para cualquiera de los organizadores, ejecutantes o promotores, si no hay un cargo por admisión directa o indirecta, o los ingresos, después de los costos razonables para producir la ejecución, son usados exclusivamente por propósitos educacionales, religiosos y caritativos, salvo que el titular de los derechos patrimoniales de la obra haya notificado una objeción contra la ejecución siempre que la notificación siempre que esté firmada por el propio titular de los derechos o por su agente autorizado, se haya entregado la notificación en donde exponga las razones de su objeción, al menos 7 días antes de la ejecución al responsable de la misma; y la notificación cumpla en forma contenido y manera de servicio con los requisitos señalados en la oficina de derechos de autor;
- e) ejecución de una obra musical no dramática por un cuerpo gubernamental o una organización sin fines de lucro dedicada a la agricultura y dentro de las exhibiciones o ferias que organicen;

- f) ejecución de una obra musical no dramática por la venta en un establecimiento abierto al público sin ningún cobro directo o indirecto cargo por la admisión, donde el solo propósito sería promover la rentabilidad de venta de copias de obras y dicha ejecución no sea transmitido mas allá del lugar donde esta localizado el establecimiento donde ocurre la venta;
- g) ejecución de una obra literaria no dramática en o dentro de un curso trasmitido a principalmente a personas con invidentes o con una discapacidad que les impida leer normalmente material impreso debido a su discapacidad o sordas, si la ejecución se realiza sin ningún tipo fin de obtener una ventaja comercial directa o indirecta y la transmisión se realiza en las instalaciones de un cuerpo gubernamental, o en una estación de transmisión educacional y no comercial, o un radio con autorización del “subcarrier”; o un sistema de cable;
- h) la ejecución en una sola ocasión de una obra literaria dramática publicada al menos 10 años antes de la ejecución en una transmisión específicamente diseñada para personas con invidentes o con una discapacidad que les impida leer normalmente material impreso debido a su discapacidad o sordas, si la ejecución se realiza sin ningún tipo fin de obtener una ventaja comercial directa o indirecta, en las instalaciones de una un ‘*subcarrier*’ de radio autorizado;
- i) la ejecución de una obra musical o literaria no dramática en la realización de una función social en la que se difundida y organizada por una organización de veteranos sin fines de lucro o una organización fraternal sin fines de lucro, que no esté abierta al público en general, si las entradas de la ejecución, después de la deducción de un costo razonable en la producción, son usadas exclusivamente para propósitos caritativos y no para obtener una ganancia financiera.

La presente sección contiene elementos que describen situaciones muy específicas en las que se excluyen de las infracciones a los derechos del ‘copyright’, brindando equidad y manteniendo el apoyo a diferentes intereses,

por una parte la promoción de la educación y el desarrollo del pensamiento científico y, por otra el apoyo a las personas con capacidades diferentes. La especificidad en cada caso y sus subcondicionantes dan luz a que no se pueda abusar de las mismas excepciones aceptadas y que los mismos sirvan para el fin que fueron concebidos. Lo anterior contrasta con la legislación mexicana, ya que los artículos 149, 150 y 151, regulan condicionantes que deben cumplir los casos, recalcando que algunas de dichas condicionantes son indeterminadas y una autoridad deberá clarificar con la intención de verificar oficialmente el cumplimiento de dichas condicionantes. Si bien ambas legislaciones en algunos puntos manejan conceptos que en algún momento una autoridad deberá determinar, es de resaltar que las la sección señalada de la legislación de los EUA, da mayor claridad y busca mantener el respeto a los derechos patrimoniales reconocidos, sin que estos privilegios afecten de forma terminante a grupos o intereses que el Estado esta obligado a proteger.

Finalmente, la sección 112 del USC establece limitaciones a los derechos exclusivos para las grabaciones de carácter efímero, mismas que al igual que la sección 110 la presente nos menciona las actividades que pueden realizarse y bajo qué condiciones para que no se infrinjan los derechos exclusivos reconocidos bajo el ‘copyright’. La ejecución de una obra bajo licencia o la transferencia de un derecho del ‘copyright’ o la transmisión por una estación radio o televisión, si: a) la copia es utilizada solamente para la organización que la realizó y no se realizan otras copias, b) la copia es utilizada solamente por la organización que trasmite para sus propias transmisiones o con propósitos de preservación o seguridad, y c) salvo que se trate de una copia para la preservación, la copia será destruida 6 meses después del primer programa transmitido al público.

El segundo apartado de la sección, establece el privilegio para las oficinas gubernamentales o otras organizaciones sin fines de lucro que tengan el permiso para transmitir una obra (bajo los casos de las secciones 110 y 114 del USC) para realizar no más de 30 copias o grabaciones de dicha transmisión, siempre y cuando: a) No se realicen más copias de las indicadas y b) todas las copias o grabaciones sean destruidas dentro de los 7 años siguientes a la primera transmisión, excepto por la copia de preservación.

El tercer apartado de la sección, establece que no constituye una infracción del derecho exclusivo del 'copyright' si alguna oficina gubernamental u otra organización sin fines de lucro realizan la distribución de no más de una copia o grabación por cada organización que transmita algún programa que contenga una obra musical no dramática de naturaleza religiosa o una grabación de ese tipo, siempre y cuando: a) No exista un cargo directo o indirecto por hacer dicha distribución; b) Ninguna de esas copias y grabaciones es usada para cualquier otra ejecución que no sea la sola transmisión al público por la organización autorizada para realizarla bajo una licencia o transferencia del propio derecho del 'copyright' y c) Todas las copias o grabaciones sean destruidas dentro del año siguiente a la primera transmisión, excepto por la copia de preservación.

La cuarta subsección, establece que no constituirá una violación al derecho del 'copyright' por parte de una oficina de gobierno o una organización autorizada para transmitir la ejecución de la obra bajo la sección 110(8) para realizar no más de 10 copias o grabaciones o el permiso para utilizar dichas copias por la oficina gubernamental o la organización autorizada para transmitir dicha ejecución, siempre y cuando: a) cualquiera de dichas copia o grabación es retenida o usada solamente por la organización o por la oficina gubernamental autorizada para transmitir la ejecución de la obra, siempre que no se realicen más copias de las señaladas; b) cualquiera de dichas copias o grabaciones son utilizadas para la sola transmisión autorizada por la sección 110(8) o con fines de preservación o seguridad; y c) la oficina de gobierno o la organización sin fines de lucro por cualquier uso sin cargo alguno.

En la última parte de la presente sección, se establece que las obras transmitidas bajo esta sección no será objeto de protección como una obra derivada, salvo que se tenga el expreso consentimiento de los dueños de la obra.

Las mencionada sección que regula la excepción para las grabaciones de carácter efímero, tiene su contraparte en el artículo 149 fracción segunda de la LFDA, en la que se establecen, como ya mencionamos, tres condicionantes de carácter general, la primera habla que se deberá respetar el termino

acordado, la segunda sobre la prohibición de una transmisión simultánea y la tercera la que se realice una sola emisión. Al igual que en la sección anterior del USC, los casos no están abiertos como en la legislación mexicana, sino que se encuentran delimitados en subsecciones, en las que cabe resaltar los elementos como organismos que intervienen, forma en que se realiza la grabación, el fin de la misma y la forma de transmisión. Con lo anterior, se pretende no dar cabida a que se burle el pago de regalías y, por otro, no desproteger ni limitar el uso de obras con fines de interés público (uso oficial, preservación del conocimiento y pensamiento científico, entre otras).

Ahora bien, una vez que hemos analizado brevemente ambas legislaciones, creemos conveniente realizar un pequeño análisis sobre las consideraciones más relevantes sobre los derechos patrimoniales con respecto a la doctrina y ambas piezas legislativas.

#### 4.4 Consideraciones sobre las limitaciones patrimoniales

El Derecho de Autor, desde su naturaleza hasta la propia regulación de las limitaciones a los privilegios que concede, objeto último del presente estudio, está rodeado de diversas percepciones sobre el trato que debe darse al derecho sobre la creación intelectual; derecho que “busca lograr un punto de equilibrio entre el interés público a la información y el acceso a la cultura, de una parte, y de otra, una efectiva y razonable protección tanto económica como moral de los autores de creaciones literarias, artísticas y científicas”<sup>67</sup>.

La percepción del Derecho de Autor desde su punto de vista moral y patrimonial, es un ejemplo de lo mencionado en el párrafo anterior especialmente si nos referimos al trato ideológico que dan las legislaciones de los EUM y los EUA. Lo anterior en la consideración que la legislación mexicana da igual importancia a la regulación tanto al aspecto económico y moral del Derecho de Autor, contrastando con el trato que da la legislación anglosajona,

---

<sup>67</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 177.

la cual da una preponderancia casi absoluta al derecho de reproducción y explotación de las obras protegidas.

Sumado a esto, Ernesto Rengifo señala: “Para el *copyright* anglo-norteamericano el derecho del autor es un derecho de monopolio de explotación. Los juristas anglosajones no experimentaron la necesidad de sustituir la noción tradicional de la propiedad para explicar la naturaleza del derecho exclusivo del autor sobre su obra, a diferencia de los juristas continentales”<sup>68</sup>. Tal y como mencionamos, el Derecho de Autor es tomado por las dos legislaciones de forma diferente, si bien, el rasgo más complejo del mismo es su aspecto económico y más aún las excepciones a los reconocidos privilegios monopólicos, es de reconocer la importancia del derecho moral y su impacto como una limitante más al aspecto económico del derecho; sin embargo, como bien menciona Rengifo, en México siguiendo una línea diferente del derecho establecemos un sistema diferente de propiedad al establecido de forma civil para los bienes, lo que a nuestro parecer es un sistema complementario en el que existen importantes contrapesos entre el autor originario y el titular con derechos de explotación sobre las creaciones del primero.

Lo anterior, en contraposición con el sentido de la legislación Estadounidense en la que los propios legisladores consideran que no es necesario crear un régimen de propiedad especial para las creaciones de tipo intelectual y se avocan a regular el aspecto patrimonial relacionado con dichas creaciones, sobre esto el propio Rengifo concluye diciendo que el “*copyright* es calificado como un monopolio limitado en virtud del cual el titular está facultado para impedir que cualquier otro copie o explote ilegalmente el trabajo sobre el cual el disfruta de unos derechos exclusivos”<sup>69</sup>.

Ahora bien, es necesario analizar el trato constitucional que se le da al reconocimiento de estos derechos. En los EUA, se da vida jurídica al Derecho de Autor dentro de las facultades del Congreso del artículo 1 sección 8 de la Constitución, sin embargo, este reconocimiento da el poder al congreso de

---

<sup>68</sup> *Idem.* p. 71.

<sup>69</sup> *Idem.* p. 72.

promover el desarrollo tecnológico y científico mediante la expedición de leyes que provoquen el mismo. De la anterior facultad, aunado al sistema anglosajón, han creado una de las legislaciones más avanzadas en la materia; sin embargo, ideológicamente la Constitución de los EUM, realiza un reconocimiento del Derecho de Autor y además brinda la misma facultad al Congreso de la Unión para regular en la materia.

En México, además de que el Congreso pueda expedir leyes reglamentarias en cumplimiento a dicha atribución constitucional, hay un reconocimiento del Derecho de Autor, dentro del artículo 28, el cual forma parte de las garantías individuales impresas en dicha Constitución y dentro del capítulo económico de la propia Constitución. En este sentido, consideramos que si bien los efectos jurídicos no han sido muy dispares, ideológicamente resulta preferible la regulación de los EUM, ya que da un reconocimiento al derecho y atribuye la facultad de regular al Congreso.

Ahora, atendiendo al tema que nos ocupa, las legislaciones de ambos países son diferentes en el trato que dan a las limitaciones al aspecto económico del Derecho de Autor, ya que dichas limitaciones a los "... los derechos de explotación exclusiva son específicos y están consignados de manera expresa en la ley... Las limitaciones se imponen fundamentalmente para satisfacer necesidades educativas, culturales y de información"<sup>70</sup>, las cuales constituyen cuestiones de interés público, responsabilidades del Estado.

Estas diferencias se reflejan de la simple lectura de ambas legislaciones, la LFDA se basa las limitaciones en conceptos generales e imita algunas de las áreas básicas en las que debe darse este tipo de limitaciones para evitar que se limite el desarrollo científico y artístico. En este sentido, encontramos que el USC (*Copyright Act*) es por demás específico al establecer cada una de las excepciones reconocidas, buscando mantener la equidad entre los intereses económicos del titular de los derechos patrimoniales de la obra y el interés público que tiene el Estado, entre las que podemos encontrar:

---

<sup>70</sup> *Idem.* p. 158.

- a) apoyo en la equidad con las personas con capacidades diferentes;
- b) la difusión, promoción y uso del conocimiento científico y tecnológico; y
- c) la preservación del conocimiento científico y tecnológico.

El primero de estos casos se da cuando se reconocen excepciones sobre el cobro de regalías en el uso de obras cuando están dirigidas a un público con dichas características, mientras se respeten las reglas establecidas en el propio apartado; el segundo, cuando se permite el uso de forma gratuita de fragmentos de obras (*'fair use'*) o cuando se utilizan por una Institución educativa o entidad Gubernamental; y el tercero, cuando se libera de responsabilidad a las librerías de la responsabilidad en caso de reproducir una obra con el fin de preservación de la obra, conforme a las reglas que se establezcan. Para el maestro Rengifo, la institución del *'fair use'*, permite tomar parte de la obra de otro con propósitos específicos, tales como instrucción o investigación, sin contraer obligaciones con respecto al titular del Derecho de Autor; lo que constituiría una de las limitaciones al derecho patrimonial del Derecho de Autor y, tal vez, una de las más utilizadas por su naturaleza.

Por otro lado, la LFDA establece reglas generales, con conceptos que a nuestro parecer deberán ser determinados por la autoridad en el momento de una controversia y que sólo siguen en principios lo establecido por el USC. Al no establecer claramente cada caso de excepción, surgen dos situaciones: a) No se promueve el respeto al derecho patrimonial, al no ser claras las excepciones reconocidas a los mismos y b) No se establece la equidad buscada entre el aspecto económico de los titulares y el desarrollo del conocimiento científico y tecnológico; a nuestro parecer esta característica de la legislación mexicana es criticable, ya que el respeto al Derecho de Autor comienza con establecer una regulación clara y concreta que facilite su cumplimiento, “la buena educación nace de las buenas leyes”<sup>71</sup>. Así también, no promueve

---

<sup>71</sup> Maquiavelo, Nicolás. “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”. Ed. Alianza Editorial. Madrid, España, 2000. p. 42.



la equidad con las personas con capacidades diferentes, ya que protege en su mayor parte las actividades sin fines de lucro y las relacionadas con la enseñanza e investigación científica sin fines de lucro. Estos elementos nos hacen pensar en la necesidad de reformas importantes en estos aspectos que permitan una mayor claridad legislativa y un más equitativo trato en los privilegios reconocidos por la propia legislación.

Sobre este último punto, consideramos dos tipos de reformas mejorarían la calidad legislativa especialmente la ley de los EUM. La primera de ellas, relacionada con la reforma de los conceptos indeterminados los cuales presentan la desventaja que se someten a un criterio subjetivo en la determinación de la autoridad y no promueven el respeto a los derechos patrimoniales de las obras. La segunda, sería el establecimiento de parámetros recomendados dentro de los apartados de las limitantes a los derechos patrimoniales, que establezcan parcialmente los límites sobre la reproducción y uso de las obras a las que se les reconoce algún caso de excepción al cobro de derechos o la simple necesidad de una autorización.

Otro punto criticable de la legislación mexicana es que no realiza distinción entre las obras al momento de establecer los casos en donde se limitan los derechos patrimoniales. Es evidente que la legislación anglosajona en su búsqueda por mantener, a un nivel impresionante, la equidad entre los intereses de todos los actores relacionados con el ejercicio de los derechos patrimoniales, en conjunto con la promoción sobre la generación y desarrollo del conocimiento científico, artístico y cultural. En nuestro punto de vista, es importante privilegiar la equidad sobre la practicidad legislativa, ya que, si bien especificar en demasía los casos genera complejidad en el cumplimiento de la misma, el lastre se corrige con una clara redacción jurídica de la propia norma. Además de lo anterior, es de reconocer que las características intrínsecas en cada tipo de obra generan la necesidad de una normatividad especial, y aún más cuando nos referimos a la limitación de su aspecto económico, ya que su uso, reproducción, explotación y ejecución produce diversos efectos económicos, razón por la que se suma para la necesidad de una mayor especificidad.

Finalmente, retomaremos la primera limitación analizada que proviene de una de las características intrínsecas de la naturaleza misma del aspecto patrimonial del Derecho de Autor que es su temporalidad. Tal y como analizamos, la duración del monopolio de explotación sobre las creaciones intelectuales, limitado por mandato constitucional y el orden internacional, está definida por las legislaciones nacionales. En México existen términos rígidos establecidos por la LFDA, situación que de primera instancia no resulta criticable; sin embargo, cuando analizamos este aspecto aplicado en conjunto con otros casos de limitación de derechos patrimoniales, resulta benéfico establecer un régimen con mayor flexibilidad, ya que en el caso específico en el que una obra se encuentre fuera del mercado o no se explote por parte de los titulares, específicamente en el último periodo de protección. Lo anterior, nos permite aprovechar al máximo las creaciones intelectuales para la promoción del conocimiento y la cultura, más si se trata de una obra que no está siendo aprovechada por parte de los tenedores de los derechos.

Ahora bien, el último estado que se genera en una obra es el encontrarse en el ‘dominio público’, mismo que se produce cuando ha transcurrido el tiempo que ampara el privilegio para los autores y/o titulares de los derechos patrimoniales conforme a la legislación correspondiente. Rengifo menciona que “...la obra se encuentra en el dominio público cuando sobre ella nadie ejerce derechos exclusivos de explotación y, en consecuencia, puede ser utilizada o explotada por cualquier persona porque, por ejemplo, ya ha transcurrido el plazo de protección del derecho patrimonial”<sup>72</sup>, situación que nos parece por demás lógica, ya que si ha concluido el derecho monopólico sobre la creación, es natural entender a *contrario sensu* que cualquier persona está en la libertad de usarla; sin embargo, no se detiene ahí y justifica su dicho señalado que “las obras de dominio público no son de propiedad del Estado, pueden ser utilizadas por cualquiera sin que nadie adquiera derechos exclusivos sobre ellas”<sup>73</sup>. Sobre el último punto no coincidimos con el autor, ya que no

---

<sup>72</sup> Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p. 193.

<sup>73</sup> Cfr. *Idem.* p. 193.

consideramos que sea el Estado el que detente un derecho sobre las creaciones intelectuales; sino que al cumplirse el tiempo en el que se reconoce un privilegio sobre la misma, no hay quien pueda, legítimamente y jurídicamente, prohibir su uso, reproducción o explotación; inclusive en la LFDA se reconoce que las obras del 'dominio público' podrán utilizarse libremente<sup>74</sup>, es decir, que por mandato de ley se autoriza su uso, mas no por ello podemos deducir que sea el Estado quien detente un derecho sobre las mismas. Para ejemplificar, si el Estado fuera tenedor de algún derecho patrimonial, podría en un momento dado prohibir el uso, reproducción o explotación por determinada persona u organización, situación que legalmente no puede actualizarse. En base a esto, debemos concluir que no es por autorización del Estado principalmente, sino por la prescripción de un privilegio reconocido a persona privada, por lo que puede disponerse de una obra que se encuentre en el dominio público.

En el presente apartado, hemos analizado algunas de las cuestiones más relevantes y críticas sobre la legislación, buscando proponer posibles soluciones a los problemas de la claridad legislativa, el respeto al Derecho de Autor y al equilibrio entre la promoción del conocimiento y la explotación justa de los creadores o titulares de las obras. Partiendo de estas consideraciones sobre la legislación, naturaleza y doctrina de los derechos de autor es conveniente señalar las conclusiones al presente estudio comparativo.

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al iniciar el presente estudio señalamos que la idea, como el primer acto del entendimiento humano, y su expresión, como una necesidad de comunicar, es origen del Derecho de Autor; mismo que caracterizado por dos aspectos fundamentales: moral y patrimonial. El primer aspecto entendido como una extensión de la personalidad del creador de la expresión intelectual y caracterizado por una serie de facultades sobre la paternidad y esencia misma de la obra; mientras que el segundo, es descrito como un privilegio temporal

---

<sup>74</sup> Ley Federal del Derecho de Autor, artículos 152 y 153.

de explotación exclusiva de una obra y justificado directamente por la 'justa' retribución al esfuerzo intelectual del autor de la creación intelectual objeto de protección e indirectamente por el fomento al desarrollo de conocimiento científico, cultural y artístico. Aún considerando lo mencionado en el presente párrafo, debemos reconocer que la estructura de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor es compleja y no existe una línea filosófica aceptada de forma general, por lo que nos limitamos a concluir lo señalado.

Siendo este segundo aspecto un privilegio otorgado por el Estado, no es reconocido de forma lisa y llana, sino que existen algunas limitantes que se fundamentan principalmente en las cuestiones de interés público. Dichas limitaciones a los derechos patrimoniales responden a mantener un equilibrio entre el interés del Estado por difundir y generar el conocimiento y el fomento a la creación de obras intelectuales mediante una retribución a los autores y/o titulares de las obras. Este equilibrio es más propenso a lograrse si existe una clara regulación jurídica de estos casos de excepción a los derechos patrimoniales, en donde se reduzcan los conceptos indeterminados (o pendientes de determinar por la autoridad) y su redacción sea clara, de tal forma que se facilite su cumplimiento e indirectamente promueva el respeto al derecho del titular. Finalmente, estas limitaciones deben ser resultado de un palpable interés público, ya que de lo contrario, entraremos en un círculo vicioso al no reconocer económicamente la creación de conocimiento científico y tecnológico a los autores, ya que podrían desincentivarse a continuar creando al no recibir un 'justo' pago a su trabajo.

Ahora bien, en base al análisis comparativo realizado sobre las limitaciones a los derechos patrimoniales en los EUM y los EUA, consideramos que hay importantes áreas de oportunidad en la cuestión legislativa de los EUM, particularmente en el establecimiento de los mencionados casos de excepción, que constituyen las mencionadas limitaciones. Cabe recalcar que al tener características diferentes, los casos de excepción a los derechos patrimoniales deben analizarse en forma particular.

La primera de las limitaciones es de carácter temporal, tal y como se desprende de la naturaleza y origen del derecho patrimonial reconocido por

el Estado. Ambas legislaciones regularon la duración de los derechos conforme a la regulación internacional adoptada por ambos, debiendo mencionar al Convenio de Berna y el TLCAN, y su propia legislación nacional fuente principal de dicho término, considerando que la regulación internacional establece rangos mínimos y los máximos son señalados por las legislaciones nacionales.

En los EUM, se reconoce una estructura rígida sobre la duración que deben tener los derechos patrimoniales; sin embargo, consideramos que en aras de continuar la búsqueda del mencionado equilibrio es necesario establecer una estructura ligeramente flexible en este rubro, siempre y cuando se combinen algunos factores que hagan viable esa flexibilidad. Creemos que dicha flexibilidad debe presentarse como un caso adicional de excepción a los derechos patrimoniales cuando exista la situación en que una obra se encuentre dentro de los últimos años de protección, digamos 15 o 20 años (como prevé el USC), por ejemplificar, y sea una obra que no se comercializa ni se explota de ninguna forma, tal vez podría disponerse de dicha obra sin fines de lucro y con la intención de difundir la cultura y el conocimiento científico. Si bien reconocemos que el caso mencionado anteriormente puede tener muchas variables, la intención del mismo es exponer la posibilidad de un esquema flexible en el tiempo (en que se encuentra protegida la obra) permitiendo el uso y explotación de una obra bajo el esquema de excepción.

La siguiente conclusión, se enfoca en la causa de utilidad pública reconocidas en la LFDA, la cual atribuye al Ejecutivo Federal la facultad para autorizar la publicación o traducción de una obra cuando sea imposible localizar al titular y se realice por el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación. En nuestro particular punto de vista, el presente artículo no establece los criterios para definir para cumplir con los requisitos señalados, además de no establecer con claridad las facultades para el Estado en el caso que sea necesario utilizar una obra bajo la tutela de la 'utilidad pública'. A lo que debemos proponer que dicha sección sea clarificada y actualizada a la realidad que se vive con respecto al uso de las obras y la propia evolución del Derecho de Autor.

Sobre la limitación de los derechos patrimoniales en los EUM, especialmente en el caso de *'fair use'*, la legislación de los EUA es sensiblemente más específica y busca mantener el citado equilibrio. A nuestro parecer, la legislación de los EUM ha pecado de establecer casos generales, basado en conceptos indeterminados y sin hacer diferencia entre los diferentes tipos de obras; es de reconocer que ambas legislaciones adolecen de los conceptos indeterminados, pero en la legislación mexicana es aún más evidente la ausencia cuando no se presentan tampoco el resto de las características legisladas en EUA. Dada esta situación debemos concluir que resulta más justa y clara una legislación específica, basada en los menos conceptos indeterminados posibles, haciendo una distinción de las obras según sus características de reproducción y ejecución; provocando, de esta forma, que pueda controlarse el impacto económico al establecer los casos de excepción.

Consideramos innecesario citar nuevamente los casos reconocidos por el artículo 148 de la LFDA, los cuales ya hemos comentado y en forma general cumplen su función; sin embargo, existe una lamentable inclusión en la fracción IV de dicho artículo, en la que se autoriza la reproducción por una sola vez de una obra para uso personal y privado, lo anterior va en contra de la naturaleza misma de los derechos patrimoniales e inclusive promueve el no respeto al Derecho de Autor a nuestra forma de ver. En este sentido, es nuestro deber concluir que dicha fracción debe ser eliminada, recalcando que no existe en la legislación anglosajona un elemento similar.

Por otra parte, dentro del artículo 149 de la LFDA se establecen los casos en los que no se requerirá autorización de los titulares del Derecho de Autor, nuevamente basándose en conceptos indeterminados y establece condiciones generales, punto que consideramos criticable, ya que inclusive la propia legislación de los EUA contempla casos específicos para el uso de obras y las grabaciones de carácter efímero.

En esta consideración, debemos mencionar nuevamente que resulta preferible una legislación específica y clara, mediante la cual se pueda alcanzar el equilibrio entre los factores mencionados al inicio de éste apartado y evitar el abuso por los usuarios y el daño a los intereses de los creadores y/o titulares

del Derecho de Autor. En el presente artículo, existe también una inclusión lamentable en la fracción segunda, ya que al inicio del artículo se señala que se describen los casos en los que no se requerirá autorización por parte de los titulares; sin embargo, en el inciso a) de la mencionada fracción se establece que una de las condiciones para las grabaciones efímeras es que se realice durante el ‘plazo que se convenga’, lo cual es una rotunda contradicción, ya que si existe un acuerdo con los titulares de los derechos patrimoniales no se actualiza el uso de la limitación reconocida al propio del derecho patrimonial.

Aunado a lo anterior, el último párrafo de dicho artículo es innecesario, a nuestro parecer, ya que repite a *contrario sensu* una prohibición establecida en el propio artículo y es contradictorio a la naturaleza del artículo. Lo primero se hace evidente cuando se establece que el párrafo no aplica si existe un convenio oneroso con los autores o artistas, lo anterior resulta innecesario considerando que si se actualiza dicho convenio no es necesario el usar o disponer de la obra sin autorización; mientras que la segunda, podemos apreciarla cuando se señala que si se tiene un convenio para emisiones posteriores, situación que nuevamente resulta innecesario mencionar, considerando que la fracción segunda señala como una de sus condiciones que se realice la emisión por una sola ocasión. Dado lo anterior, concluimos que este párrafo debe ser eliminado de la legislación mexicana.

Cabe mencionar que el USC analizado, esta constituido por una serie de casos en los que se juega con los diferentes factores del Derecho de Autor: a. Persona que utiliza la obra, b. Fin para el que es utilizada y c. Condiciones en las que debe ser utilizada la obra. Este esquema nos parece más acertado, ya que por su naturaleza específica es más justo y no fomenta el abuso por parte de los usuarios de las presentes limitaciones, reduciéndose así el impacto económico a los titulares de los derechos patrimoniales.

Los artículos 150 y 151 establecen los casos en los que no causarían regalías las ejecuciones de obras y en los que no se constituye una violación al derecho de los titulares de derechos conexos respectivamente. Estos artículos, conforme a nuestro estudio comparativo, deben ser mejorados, ya que regulan casos de forma muy general, de manera que no existe un verdadero control sobre el

uso y ejecución de las obras e interpretaciones o emisiones. Consideramos innecesario describir nuevamente esta comparación, pero la legislación mexicana adolece profundamente en estos artículos, en los cuales los casos que pueden presentarse son muy variados, dada nuestra realidad tecnológica actual. Concluimos que estos artículos deben replantearse en su totalidad definiéndose de forma clara y precisa la intención de los mismos y en que casos es correcto utilizar las ejecuciones e interpretaciones de las obras de autores y artistas. Es importante señalar que el artículo 151 es el más rescatable en su esencia de los dos; sin embargo debe especificarse mediante condiciones detalladas y no dejar que los planteamientos generales definan los casos de limitación de los derechos patrimoniales.

En cuanto a las obras dentro del dominio público, reguladas dentro de los artículos 152 y 153 de la LFDA, creemos que están reguladas correctamente y de forma sucinta. En este punto, solamente debemos mencionar que no compartimos la percepción en el que es el Estado el titular de estas obras, sino que se trata de obras en las que prescribe el derecho (o mejor dicho privilegio) monopólico de explotación sobre la obra, por lo que ninguna persona podría reclamar su uso o explotación de forma exclusiva. Es de recalcar que en los EUA los legisladores no consideraron necesario modificar el esquema de propiedad, como lo hicimos en México, en el que otorgamos una calidad especial a la propiedad del Derecho de Autor, pero este tema es materia de otro estudio.

Asimismo, consideramos que es más sencilla la expresión que utiliza la legislación anglosajona cuando establece en cada sección citada del USC: “No constituye una violación al ‘copyright’ ...”, misma que encierra tanto el pago de regalías como la necesidad de solicitar una autorización a los titulares de los derechos patrimoniales; lo anterior en contraste a lo que la LFDA establece al usar de forma separada los conceptos: a. No se requerirá autorización ni serán objeto de pago de regalías; b. No se requerirá autorización; c. No serán objeto de pago de regalías; y d. No constituirán violación a los derechos. Lo anterior nos parece inapropiado, ya que en realidad se refiere a la última de las fracciones mencionadas al entender la redacción jurídica de cada artículo



en su conjunto. En esta idea, concluimos que debe homologarse la expresión en todos los artículos estudiados que correspondan, prevaleciendo la última expresión descrita.

Finalmente, debemos reconocer que en cuanto al respeto y aplicación del Derecho de Autor en forma estricta, hay todavía mucho que hacer en ambas naciones; sin embargo, los EUM es urgente clarificar nuestra legislación, ya que es la propia ley el origen del respeto al Derecho de Autor y elemento fundamental para conseguir el equilibrio entre los derechos a una retribución por parte de los creadores de las obras y el interés público, representado en la difusión, generación y desarrollo de conocimiento científico, cultural y tecnológico, motor principal de las sociedades en la actualidad.

Al principio solo existió una idea, la idea fue profunda y su expresión aún más, tanto que penetró en la consciencia del ser humano.

## FUENTES

### 1. BIBLIOGRÁFICAS

- a. AYLLÓN GONZÁLEZ, Ma. Estela y Dora García Fernández. *Temas Selectos de Derecho Corporativo*. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003.
- b. ARRABAL, PABLO. *Manual Práctico de la Propiedad Intelectual e Industrial*. Ediciones gestión 2000, S.A., Barcelona, España, 1991.
- c. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. UNAM. México, 1999.
- d. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Ed. Porrúa y UNAM. México 2004
- e. FARELL CUBILLAS, Arsenio. *El sistema mexicano de los Derechos de Autor*. Ed. Ignacio Vado. México, 1966.
- f. GOLDSTEIN, Mabel. *Derecho de Autor*. Ed. La Rocca. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- g. JALIFE DAHER, Muricio. “Legislación de Derechos de Autor (Comentarios)”. Ed. Sista, México, 2005.
- h. KEPNER-Tregoe, Inc. *Leadership Software, Inc.*, 12F. 3d 527, 533 (5th Cir. 1994)
- i. KURTZ, Leslie. “Derecho de la Propiedad Intelectual”. Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Mexico, 2000.
- j. *Legislación de Derechos de Autor*. Ed. Sista. México, 1994.

- k. Maquiavelo, Nicolás. “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”. Ed. Alianza Editorial. Madrid, España, 2000.
- l. Obón León, J. Ramón. Derechos de los Artistas e Intérpretes. Editorial Trillas. México, 1996.
- m. Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003.
- n. Rangel Medina, David. Derecho Intelectual. Ed. McGraw-Hill. México. 2003.
- o. Rengifo García, Ernesto. Propiedad Intelectual, el moderno Derecho de Autor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 1997.
- p. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.

## 2. ELECTRÓNICAS

- a. US Copyright Office. <<http://www.copyright.gov/circs/circ1.html#wci>>

## 3. LEGISLACIÓN

- a. Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.
- b. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- c. Constitución de los Estados Unidos de América.
- d. Copyright Act.
- e. Convenio de Berna.
- f. Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
- g. Ley Federal del Derecho de Autor.
- h. Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.
- i. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- j. United States Code.



## EMILIO RABASA EN LA SUPREMA CORTE

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo\*

La justicia federal en México se encarnó durante muchos años, por no decir que más de un siglo, en el juicio de amparo: el juicio a través del cual se hace vigente la Constitución y se controla el ejercicio de la autoridad. Crescencio Rejón, Mariano Otero e Ignacio Vallarta, jurisconsultos del siglo XIX, le dieron vida y lo vieron volar. Ellos, hombres de ese siglo, han sido reconocidos como pilares de la justicia de amparo y, por ende, de la justicia mexicana. Sus esculturas dan la bienvenida en la entrada principal de este Alto Tribunal, y representan el reconocimiento institucional e histórico a sus enormes aportaciones.

Pero el transcurso del tiempo nos deja a las siguientes generaciones el deber de reconocer que también en el siglo XX hubo hombres que hicieron grandes aportaciones a la justicia mexicana, a quienes debemos, en honor a la verdad y a la historia, también reconocer sus méritos. Es el caso de Emilio Rabasa Estebanell.

Emilio Rabasa ha estado presente en este Alto Tribunal desde hace muchos años en diversas manifestaciones, pero ahora toma forma permanente y tangible en la escultura que develamos.

Ha estado aquí a través de la presencia de sus discípulos, en especial del maestro Felipe Tena Ramírez, ilustradísimo constitucionalista y ministro de este Tribunal, pero también a través de las enseñanzas que durante muchos años abrevaron abogados tanto en su aula de la Escuela Libre de Derecho

---

\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

como en su producción jurídica literaria, todo esto reflejado en casos puestos a decisión del Tribunal o en las sentencias que les recayeron.

Herrera y Lasso, Gaxiola, Serra Rojas, son sólo algunos de sus discípulos, quienes durante años han sido fuentes de referencia y consulta para la solución de múltiples juicios de amparo y problemas de interpretación constitucional.

Hoy, Rabasa llega a la Corte para quedarse, petrificado artísticamente en la permanencia que le da la escultura que se realizó en su honor.

Fue un hombre apasionado por la precisión en el uso del lenguaje, un gran teórico de la Constitución y, quizá sobre todas las cosas, un crítico sin tibiezas y un gran maestro.

Martín Díaz y Díaz, extinto profesor y apasionado estudioso rabasiano, se pregunta, y nosotros con él, ¿de dónde provino la fuerza analítica que determinó el carácter crítico del trabajo jurídico de don Emilio?,<sup>1</sup> y responde:

La respuesta tiene que ver con la singular polivalencia de la actividad de Rabasa, quien agotó todo el abanico de posibilidades que admite el ejercicio del derecho. Rabasa fue juez en distintos niveles de la jerarquía judicial, aunque nunca alcanzó la magistratura de la Corte. Trabajó como legislador en el ámbito local y luego en el terreno federal; en esta actividad llegó a ocupar incluso la presidencia del Senado. Encarnó al Poder Ejecutivo cuando fue gobernador del estado de Chiapas. Fue abogado de los poderes públicos al más alto nivel regional en el carácter de Procurador del Distrito Federal. Ejerció las tareas de difusión del derecho tanto a nivel de la prensa diaria como de los órganos especializados en la publicación de aspectos científicos del conocimiento jurídico. También en su experiencia destaca una fecunda labor docente en la cátedra de ciencia política y la carrera de postulante tuvo en él a un exponente privilegiado, sobre todo cuando los litigios se planteaban en torno a cuestiones constitucionales por la vía del amparo...

Y concluye diciendo:

[La] ... obra científica [de Rabasa] redondea con maestría esta multitud de experiencias en el terreno jurídico.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> DÍAZ y DÍAZ, Martín. *EMILIO RABASA teórico de la dictadura necesaria*. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial. México, 1991. pp. 20 y 21.

<sup>2</sup> *Ídem*. p. 21.

Así las cosas, pareciera paradójico y a destiempo que Rabasa llegue a ocupar ahora un lugar permanente en uno de los pocos órganos en los que no fungió como servidor público en vida.

Pero no es así, la llegada de Rabasa resulta de lo más oportuna.

Rabasa llega a la Suprema Corte que deseó y por la que luchó en su obra jurídica. Llega a un Tribunal que, siendo el máximo órgano del Poder Judicial, se dedica a interpretar la Constitución y a atemperar las relaciones entre poderes públicos a través del ejercicio de sus facultades. A un órgano que ya no distrae su tiempo y esfuerzos en fungir como el gran tribunal casacional de México, en el que la interpretación del artículo 14 constitucional, que tanto criticó, lo había convertido.

Rabasa llega cuando se ha revertido, tras muchos años de esfuerzos y medidas legislativas y propias, el proceso histórico que tornó a la Corte en el “gran despachador de asuntos por hora”, como habría expresado él mismo.

Parafraseando a nuestro homenajeado, ahora la Corte puede obrar con el reposo que exige la labor que le ha sido confiada, porque las condiciones en que se desempeña abren paso a un verdadero sentimiento de dignidad suprema.<sup>3</sup> Llega cuando el paradigma en el que durante años operó este Tribunal es reemplazado por otro que en mucho, por no decir que en todo, se asemeja al paradigma en que él sostenía debía operar la judicatura.

Llega a una Corte que vive en carne propia los esfuerzos que hacen las judicaturas locales y el foro de abogados por revertir también lo que él llamó “la federalización del derecho común... que arrebató a los jueces locales su jurisdicción privativa y a los Estados su garantía superior de independencia federal”,<sup>4</sup> lucha que parece haber encontrado su punto de inflexión, aunque todavía no llega a buen puerto.

---

<sup>3</sup> RABASA, Emilio. *El artículo 14, estudio constitucional y El juicio constitucional, orígenes, teoría y extensión*. Tercera edición, Editorial Porrúa. México, 1969. p. XIV.

<sup>4</sup> RABASA, Emilio. *La constitución y la dictadura*. Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1990. p. XXXIX.

Su visión de lo que a su juicio debía ser la Suprema Corte y la judicatura en general, fue expuesta en gran parte a propósito de su lectura del *Artículo 14 constitucional*, publicada en la magna y ya clásica obra del mismo nombre. Y es que en Rabasa todo parece tener un punto de origen único: la crítica a la Carta Magna y la crítica a los intérpretes de la misma.

Emilio Rabasa se adentró en la gran polémica del siglo XIX acerca de cómo debía interpretarse el artículo 14 constitucional, y si la garantía de debido proceso que consagraba permitía a los jueces de amparo revisar los actos dictados por otros jueces; pero fue más allá, en pos del paradigma mencionado propugnó por la reforma del propio artículo como la mejor manera de afrontar todas las consecuencias que había generado, entre ellas la que refirió como la “desnaturalización” del juicio de amparo.

En *La constitución y la dictadura*, entre renglones de ardua crítica hacia la Constitución entonces vigente, deja ver, sin la menor de las reticencias, que en su credo constitucional es fundamental una judicatura fuerte e independiente, enfocada en aplicar la ley, y una Suprema Corte de Justicia dedicada a hacer viva la Constitución y aportar los temperamentos que moderen las relaciones entre los órganos de poder político, y que pueda fungir como el fiel de la balanza en el juego de poderes.

Emilio Rabasa se pronunció, cuando resultaba impensable, por juzgadores inamovibles, que por inamovibles estuvieran en mejor aptitud para juzgar porque no estarían a expensas del grupo político en turno y serían inalcanzables para el dominio e influencia que tenía el Poder Ejecutivo.

Su posterior publicación acerca del juicio de amparo, plasmada en su obra *El juicio constitucional*, también refleja hondamente el espíritu censor del maestro. Si bien a lo largo del texto elogió y resaltó las virtudes de nuestro juicio, fue reacto y agudo crítico de la manera en que la Constitución lo regulaba en forma incompleta y apuntó con rigor técnico y elocuencia argumentativa las deficiencias que le impedían fungir como el instrumento de control constitucional suficiente y amplio que debió ser. Fue crítico y duro también con la propia Corte, a la que acusó de haber restringido su propia función, y la del juicio de amparo mismo, a través de su jurisprudencia, por ejemplo,

cuando sostuvo que para la impugnación de una ley por inconstitucional era necesario que mediara un acto concreto de aplicación que agraviara a algún individuo.<sup>5</sup>

Sin lugar a dudas, tenía razón Gaxiola cuando, al prologar en 1955 la reedición de la obra de don Emilio, dijo que “Fue un escritor, cuya primera condición es, según dijera Montesquieu,.. no hacer leer, sino hacer pensar....”<sup>6</sup> y también cuando en páginas más adelante agregó:

Lo que hoy nos parece verdad adquirida e incommovible, se movió en tiempos de Don Emilio, dentro de las pasiones de la polémica y entre los titubeos de la incertidumbre; sus palabras no fueron las de un clarividente que conduce a la duda o a la inacción, sino las de un pensador que nos lleva con mano segura, no sólo a la repetición y al contagio de la doctrina, sino también al doloroso camino de la realización.<sup>7</sup>

Este discípulo rabasiano afirmó:

México tiene un deuda con Rabasa; la tiene la Revolución hecha gobierno, la tiene la Universidad, la tiene el pensamiento sociológico e histórico del país; la tenemos todos los buenos mexicanos y debemos pagarla.<sup>8</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también tenía una deuda pendiente con Emilio Rabasa, que con este acto simbólico pretende saldar, a casi 60 años de que Herrera y Lasso, propusiera una cuarta estatua para el consumidor del amparo.<sup>9</sup>

De ahora en adelante, el maestro Emilio Rabasa Estebanell tiene un lugar permanente y simbólico en este Alto Tribunal. Esta escultura será un

---

<sup>5</sup> RABASA, Emilio. *El artículo 14...* Op cit. p. 245.

<sup>6</sup> *Ídem.* p. XI.

<sup>7</sup> *Ídem.* p. XX.

<sup>8</sup> *Ídem.* p. XXI.

<sup>9</sup> Herrera y Lasso, Manuel. *Estudios políticos y constitucionales.* Miguel Ángel Porrúa Editor, México. p. 380.



recordatorio para esta generación, y las venideras, de que somos producto del aprendizaje histórico, de la dialéctica entre Constitución y realidad, a la que la obra rabasiana se refiere constantemente. Así, habremos de manifestar y reconocer que Emilio Rabasa fue el gran maestro, el precursor en el análisis de nuestro propio proceso constitucional o del “constitucionalismo revisionista” como diría Serra Rojas, el riguroso analista de nuestro juicio de garantías.

Sobre todas las cosas, esta escultura es un reconocimiento al gran crítico de la Constitución y de sus intérpretes, al gran crítico del amparo y de la propia Suprema Corte, y es, a la vez y por esto mismo, un reconocimiento institucional y, en la figura de Rabasa, al invaluable aporte que constituyen para este Tribunal sus críticas y sus críticos, sean anónimos, identificados o identificables, sean del pasado, del presente o del futuro.

Esta escultura personifica un reconocimiento emblemático a lo fundamental que resulta para los jueces constitucionales entablar un diálogo permanente con sus críticos, y es muestra de que vemos en ello una relación de mutualidad y reciprocidad.

Don Emilio Rabasa Estebanell llegó a la Suprema Corte para quedarse cuando ésta ha alcanzado el paradigma por el que él luchó durante muchos años, con su producción literaria como fusil y un salón de clases en la Escuela Libre de Derecho por trinchera, si se vale recurrir a la metáfora que con tanta elegancia dispendía él mismo.

Sea esta imagen de don Emilio Rabasa un homenaje institucional al jurista que fue, pero, a la vez e igual de importante, un reconocimiento anónimo a todos los críticos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estemos o no de acuerdo con el sentido de sus pronunciamientos, porque sólo mediante la crítica y la autocrítica se pueden construir instituciones democráticas sólidas, y esta Suprema Corte lo es.

## EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo\*

Norman Mailer, novelista y periodista norteamericano, con motivo de los dramáticos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York y de la declaración de guerra a Irak, escribió un memorable ensayo que tituló *¿Por qué estamos en guerra?*, en el que llama la atención a los Estados Unidos sobre los riesgos que corre la democracia y la imposibilidad de exportarla a otros países. En su ensayo hay reflexiones válidas para cualquier sistema democrático, no sólo para el estadounidense, y son las que me permitiré leer:

No parece que se comprenda muy bien que, salvo circunstancias especiales, la democracia no es algo que podamos crear en otro país sólo porque nos lo proponamos. La verdadera democracia nace de muchas batallas humanas, individuales y sutiles, que se libran a lo largo de décadas e incluso siglos, batallas que consiguen construir tradiciones. Las únicas defensas de la democracia son esas tradiciones democráticas. Cuando uno empieza a ignorar esos valores, está jugando con una estructura noble y delicada. No hay nada más bello que la democracia. Pero no se puede jugar con ella. No se puede suponer que vamos a ir a demostrarles el gran sistema que tenemos; eso es una arrogancia monstruosa.

Como la democracia es noble, siempre está en peligro. La nobleza siempre está en peligro. La democracia es perecedera. Creo que para la mayoría de la gente, si se tienen en cuenta los instintos más bajos de la naturaleza humana la forma natural de gobierno es el fascismo. El fascismo es un estado más natural que la democracia. Suponer alegremente que podemos exportar la democracia a cualquier país que

---

\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

queramos puede servir, paradójicamente, para instigar más fascismo, tanto en nuestro país como en el extranjero. La democracia es un estado de gracia que sólo alcanzan los países que poseen gran cantidad de individuos dispuestos no sólo a gozar de la libertad, sino a trabajar duramente para mantenerla.

Son innumerables las batallas de todo género que México ha librado para acceder a un sistema aceptablemente democrático.

La lucha por la democracia no es una lucha de hoy. Es una lucha que tiene décadas, alrededor de un siglo, de gestarse, de construirse piedra a piedra, paso a paso. No es producto de una sola reforma constitucional o de un solo momento histórico. Es un estado al que hemos llegado tras un proceso que bien podría decirse inició con la restauración de la república en el siglo XIX, y continuó su avance con diferentes actores y en distintos escenarios.

Francisco I. Madero, los hermanos Serdán, Manuel Gómez Morán, Efraín González Luna, Demetrio Vallejo, Valentín Campa, Heberto Castillo, Cuauhtémoc Cárdenas, son unos cuantos nombres que surgen de la prolongada lucha por la democracia mexicana, proceso en el que también han sido determinantes los partidos políticos, los medios de comunicación, los académicos y, por supuesto, la sociedad civil.

Sin embargo, lo que sí es reciente son los logros que en esta lucha histórica se han materializado. La estructura constitucional en materia electoral y la legislación de la materia, tanto a nivel federal como a nivel estatal, y la jurisprudencia que acerca de estos instrumentos normativos se ha generado son testimonio amplio y contundente de que es mucho lo que se ha avanzado en este camino.

Los mexicanos contamos ya con la existencia del Instituto Federal Electoral, no sólo como el gran árbitro y organizador de las elecciones, sino como el gran promotor de una mayor participación ciudadana. Todavía más, el IFE se ganó codo a codo la confianza de la ciudadanía y el respeto de los partidos políticos, y eso es algo que jamás se da por decreto.

Por supuesto, no podría omitirse aquí mencionar la actuación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de sus salas Superior y Regionales, y también de las salas y tribunales electorales de los estados que,

con su conocimiento de la materia electoral, su depurada técnica unida a su imparcialidad y objetividad, ha sido una pieza clave, decisiva, de la ingeniería en la construcción del sistema democrático, en particular cuando atienden conflictos inherentes a los partidos políticos, tanto en sus relaciones con el Instituto como en las internas propias de su militancia, aunque todavía haya a quienes esto escandalice, a lo que más adelante me referiré.

Haber convertido nuestro sistema electoral, en unos cuantos lustros, en un sistema confiable, creíble, capaz de competir con los mejores del mundo, es una hazaña de la cual debemos sentirnos orgullosos como país. Se trata de un gran logro que no es posible regatearle al IFE, ni al Tribunal Electoral de la Federación, ni a los correspondientes estatales, como tampoco a los partidos políticos. Es una clara demostración de que cuando nos proponemos algo en serio como país, lo logramos, sin importar las dificultades o el tamaño de los obstáculos que se nos presenten.

Hace apenas unos quince o veinte años esto era impensable. Quienes este año votarán por primera vez no lo vivieron, pero quienes tuvimos la oportunidad de votar en dos o más elecciones presidenciales sabemos cuánto ha variado el escenario.

El aspecto electoral de la democracia puede considerarse un asunto muy avanzado. México puede preciarse ante todos de poseer un sistema jurídico avanzado y confiable, digno de mostrarse al mundo. Las normas sustantivas y adjetivas del proceso electoral y el amplio sistema de medios de impugnación en la materia ha dejado un grato sabor de boca en todos los mexicanos, un sabor que sólo da la sensación de conquista, de ver fructificados los esfuerzos de muchas generaciones y de muchos actores por contar con una plataforma legal y organizacional amplia, sólida y confiable para la elección de nuestros gobernantes.

Pero sin demeritar nada de lo anterior, también estoy convencido de que la democracia mexicana no es un proceso concluido. Y es que la democracia no se agota en lo electoral, es decir, no se reduce a que sea el sufragio el que designe quiénes son los gobernantes; es mucho más que eso, aunque en este aspecto ya esté lograda. La democracia *es una forma de vida*, bien lo

dice nuestro artículo tercero constitucional. La democracia es un sistema en el que todos los órganos del poder público tienen acotadas sus facultades, limitadas, entre sí y frente a los gobernados. La democracia es, ante todo, un sistema de límites.

Nuestra democracia sigue en proceso de consolidación y debe seguir avanzando, ganando terreno, pasando a otras arenas. Aún falta librar otras batallas para generar tradiciones democráticas que respalden con firmeza el sistema del que hoy presumimos. Entre éstas, principalmente, se encuentra la del respeto a la legalidad como condición para establecer un sistema de convivencia social y política real, y efectivamente democrático, en el que impere la racionalidad de las normas más que el capricho o la excepcionalidad de quién puede más. El camino será largo y es preciso transitarlo combinando firmeza, sensibilidad y sentido de responsabilidad.

En este contexto, la pregunta obligada es, ¿cuál es el papel que deben desempeñar los jueces en la construcción del modelo democrático?

El procesalista Alfredo Rocco aborda la cuestión relativa a la necesidad de la jurisdicción o, en otras palabras, cuál es la función de los juzgadores.<sup>1</sup>

Según Rocco, en las relaciones ordinarias de la vida la satisfacción de los intereses tutelados por la norma se cumple por obra espontánea de los mismos interesados. La norma se realiza sin dificultad, porque aquellos a quienes se dirige el mandato o la prohibición contenido en la misma, arreglan a ella en forma voluntaria su propia conducta, aun prescindiendo del temor que la coacción inspira. Sería impensable la vida social si todas las normas que rigen nuestra vida de relación tuvieran que exigirse de manera coactiva.

Sin embargo, explica, también puede presentarse otra circunstancia que, como hipótesis, debe preverse respecto a la norma misma, y es que, en la realidad de la vida, la satisfacción de los intereses tutelados por dicha norma encuentra obstáculos, “que prácticamente hacen desmerecer en todo o en parte los beneficios inherentes a dicha tutela”.<sup>2</sup> Estos obstáculos, asevera

---

<sup>1</sup> Rocco, Alfredo. La sentencia judicial. La interpretación de las leyes procesales. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1985. pp.7 y siguientes.

<sup>2</sup> Rocco. *Op. cit.*, p. 9.

Rocco, son de dos clases: la incertidumbre de la tutela que el derecho otorgue a determinados intereses y la resistencia o renuencia a acatarla de aquel a quien va dirigido el mandato o la obligación contenidos en la norma que tutela dicho interés.

Puede suceder, señala este autor, que por múltiples razones sea incierta la tutela concedida por el derecho a algunos intereses concretos, aunque no es el caso por ahora distraernos en detallar o ejemplificar lo anterior.

Por otra parte, en una segunda hipótesis que el propio Rocco califica como menos frecuente, señala que puede ocurrir que –estando fuera de duda la tutela de determinado interés por estar legalmente acreditada–, aquel a quien va dirigido el mandato o la prohibición contenidos en la norma que tutela dicho interés, rehúse u omita acatarla y deje así, por mala voluntad, incumplido el interés que la norma jurídica protege.

De acuerdo con Rocco, para que la norma jurídica cumpla efectivamente su función en estos dos casos es necesario eliminar los obstáculos que se oponen al cumplimiento efectivo del interés tutelado; esto no puede lograrse por obra de los mismos interesados, esto es, “de aquel a quien se trata de proteger sus intereses y de aquel frente al cual se trata de hacer valer la tutela”.

Si la remoción de estos dos obstáculos no puede confiarse a los propios interesados, es evidente que el Estado debe tomarla a su cargo, toda vez que él mismo es el órgano específico del derecho.

En los sistemas constitucionales modernos se prohíbe la justicia por propia mano; así lo establece nuestro artículo 17 constitucional. Aquí es donde surge la necesidad de la jurisdicción, es decir, de un tercero imparcial que remueva el obstáculo para la satisfacción del interés jurídicamente tutelado. El juez debe determinar cuál es el interés que tutela el derecho.

A partir de esto se satisface uno de los valores jurídicos fundamentales del Estado, que es la certeza jurídica, de la que deriva la seguridad jurídica. En un extremo podría decirse que la función del juez es generar certeza en las relaciones sociales. La fundamentación y motivación que la ley exige en las sentencias son las garantías de que se dictaron de manera objetiva, atendiendo a las razones que ahí se expresan y con fundamento en los

preceptos que ahí se citan, estemos o no de acuerdo con lo establecido por la propia sentencia.

Lo dicho por Rocco es válido tanto para las relaciones entre particulares, entre órganos del Estado o en las relaciones de gobernantes con gobernados. En todos estos escenarios nos encontraremos con los mismos obstáculos para la satisfacción de los legítimos intereses jurídicos y ante la necesidad de la intervención de un tercero imparcial, es decir, el juez.

Encuentro aquí una función que corre paralela, o quizá esté mejor dicho que complementa la función del legislativo. Y es que el creador de las normas se ocupa de regular conductas, fijar límites entre lo legal y lo ilegal, lo válido y lo inválido, lo permisible y lo prohibido; define el espacio en el que se puede actuar con exclusividad; señala qué corresponde a cada uno, y esto en mucho se asemeja a la función del juzgador.

En efecto, es el juez quien se ocupa de volver a imponer esas mismas líneas que el legislador había trazado antes, cuando ha surgido duda acerca de cómo operan o cuándo las mismas se han soslayado, pero ya en función del caso concreto, retomando lo que explica Rocco. Y aquí es donde encuentro la respuesta a la función de juez en la construcción y consolidación de nuestra democracia.

La democracia es un régimen que no admite absolutos: ni valores absolutos, ni funciones absolutas. No es concebible en un régimen democrático que un poder u órgano pueda funcionar en forma ilimitada o irresponsable, o que pretenda concentrar en sí mismo el ejercicio de funciones que a otros se han atribuido, por el bien y en función de la sobrevivencia de la democracia misma.

En este escenario, los tribunales tienen por vocación contener el ejercicio del poder dentro de los cauces y límites que el propio legislador ha puesto, y es un rol que por más necesario que resulte, por razones que se antojan naturales, no gusta a muchos o incluso genera molestia a otros tantos.

Para ejemplificar, si me permiten la analogía, veo una semejanza muy fuerte entre la función que en una familia corresponde a los padres en función de los hijos. Hace tiempo escuché a algún psicoterapeuta decir que los conflictos entre padres e hijos son muy naturales, porque la función de los padres no se

agota como dispensadores de afecto y de los bienes materiales indispensables, sino que su cometido incluye, de manera fundamental, imponer a los hijos límites claros y precisos. A nadie agrada que nos impongan límites; de ahí que surjan los conflictos entre padres e hijos, sobre todo durante la adolescencia de estos últimos. Conflictos que no es factible evadir, porque todos estamos conscientes de que la falta de límites en la educación sólo produce seres inadaptados.

Cuando los tribunales imponen límites, o más bien hacen respetar los límites que fueron vulnerados, causan molestias. A nadie le gusta que lo limiten. Más aún, si consideramos que cuando se acude a tribunales, por regla general hay contención entre dos posturas, una de ellas necesariamente se verá afectada, y con ella sus simpatizantes.

Aunque parezca reiterativo, debo insistir y hacer especial énfasis en que de ninguna manera basta que la propia norma, en particular la Constitución, limite en el papel el ejercicio del poder público. Son indispensables los instrumentos para hacer efectivas y reales esas limitaciones. Nuestra propia historia tiene ejemplos claros de lo anterior.

Daniel Cosío Villegas, al explicar la relación entre la Constitución de 1857 y la concentración de poder del Porfiriato, ejemplifica bien esta situación y es categórico al sostener:

La buena ley escrita no basta para crear gobernantes demócratas; ni la mala ley escrita engendra forzosamente tiranos; los engendran, en definitiva, las condiciones ambientales.<sup>3</sup>

Nuestra historia patria lo demostró con creces.

Por supuesto, no quiero decir con esto que la actuación de los tribunales hubiera evitado en aquel momento histórico la dictadura; para nada. Tan sólo deseo expresar que ya hemos vivido como nación la experiencia de contar con un texto constitucional que si bien establecía límites, cuando éstos no se

---

<sup>3</sup> Cosío Villegas, Daniel. *La Constitución de 1857 y sus críticos*, cuarta edición, Fondo de Cultura Económica. México, 1998, p. 156.



observaron y tampoco se hicieron efectivos, la consecuente concentración del poder devino en dictadura y socavó cualquier viso democrático que la Constitución pudiera haber tenido. Cosío Villegas agrega:

No en balde ha dicho lord Acton la verdad fundamental de que el poder corrompe; el poder absoluto corrompe absolutamente y el poder indefinido corrompe indefinidamente. Por eso la ley resulta una de las primeras víctimas necesarias de esa corrupción, y por eso el poder absoluto e indefinido de Porfirio Díaz trajo consigo la corrupción absoluta e indefinida de la Constitución de 57. De ahí que pueda decirse que el problema verdadero de la organización política, que se resuelve en las cuestiones importantes, pero secundarias, de la forma de gobierno, de la división de los poderes públicos y de las facultades que cada uno de éstos ha de tener, es simple y llanamente limitar el poder del gobernante sin hacer ineficaz su autoridad o su acción.

...

Es incuestionable que una ley mala y opresiva conduce siempre a la solución extralegal; pero es asimismo incuestionable que el mal gobernante violará siempre la ley, hasta la ley excelente o perfecta. Si en la Inglaterra y la Francia modernas, o en los Estados Unidos, no hay tiranos, y en los países de la América Latina los ha habido y los hay, no es porque las constituciones inglesa, francesa y norteamericana sean buenas y las nuestras malas, pues con copiar aquéllas literalmente hubiéramos resuelto el problema hace tiempo.<sup>4</sup>

El voto y las tradiciones democráticas que hemos ido construyendo los mexicanos han venido a reemplazar el uso o la necesidad de la fuerza. Por eso, hoy más que nunca, los tribunales están llamados a realizar su vocación natural de contener el ejercicio del poder en sus propios cauces.

Recurrir a los tribunales para que solucionen un conflicto, ya sea que se trate de un conflicto entre órganos de poder o un conflicto acerca de la validez de una elección, no es contaminar o manchar el desarrollo democrático de México, ni tiene la connotación negativa que unos quieren achacarle cuando

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 155.

en tono peyorativo hablan de la “judicialización de la política” o la “politización de la justicia”.<sup>5</sup>

Por el contrario, recurrir a los tribunales en situaciones como éstas significa forjar de modo gradual una de esas “tradiciones democráticas” a las que se refiere Mailer, que son las que blindan la democracia misma, haciéndola cada vez menos vulnerable; antes bien, la hacen más sólida. A nadie debe espantar esta práctica, sino que, lejos de ello, creo que debe congratularnos no sólo el hecho de que tengamos esta alternativa, sino que tengamos toda una infraestructura disponible para ello; todavía más, que se encuentre depositada en órganos que han demostrado con el tiempo su confiabilidad y capacidad.

No coincido con quienes se escandalizan o preocupan de que la política se judicialice o porque la justicia se politice, ni creo que ello suponga o se deba a que los jueces invadimos territorios que no nos corresponden, y que son exclusivos de los políticos. Quienes así se han manifestado incluso han llegado a decir que esto refleja una “decadencia institucional”<sup>6</sup> y aducen que la alternativa jurisdiccional para resolver conflictos, sobre todo aquellos entre órganos de poder, crea parálisis en el Estado. No lo creo.

No puedo desconocer que, ciertamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales electorales han tenido una participación mucho más activa en los últimos años y que han sido quienes han venido a resolver los conflictos más acalorados que el quehacer público ha visto en los últimos años. Pero eso sólo significa que los tribunales están viviendo su vocación y haciendo realidad los objetivos para los que fueron creados, en un contexto que, por ser una situación de transición, su participación quizá resulte más notoria o protagónica.

Es indudable que en México el tribunal constitucional gestó su origen en un escenario en el que la democracia experimenta una época de transición.

---

<sup>5</sup> González Fernández, José Antonio. “La judicialización de la política”, en la revista *Nuestra Democracia. Actualidad y opiniones sobre controversias constitucionales*, número 2, año 2005, pp. 15 y siguientes.

<sup>6</sup> González Fernández, José Antonio. *Op. cit.*

Los regímenes autoritarios y centralistas que durante años caracterizaron a nuestro país empezaron a ceder a la apertura, al mismo tiempo que la Suprema Corte transitó de un tribunal en el que se encontraban mezcladas cuestiones de legalidad y constitucionalidad a un tribunal que de manera preponderante se ocupa del control directo de la Constitución.

El ejercicio del poder encontró una distribución mucho más compartida entre Federación, entidades y municipios; así como más horizontal dentro de cada orden y entre partidos políticos, distribución que permitió al sistema jurídico la ocasión para que se trazaran los límites entre unos y otros, como debieron estarlo desde siempre, con la gran diferencia de que ahora se trata de límites que, ante su inobservancia, se hacen exigibles por los niveles de gobierno, órganos de los estados y minorías parlamentarias contendientes.

En este nuevo escenario, el rol de la Suprema Corte ya no se concreta, como fue durante más de siglo y medio, a ser sólo intérprete y garante de los derechos de las personas, sino que, además, asume otro papel fundamental, ahora como árbitro entre poderes y niveles de gobierno. Se trata de una Corte de peso completo que traza las líneas constitucionales cuando éstas las desdibuja la actuación del poder público o cuando hay diferencias en cuanto al alcance de las mismas, y ese rol garantiza a quienes vivimos e integramos un régimen democrático que la democracia perviva como sistema y que sea la Constitución la que determine cómo se ejerce el poder público en forma democrática.

Sin un tribunal constitucional que desempeñe esta importantísima función, que en México tiene asignada la Suprema Corte, tendríamos, en palabras de García de Enterría, "... una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple relevancia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene..."<sup>7</sup>

En la alborada de un régimen democrático, en el marco de un proceso de transición, no hay partidos hegemónicos predominantes en lo federal ni en lo

---

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 186.

estatal, el Congreso y sus Cámaras no se integran partidariamente con el Ejecutivo Federal; los poderes estatales o municipales tampoco se ejercen por correligionarios políticos de quienes detentan el poder federal; encuentro lógico y natural que se presenten con gran frecuencia conflictos que exigen una solución jurisdiccional que provenga de un órgano que resuelve sólo en interés de la supremacía de la Constitución.

Así las cosas, en particular en la medida en que la Corte ha resuelto conflictos altamente politizados, entre ellos muchos relativos a leyes electorales, y ha interpretado el régimen político constitucional, ha sido actor importante y a veces protagónico de la transición democrática y, más aún, de la construcción de nuestro modelo democrático. Conflictos que antaño encontraban solución mediante controles políticos verticales, hoy, ante la dificultad o imposibilidad de consensuar o disolverse en la arena política, encuentran solución en este Tribunal, lo que tiene la indudable ventaja de garantizar la igualdad procesal de las partes contendientes y la imparcialidad del órgano técnico que, de manera objetiva, aunque no infalible, imponga la solución que se derive del marco constitucional.

La Corte, al igual que los tribunales electorales, no sólo ha sido una válvula de despresurización política y social al concluir en un litigio lo que podría haber devenido en un conflicto de otras dimensiones, sino que en cada sentencia define el régimen constitucional mexicano, especialmente en puntos que pudieran haber parecido claroscuros del mismo.

El patrimonio jurídico que la intervención de la Suprema Corte y los tribunales electorales ha creado en esta conflictiva etapa de la historia patria, deja a generaciones venideras numerosos precedentes y tesis que interpretan y brindan mayor certeza acerca del contenido de nuestra Constitución y del régimen electoral, y revelan con más claridad dónde están las líneas que entre poderes y gobiernos impone respetarse. Ese rico patrimonio también es su aportación a la construcción de la democracia.

Los cuestionamientos que algunos sectores hacen acerca de la legitimidad con que los tribunales intervenimos para resolver disputas parecen explicables en un contexto en el que no solía haber un tercero que mediara en conflictos

entre niveles de gobierno o que atendiera conflictos electorales, como sucede ahora, pero además con carácter vinculatorio. También en otros países, mientras vivían circunstancias históricas análogas, se han presentado cuestionamientos similares.

Para ejemplificar, basta referir la opinión de dos conocedores de la materia: el alemán Bachof y el español Tomás Ramón Fernández.

En la celebre conferencia que impartió Otto Bachof en Alemania cuando se cumplían 10 años de la instalación del Tribunal Constitucional alemán,<sup>8</sup> momento en que un sector cuestionaba la elección constitucional de depositar en tal órgano la salvaguarda de su Carta Magna, por motivos muy similares –si no es que iguales– a los que hoy se cuestionan en México, expresó a qué atribuía esas reacciones. Entre otras cosas, explicó que dados sus antecedentes históricos era comprensible que algunos actores políticos resintieran ejercer un poder acotado cuyos límites ahora se hacían exigibles.

Expresó también, y lo suscribo en lo conducente para el caso mexicano, que a pesar de tales cuestionamientos, de los que con el tiempo saldría airoso el tribunal, era innegable la importancia de la función que había desempeñado el tribunal alemán; que al margen de cualquiera de las objeciones formuladas en aquel tiempo, por ejemplo, la “judicialización de la política”, la invasión de poderes, la posibilidad de que un pequeño grupo anulara la actuación del legislativo, etcétera, objeciones todas que consideró infundadas, la mayor bondad no podría ensombrecerse, y es que el tribunal llegó a consolidar la Constitución alemana como el documento rector de su vida pública, y a promover una cultura en la que el ejercicio del poder encuentra límites exigibles y los derechos fundamentales referentes para materializarse.

El caso español tampoco fue ajeno a estos cuestionamientos y la siguiente cita lo ilustra, en la que con base en las preguntas y respuestas de Bachof, el constitucionalista español Tomás Ramón Fernández concluye:

---

<sup>8</sup> Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Civitas, primera edición 1985, reimpresión de 1987. Madrid, España.

Quienes hoy, con el eco que les asegura la alta posición que ocupan en el Estado, se preguntan, falsamente escandalizados, por qué doce jueces sin mandato popular –en nuestro caso serían once– pueden hacer prevalecer su opinión sobre la de los diez millones de personas que a ellos mismos les han votado, saben perfectamente –porque debían saberlo ayer cuando protestaban contra las «mayorías mecánicas» y el «rodillo parlamentario»– que estos fenómenos son, ciertamente, inevitables, y que, precisamente por serlo, requieren inexcusablemente un contrapeso, «una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos» y que «esa fuerza sólo puede ser el juez»<sup>9</sup>

Como advierte este autor, las preguntas que se hicieron en el caso alemán son iguales a las que se hacían en aquel momento en la Península Ibérica, y yo agregaría que también son las mismas que hoy se hacen en México, como ya lo he manifestado en diversas ocasiones.

En esa sociedad democrática y madura a la que aspiramos, sería deseable que la intervención de los tribunales se viera, al margen de su matiz político –indisoluble, pero tan sólo momentáneo–, como una contribución al mejor ejercicio del poder público, a contener el ejercicio del poder dentro de sus límites constitucionales, no sólo entre órganos de poder sino también en la relación del Estado frente a los individuos, como parte de la construcción de nuestra democracia.

Cuando en la última elección presidencial de Estados Unidos, John Kerry, el candidato del Partido Demócrata, anunció que no impugnaría los resultados de la elección que arrojó como vencedor a George Bush por un segundo periodo, su proceder se interpretó como si fuera canon pro democrático que “las elecciones se ganan en las urnas y no en los tribunales”. En México no faltó quien hiciera eco de la expresión, sobre todo para descalificar la competencia que en la materia tienen los tribunales, en particular los electorales, tanto estatales como los del Poder Judicial de la Federación.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Fernández, Tomás Ramón. Prólogo a la traducción en español publicada por Civitas de Jueces y Constitución, de Otto Bachof, p. 12.

<sup>10</sup> A propósito particular de la elección estatal para gobernador de Veracruz.

De ninguna manera niego el valor del voto ni que las elecciones en efecto se ganan en las urnas, pero ello de ningún modo puede desmerecer la enorme importancia y el fundamental rol que desempeñan los tribunales por, precisamente, hacer vigente, efectivo, respetado y respetable, el voto de todos los ciudadanos. Sin la infraestructura que garantiza su respeto, el voto no habría alcanzado las revoluciones silenciosas que en México hemos vivido en carne propia.

Quienes creen que los tribunales se entrometen indebidamente en la arena política, porque en ese territorio debe preferirse la negociación, olvidan que hay reductos de la política en que la negociación no es alternativa sino corrupción; y uno de esos reductos es la defensa y valor del voto ciudadano. El voto público no es negociable, sólo defendible, y hoy ya no es necesario para defenderlo acudir a las calles o a los gritos, porque para ello están los tribunales.

Recurrir a tribunales, de ser necesario hacerlo, no es atentar contra la democracia, sino construir una sólida tradición de hacer que se respete, por una vía institucional diseñada especialmente para ello, el voto de todos los mexicanos. Y eso es fortalecer aún más la democracia.

Menospreciar el papel fundamental que desempeña la judicatura en la construcción o consolidación de la democracia mexicana, o no ver con buenos ojos la práctica de que se acuda a los tribunales en situaciones de conflicto, más aún bajo el falaz y peligroso argumento de que las mayorías desean otra cosa, impedirá forjar o arraigar esta sana tradición democrática, producto, ni más ni menos, de experiencias negativas de nuestra propia historia, e inclusive puede poner en situación de riesgo los logros que ya hemos alcanzado.

Retomo a Mailer y coincido con él en que:

Ahora tenemos que recordarnos continuamente que el simple hecho de que hayamos sido una gran democracia [lo dice refiriéndose a los Estados Unidos, pero aquí lo invoco para el caso mexicano] no garantiza que lo sigamos siendo. La democracia es existencial. Cambia. Cambia constantemente. No hay que darla por sentada. Está siempre en peligro. Todos sabemos que cualquier individuo buena persona puede convertirse en un malvado. Todos podemos corrompernos o amargarnos. A todos

nos pueden devorar las desgracias de la vida, cansarnos y capitular. Que hayamos sido una gran democracia no significa que sigamos siéndolo con sólo agitar una bandera.

No hay que dar por sentada la democracia en México, menos aún pensar que los tribunales han agotado su participación en su construcción o que son innecesarios para ella. Todo lo contrario, reconozcamos en los tribunales la enorme responsabilidad que tienen en esta etapa de consolidación y hagamos de su existencia una tradición democrática mexicana.





## REFLEXIONES EN TORNO A LA PROPUESTA DE REFORMA FISCAL

Alonso Pérez Becerril <sup>1</sup>

*Reducida a su esencia toda política es política fiscal.  
A quién, cómo y por qué le quitamos cuánto, para darle  
cuánto, a quién, cómo y porqué.*

Ricardo Medina Macías<sup>2</sup>

En la propuesta de reforma fiscal, se observa, entre otras cosas, que se propone disminuir la presión fiscal en materia del Impuesto sobre la Renta, y en contrapartida incrementarla en materia del Impuesto al Valor Agregado.

No debemos olvidar, que en 1998 se pretendió generalizar el IVA, sin éxito, toda vez que el partido político del Presidente en el poder, no avaló dicha pretensión; y que organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, OCDE, ...) sugieren que tal medida es la apropiada para nuestro país.

Recordemos que con la caída del feudalismo, los ingresos de la propiedad de la corona tuvieron que ser reemplazados por la imposición; y conforme el alza de las instituciones jurídicas y financieras modernas empezó a reflejarse en la estructura tributaria, la complejidad del análisis de la estructura impositiva aumentó considerablemente. A su vez, el desarrollo de la democracia popular

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México; Presidente de la Academia Fiscal de Tamaulipas.

<sup>2</sup> “El Desprestigio de la política”, Ideas al vuelo, Foro, El Economista, martes 15 de julio de 2003, p. 54.

modificó lo que se consideraba el espectro adecuado de las funciones gubernamentales, sustituyendo la política presupuestaria a las barricadas como campo para la lucha de los intereses de grupos y clases.<sup>3</sup>

La economía de la hacienda pública ha crecido enormemente tanto en extensión como en sofisticación, moviéndose con, y beneficiándose del desarrollo del análisis económico en general, pero también enriqueciéndolo. Sin embargo, este desarrollo no ha sido lineal, sino que las ideas han aflorado, se han retirado y han reaparecido cuando ha llegado el momento. Pero se ha realizado un gran progreso. No obstante, los problemas básicos han persistido. Las preguntas acerca de qué servicios públicos deberían ofrecerse, cómo deberían financiarse y qué papel debería jugar el sector público en el comportamiento marco de los asuntos económicos, todavía hacen aflorar los temas fundamentales.<sup>4</sup>

Si bien es cierto que se han ensayado los métodos más asombrosos para repartir las cargas fiscales, también es cierto que cada uno ha sido desechado porque históricamente han dejado de ser aptos para el fin que se propone la fracción de la clase que detenta el poder, no precisamente porque sean métodos que contengan un ideal en la tributación.<sup>5</sup>

Constantemente los legisladores se han planteado la pregunta de cuál sea el método mejor para repartir los impuestos. Un método tras otro ha sido estudiado, abandonado o perfeccionado. La busca de los métodos seguidos y de las razones que impusieron su abandono o su reforma parece, pues, importantísima para determinar las reglas a seguir en la práctica para el reparto de los tributos.

Se equivocaría por completo quien afirmase que los impuestos se reparten siempre efectivamente de un modo satisfactorio para la mayoría de los

---

<sup>3</sup> Musgrave, Richard A., *A Brief History of Fiscal Doctrine*, *Hand Book of Public Economics*, 1985, pp. 1-59, Traducción de J. J. Fernández Cainzos, *Una breve historia de la doctrina fiscal*, *Revista ...* p. 299.

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 330.

<sup>5</sup> Reyes Vera, Ramón, *La Teoría de la Contribución Mexicana* en *Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México*, año IV, mayo-agosto 1980, número 10, Toluca, Méx., p. 181.

ciudadanos. Aun considerando sólo la mayoría en sentido político, la que influye sobre el gobierno del país, estaríamos muy lejos del ideal. Lo mismo que el mar tiene un nivel teórico que en realidad nunca existe, porque sin cesar está movido por las olas, mareas, corrientes, tempestades, etc., así los impuestos parecen tender a aquella configuración, sin conseguirla jamás.

En la opinión predominante, la igualdad proporcional en el sacrificio del impuesto es la meta, pero ¡cuán mudables y diversos son los métodos usados para alcanzarla!<sup>6</sup>

El grado de desarrollo de una economía incide en su sistema tributario, porque las decisiones que se adopten sobre la materia pueden tener profundas repercusiones en la economía.

Las características de los sistemas tributarios difieren notoriamente según el régimen de que se trate sea de economía planificada o de mercado.

En los países socialistas, los tributos cumplen una función de interferencia deliberada en las conductas de los agentes económicos, especialmente en lo relacionado con el estímulo o desestímulo a ciertos consumos de acuerdo con la planificación económica prevista, de manera pormenorizada, por la burocracia estatal. En las economías de mercado, los tributos cumplen una función financiera primordial como medios indispensables para que el Estado pueda cumplir sus funciones. En los sistemas de economía mixta, los tributos no cumplen ya la simple y limitada función de dotar de recursos al Estado sino que se han convertido en instrumentos muy adecuados de intervención económica, a tal punto que es viable hacer referencia no solamente a la política fiscal en general, referida al conjunto de recursos del fisco público, sino a la política tributaria en particular, para aludir a la adecuada y preconcebida orientación que ha de asignarse al conjunto de tributos. En ese orden de ideas, el denominado principio de neutralidad, tan caro a la escuela clásica, no sólo no tiene una expresión real porque todo tributo repercute en las decisiones económicas en la misma medida en que priva de recursos al

---

<sup>6</sup> Einaudi, Luigi, Principios de Hacienda Pública, Ed. Aguilar, Madrid, 1955, pp. 109-110, citado por Reyes Vera, Ramón, La Teoría de la Contribución Mexicana, *ob. cit.* pp. 111-112.

contribuyente y los asigna al ente público para hacer viable una destinación diferente, sino que es conveniente que incida en la economía. Lo importante, desde la perspectiva de la política tributaria, es que haya conciencia clara sobre tales efectos y puedan tomarse decisiones orientadas desde un principio a generar determinadas consecuencias. Así, en economías en desarrollo se estimula la inversión productiva y el ahorro mediante la disminución de la importancia relativa de los tributos a las utilidades y el aumento de la imposición a los consumos.<sup>7</sup>

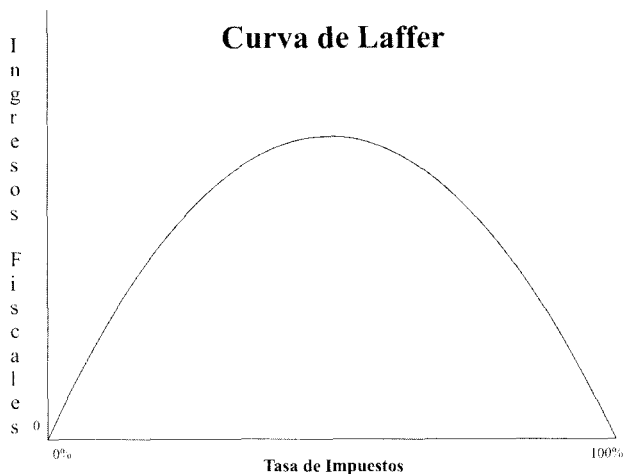
El desarrollo histórico de las ideologías políticas nos muestra que quienes detentan el poder político modelan, según su concepción, un sistema fiscal que satisface sus intereses.

Normalmente cuando la fracción gobernante se refiere a reforma tributaria, está estructurando un aumento en los gravámenes tanto directos como indirectos, sin tomar en cuenta la curva de Laffer. En cambio, cuando el contribuyente se refiere a una reforma tributaria, piensa en una disminución de gravámenes y de obligaciones secundarias, con estas dos vertientes se puede escribir la historia de la humanidad, desde las culturas mesopotámicas hasta la fecha.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Plazas Vega, Mauricio A., *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario (Las ideas políticas de la hacienda pública)*, Temis, Colombia, 2000, p. 597.

<sup>8</sup> Reyes Vera, Ramón, *prologo de México Fiscal*, Pérez Becerril, Alonso, Porrúa, México, 2003.



Si una tasa de impuesto de 0% resulta en cero ingresos fiscales y lo mismo pasa con una tasa del 100%, entonces la tasa de impuestos que resultará en la mayor recaudación fiscal está entre 0% y 100%, e implica una tasa óptima.

Las diversas propuestas de Reforma Fiscal que se plantean, cuidan que el sector o los sectores que las hacen, no se vean afectados “negativamente”; esto es, siendo eminentemente recaudatorio el objetivo de la reforma fiscal, el sector que la propone procura ser el menos participativo.

Así las cosas, acercarnos a un sistema fiscal ideal es tarea nada fácil.  
Actualmente, la situación en México es:

<b>Al Ingreso</b>	Impuesto Sobre la Renta	42.6%
	<u>Total</u>	<u>42.6%</u>
<b>Al Egreso</b>	Impuesto al Valor Agregado	33.4%
	Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios	16.9%
	Impuestos al Comercio Exterior	3%
	Impuestos Sobre Automóviles Nuevos	0.6%
	<u>Total</u>	<u>53.9%</u>
<b>Al Capital</b>	Impuesto al Activo	1.9%
	Impuesto Sobre Tenencia o Uso de Vehículos	1.6%
	<u>Total</u>	<u>3.5%</u>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 3o. fracción II, inciso a), señala que la democracia es un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

En tal entendido cabe preguntar:

El sistema fiscal mexicano ¿es democrático?

En la propuesta de reforma fiscal, se observa, entre otras cosas, que se propone disminuir la presión fiscal en materia del Impuesto sobre la Renta, y en contrapartida incrementarla en materia del Impuesto al Valor Agregado.

Al respecto, no debemos pasar por alto un hecho histórico: cuando los conservadores llegan al poder, ellos son partidarios de la profusión de los impuestos al consumo. Cuando el gobierno se asienta sobre los partidos de

izquierda, éstos tienden a la nivelación presupuestaria, acentuando la tributación por el aumento inexorable del impuesto personal sobre la renta.<sup>9</sup>

En efecto, el Impuesto Sobre la Renta es producto de la ideología socialista. Recordemos que la excesiva imposición indirecta, característica del Porfiriato, fue una de las causas que motivó la Revolución de 1910. Ricardo Flores Magón, denunció al gobierno de Porfirio Díaz como protector de los ricos: “Para el pobre, el gobierno es un verdugo. El pobre tiene que trabajar para pagar contribuciones al gobierno, y el gobierno tiene por misión defender los intereses de los ricos. ¿No es esto un contrasentido?”<sup>10</sup>. Así la demanda revolucionaria de redistribución de la riqueza, bajo el eslogan político de: “Hacer pagar a los ricos”<sup>11</sup>, propicia bajo el mandato de Plutarco Elías Calles el establecimiento del Impuesto Directo Sobre la Renta de tendencia social.

Al respecto, surgen las siguientes preguntas:

¿La actual Ley del Impuesto sobre la Renta conserva la filosofía social que motivó el establecimiento del gravamen?

¿Por qué en la actual Ley del Impuesto sobre la Renta, se grava más al trabajo que al capital?

¿Por qué hasta 1987, los ingresos se gravaban con la tasa máxima del 55%; Porqué en 1988 se disminuyó al 50%; Porqué en 1989 dicha tasa bajó a 40%; Porqué en 1990 se redujo la tasa a 35%; Porqué se estableció la tasa en 30% o 35%; Porqué se fijó la tasa en 32%; Porqué la actual tasa es 28%?

¿Por qué algunos sectores de la sociedad proponen la desaparición del Impuesto sobre la Renta y que se establezca en su lugar un Impuesto General al Consumo?

---

<sup>9</sup> Laufenburger, citado por De Juano, Manuel, en *Curso de Finanzas y Derecho Tributario*, Tomo I, Ediciones Molachino, Rosario, Argentina, 1969, pp. 334-336, citado por Carrasco Iriarte, Hugo, *Derecho Fiscal Constitucional*, Harla, Segunda Edición, México, 1993, pp. 435-437.

<sup>10</sup> Resendez Muñoz, Eduardo, *Política e Impuestos*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1989, pp. 208-209.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 211.



Por su parte, el Impuesto al Valor Agregado constituye parte importante del espíritu fiscal de la burguesía: repercutir el impuesto en el consumidor.

Como sabemos, el Impuesto al Valor Agregado afecta más, por sus tasas proporcionales, a los ingresos provenientes de los salarios bajos, ya que es regresivo.

	Características	Lupita \$1,000/mes	María \$10,000/mes
<b>Sistema Progresivo</b>	Hasta \$1,000: <u>Tarifa 5%</u>	\$50	\$ 50 \$ 400 \$ 1,000
	Entre \$1,001 y 5,000. <u>Tarifa de</u>	Lupita paga \$ 50	María paga \$ 1,450
	Más de \$ 5,000: Tarifa de 20%	<b>(5%)</b>	<b>(14.5%)</b>
<b>Sistema Regresivo</b>	<u>Tarifa fija de</u> \$ 150	Lupita paga \$ 150 <b>(15%)</b>	María paga \$ 150 <b>(5%)</b>

12

Recordemos, que Alexis de Tocqueville señala que el mismo impuesto que soporta fácilmente un contribuyente rico acabará de reducir a un pobre a la miseria.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Guerrero Amparán, Juan Pablo y otros, Los impuestos en México: ¿quién los paga y cómo?, suplemento especial de *La Jornada*.

<sup>13</sup> *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 382-383.

Decil de la población	Porcentaje del total de recaudación	Pago del IVA con respecto a su ingreso total (%)	Proporción de productos exentos más los que sí pagan IVA con respecto al ingreso total (%)
I	1.71	11.4	5.3
II	2.85	10.7	5.4
III	3.70	10.4	5.5
IV	4.61	10.0	5.6
V	5.65	9.3	5.3
VI	7.72	9.0	5.5
VII	11.79	8.8	6.0
IX	16.26	8.1	6.1
X	37.18	6.5	5.6

Se observa que el 10% más rico de la población (el decil X) paga el 37.18% del total del IVA, mientras que el 10% más pobre paga el 1.71%. En principio esta es una estructura progresiva, donde paga más quien tiene más. Sin embargo, si se considera qué proporción del ingreso representa ese pago de IVA (3ª columna de la tabla), observamos que hay regresividad; así el 10% más rico de la población paga el 6.5% de su ingreso en IVA, mientras que el 10% más pobre paga el 11.4% de su ingreso. Si se incluyen los productos exentos y con tasa cero de IVA (4ª columna), el más rico paga aproximadamente el 5.6% en IVA del total de su consumo con respecto al ingreso total, y el más pobre el 5.3%.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Guerrero, *ob. cit.*

Así las cosas, la propuesta de Reforma Fiscal que propone disminuir la presión fiscal en materia del Impuesto sobre la Renta, y en contrapartida incrementarla en materia del Impuesto al Valor Agregado: ¿es democrática?

En otras palabras, tal propuesta, ¿es la adecuada para propiciar el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo mexicano?

# EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. ALCANCES Y PERSPECTIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

Ximena Puente de la Mora\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El transcurso de la Historia nos hace descubrir grandes cambios a los que se califica incluso como “revoluciones”. Tenemos, el impacto causado por la revolución industrial, cuya influencia se extendió por todo el planeta y consolidó un sistema económico, político, social, cultural, etc.<sup>1</sup> Es decir la revolución industrial fue un movimiento que impactó en todas las áreas del desarrollo humano. Desde entonces, esta enorme transformación influyó también en el ámbito jurídico, puesto que se debieron crear nuevas instituciones y adaptar otras a la creciente y cambiante realidad. Actualmente, nuestra época está caracterizada por una acelerada evolución, lo que se denomina “revolución tecnológica” o denominada “era tecnológica”<sup>2</sup>.

En la actualidad y gracias a los avances científicos y tecnológicos, podemos decir prácticamente que no existen fronteras en los términos políticos

---

\* Licenciada en Derecho por la Universidad de Colima, Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Navarra, Pamplona España, titulada con la mención honorífica Sobresaliente Cum Laude. Ha sido participante de diversos cursos y seminarios internacionales en Italia, España, Canadá y Chile en materia de Derechos Humanos. Es profesora investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima y Coordinadora de la Maestría en Administración de Justicia que ofrece esa Casa de Estudios. Actualmente estudia el Doctorado Interinstitucional en Derecho.

<sup>1</sup> De la Vega, J. C. (1988). Diccionario consultor político. Argentina: Libres. p. 364.

<sup>2</sup> Sgreccia, E. (1999), Manual de Bioética, México: Diana. p. 641.

tradicionalmente conocidos hasta hace unos pocos años. El avance cibernético permanente lleva a los individuos a requerir día a día una más avanzada tecnología, que permita almacenar y disponer de información con mayor celeridad con un afán de conocimiento sin límites.

Todo lo anterior modifica y altera el comportamiento social y el individual. Así como no se concibe un país con pretensiones de desarrollo que no se encuentre política y económicamente conectado con otros dentro del fenómeno mundialmente conocido como “globalización”; tampoco es fácil concebir a un hombre dentro de una comunidad que no desarrolle actividades sociales, políticas y económicas<sup>3</sup>.

Pero ante esta panorámica ¿qué debemos entender por globalización?, este término tiene diversas vertientes las cuales excederían el límite de este trabajo, sin embargo mencionaremos las características más importantes de este concepto que nos sirvan de apoyo para vincular y establecer el impacto que ha tenido específicamente la globalización en el desarrollo creciente de las tecnologías de la información y su relación con el derecho a la intimidad en lo relativo a la protección de datos personales.

A fin de continuar con el esquema propuesto, delimitaremos el concepto del derecho a la intimidad en la sociedad tecnológica, para dar paso a su fundamentación en la dignidad humana. Posteriormente brindaremos una panorámica general respecto al tratamiento legislativo de este derecho en algunos ordenamientos jurídicos, mencionando los aspectos más relevantes para el propósito del presente.

## 2. IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

En los últimos años se ha generalizado el empleo del término globalización para abarcar fenómenos sociales, políticos, económicos, e incluso se ha llegado

---

<sup>3</sup> Pierini, Lorences, Tornabene. (1999). Hábeas Data. Derecho a la intimidad. Buenos Aires: Editorial Universidad. p. 17.

a afirmar que este término es algo “moralmente neutro... que depende del tipo de contenido que le adjudiquemos”<sup>4</sup>.

Sin embargo, una forma de determinar con exactitud qué es la globalización es considerarla como una forma de describir la manera en la que los recientes avances en la tecnología y en las telecomunicaciones, tales como Internet y la transmisión vía satélite, han transformado de manera fundamental el modo en el que viajan las ideas y la naturaleza de su destino final<sup>5</sup>. Y por supuesto, no sólo las ideas, sino la persona, la cultura, las imágenes, y sobretodo los bienes, servicios, inversiones y finanzas.

Este fenómeno inicialmente de raíces económicas, se ha convertido en un motor de cambio en la política, en el comercio, en la cultura y por supuesto, ha tenido una repercusión directa en la forma de interactuar del hombre, ya que existe una imposibilidad fáctica de que el hombre conozca a todos los hombres con los que interactúa.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la globalización como “una tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”, brinda –como puede apreciarse– una definición de carácter económico. Hay autores, como Matthew J. Gibney, que atienden a una conceptualización más amplia, puesto que consideran que el uso de la palabra globalización e incluso lo “atractivo” del término tiene sus raíces en la necesidad de encontrar una forma breve de referirse a una serie de profundos cambios materiales que han tenido un impacto cada vez mayor en las últimas décadas, cuyos signos externos de estos cambios los podemos encontrar en el uso del correo electrónico, la web, los cables de fibra óptica y las transmisiones de vía satélite<sup>6</sup>, entre otros.

Sin embargo, no debemos olvidar lo que menciona Susan George, al puntualizar que el término globalización es una trampa porque oculta la realidad

---

<sup>4</sup> Vaclav Havel, citado en el *New York Times*, el 26 de agosto de 2000, p. A8.

<sup>5</sup> Gibney, M. (2004). *La globalización de los derechos humanos*. Madrid: Crítica. p. 12.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 10.

en vez de revelarla, y es una fórmula cómoda para referirse a la exclusión de facto. Para la autora citada, la globalización no tiene nada que ver con la creación de un mundo único, integrado y unificado de alguna manera, ni tampoco con un proceso del que todos los habitantes de la tierra se beneficiarán... la globalización es un proceso que permite a la economía mundial de mercado aceptar a los mejores y dejar al resto<sup>7</sup>.

Es el mismo Banco Mundial el que reconoce que la globalización no tiene una definición exacta y ampliamente aceptada, y que el grado de participación de los distintos países dista de ser uniforme, puesto que para muchos de los países más pobres y menos desarrollados el problema no radica en que la globalización los haga más pobres, sino en la amenaza de ser excluidos de ella<sup>8</sup>.

Esta preocupación se funda en el hecho de que el progreso alcanzado respecto a la pobreza en los últimos años ha sido sumamente lento, la cantidad de personas que viven con menos de un dólar al día pasó de 1,2 millones de personas en 1990 a 1,1 millones de personas en el 2000<sup>9</sup>. La distribución del ingreso *per cápita* entre los países se ha tornado más desigual en las últimas décadas, el Producto Interno Bruto (PIB) *per cápita* promedio en los 20 países más ricos del mundo superaba en 15 veces aquel de las 20 naciones más pobres. Hoy, esta brecha se ha incrementado hasta 30 veces, puesto que en promedio, los países ricos han crecido más rápido que los pobres<sup>10</sup>. Esto se debe, a que gran parte de estos países no pueden hacer uso de las oportunidades que ofrece este escenario internacional globalizado, debido principalmente a dos razones: obstáculos internos como la carencia de un Estado de Derecho, un clima estable para la inversión y la protección de los derechos humanos; y obstáculos externos referentes al proteccionismo de

---

<sup>7</sup> Susan George en ¿Globalización de los derechos?, en Gibney, M. (2004). *Op. cit.* p. 24.

<sup>8</sup> Información disponible en [www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm](http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm)

<sup>9</sup> Información disponible en [www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones2.htm](http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones2.htm)

<sup>10</sup> Información disponible en [www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones3.htm](http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones3.htm)

los países ricos en bienes de particular importancia para el Tercer Mundo como los textiles y la agricultura<sup>11</sup>.

Cualquiera que sea la posición que se adopte, no podemos negar que la globalización tiene pues implicaciones directas en las relaciones de poder establecidas entre los particulares, pero también entre la población y sus gobernantes. Por lo tanto los derechos humanos son en esencia, herramientas que otorgan a los individuos la posibilidad de construir márgenes dentro de los cuales pueden ejercer con mayor certidumbre sus libertades.

### 3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN”

Ante este esquema de la globalización, caracterizado no solamente por sus efectos económicos mencionados anteriormente, sino también por una expansión creciente y acelerada de la tecnología, principalmente en lo que se refiere a la tecnología de las comunicaciones<sup>12</sup>, por la gran capacidad que han desarrollado las computadoras y la rapidez de su acceso a los datos acumulados, así como el fácil acceso de la información a través de grandes redes informáticas como por ejemplo el Internet. Las nuevas tecnologías de información y comunicación dramáticamente reducen el costo de generar, almacenar, transmitir y procesar información en todos los sectores de la economía<sup>13</sup>.

Nuestra sociedad actual ha sido calificada como “sociedad de la información”<sup>14</sup>, cuyo término fue anunciado entre otros por Alvin Toffler en

---

<sup>11</sup> Norberg, J. (2003). Cómo la globalización conquista la pobreza. *Cato Institute*, información disponible en [www.elcato.org/publicaciones/articulos/art-2003-10-24.html](http://www.elcato.org/publicaciones/articulos/art-2003-10-24.html)

<sup>12</sup> También conocidas como telecomunicaciones (tele: a distancia; comunicación a distancia).

<sup>13</sup> Wolfed, D. A. (2004). *Globalization, Information and Communication Technologies and Local and Regional Systems of Innovation*. Department of Political Science, University of Toronto. p. 2, disponible en [www.utoronto.ca/progris/pdf\\_files/Ictreginnov.pdf](http://www.utoronto.ca/progris/pdf_files/Ictreginnov.pdf)

<sup>14</sup> Ruiz Miguel, C. (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, p. 35.



su obra “La tercera ola” en 1980<sup>15</sup>. Los cambios de organización –comerciales, económicos y sociales– que se han ido produciendo en estas tres últimas décadas, mundialmente basadas en el uso generalizado de la información a bajo costo, almacenamiento de datos, la utilización de nuevas tecnologías en la comunicación, han generado entre otros hechos, la denominada sociedad de la información<sup>16</sup>. Esta situación produce diversas consecuencias de largo alcance, algunas de orden metafísico<sup>17</sup>, otras más en relación con los Estados en el sentido de que implicará la publicidad de los actos de gobierno y su revisabilidad<sup>18</sup>, y por supuesto, traerá consecuencias para el propio individuo, cuya actuación implicará una pérdida de su anonimato proporcionalmente mayor en función de la cantidad de actividades exteriores que realice<sup>19</sup>.

En opinión de David A. Wolfed<sup>20</sup>, existe un nuevo paradigma de la era de las tecnologías de información y comunicación, el cual está marcado por un profundo grado de incertidumbre y dislocación social, mismo que es impuesto a la globalización. Dicho autor, describe dos factores claves de la nueva economía:

Primero. La tendencia creciente hacia una globalización, la cual incrementa la vinculación e interdependencia entre las economías de Europa, Norteamérica y el Este de Asia, en términos de inversión, comercio, investigación y desarrollo e incluso, identificación de productos y mercadeo.

Segundo. Es la emergencia de un nuevo conjunto de tecnologías de información que integre computadoras, telecomunicaciones y medios, juntos

---

<sup>15</sup> Toffler, A. (1980). La tercera ola. Barcelona: Plaza & Janes. p. 172.

<sup>16</sup> Ávalos M. y Arrabal de Canals O. (2002). Derecho a la información, Hábeas Data e Internet. Buenos Aires: Ediciones La Roca. p. 29.

<sup>17</sup> Zubiri advirtió que el mundo comienza a realizar una peligrosa criba de verdades, fundada sobre el interés que ofrecen, interés que pronto se torna en utilidad inmediata. Este mundo que se mide así por su utilidad, comienza a perder progresivamente la conciencia de sus fines. En lugar de un mundo, tenemos así un caos. Vid. Zubiri, X. (1955). Naturaleza: Historia, Dios. Madrid: Editora Nacional. p. 19.

<sup>18</sup> Pierini, Lorences, Tornabene. (1999). *Op. cit.* p. 17.

<sup>19</sup> *Íbidem*.

<sup>20</sup> Wolfed, D. A. (2004), *Op. cit.* pp. 2 y ss.

en un formato digital que dramáticamente altera el cálculo económico de producción y distribución en las economías industriales.

Si bien es cierto que el uso de las tecnologías de la información aplicadas a las comunicaciones ha constituido un papel protagónico en el último siglo, también es cierto que el acceso a estas tecnologías no es uniforme. Se observa una correlación en la que la población de los países desarrollados utiliza en mayor medida el uso de la tecnología. En el caso del uso de Internet en México, por ejemplo, se tiene una tasa de penetración del 11.8% de su población, porcentaje que se integra por el número de usuarios en Internet en relación al total de la población. En cambio Estados Unidos observa una tasa de penetración del 67.8%, Alemania del 56%, lo cual es todavía inferior al país líder en la penetración del Internet en su población, nos referimos a Suecia cuya tasa de penetración es de 73.6%. Si estos datos los observamos por regiones veremos que el porcentaje de penetración de Internet en América Central (Región en la cual se incluye México) es de 10.5 % de su población, a diferencia de la Unión Europea en la que 46.9% de su población usa Internet, o el resto de Europa en la que el porcentaje desciende a un 16.2%, una diferencia considerable por ejemplo con el Continente Africano cuyo porcentaje de penetración promedio del Internet en la población es de 1.5%<sup>21</sup>.

El derecho a la intimidad en cuanto a la protección de datos personales, llamado también autodeterminación informacional, autodeterminación informativa, libertad informática, información control, surge precisamente en los países que observan una mayor penetración en el uso de tecnología a partir de la década de los años setenta y los primeros años de los ochenta: *Land* de Hesse Alemania 1970; Suecia 1973; Dinamarca 1978; Luxemburgo, 1979; Canadá 1982; Holanda 1983; Inglaterra 1984.

En un sentido amplio el derecho a la intimidad protege un ámbito constituido por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, y en suma, las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas

---

<sup>21</sup> Información consultada en el sitio oficial de Internet *World Stats: Usage and Population Statistics*, disponible en [www.internetworldstats.com/stats.htm](http://www.internetworldstats.com/stats.htm).

por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial contra la intimidad<sup>22</sup>.

En lo que respecta al uso de tecnologías de comunicación y su impacto en el derecho a la intimidad, Lucas Murillo sostiene que para proteger los datos personales frente a la informática es necesario enunciar un nuevo derecho, el derecho a la autodeterminación informativa, que tendría por objeto preservar la información del individuo, frente a su utilización incontrolada<sup>23</sup>. Debido a estas diferencias en cuanto a qué constituye la intimidad, ciertos autores distinguen la “intimidad física” o clásica (libertad frente a toda intromisión sobre uno mismo, su casa, familia, comunicaciones o relaciones), de la “intimidad informática” (derecho a determinar cómo y en qué medida se puede comunicar a otros información sobre uno mismo)<sup>24</sup>.

El avance permanente de la tecnología, produce en el individuo un afán de conocimiento cada vez mayor. El poder informático se refleja en la capacidad que tienen las computadoras de acumular una gran cantidad de información sobre cualquier aspecto de la vida cotidiana. Pierini apunta sobre algunas de las consecuencias que tiene el uso de la información proveniente de registros electrónicos al señalar que esta información que es proporcionada por los mismos individuos a bancos de datos públicos y privados<sup>25</sup> para razones

---

<sup>22</sup> Ávalos M. y Arrabal de Canals O. *Op. cit.* p. 225.

<sup>23</sup> Lucas Murillo, P. (1990). El derecho a la autodeterminación informativa. Madrid: Tecnos. p. 27 y ss.

<sup>24</sup> Lucas Murillo, P., *Op. cit.* p. 121, Ruiz Miguel C. *Op. cit.* p. 94.

<sup>25</sup> La noción actual de bancos de datos la podemos definir como depósitos electrónicos de datos y de información. Cabe hacer un importante señalamiento entre los conceptos de dato e información. El término dato hace referencia a cualquier conjunto de letras números o signos que tienen al menos un significado. Los datos conforman entes reales, y objetivos, lo que significa que existen independientemente de sus potenciales usuarios. La información en cambio, puede ser definida como todo dato que interviene, desencadena o participa en una decisión. Ver Pierini, Lorences y Tornabene, *Op. cit.* p. 28.

determinadas, puede ser utilizada sin su autorización para fines no establecidos, previamente invadiendo la zona de reserva del individuo y por consiguiente afectando su derecho a la privacidad<sup>26</sup>. Más adelante, el mismo autor menciona también que aquel que posea la mejor tecnología será capaz de concentrar el mayor número de información referida a la intimidad de las personas y podrá transformarse en un dictador de sus actos, debido a que contará con los datos necesarios de la persona, “pudiendo ejercer incluso coacción moral y coaccionar su acción bajo la amenaza de la publicidad de datos reservados o sensibles con el consecuente perjuicio individual y general”<sup>27</sup>.

Los instrumentos tecnológicos permiten ampliar y multiplicar las fuentes de conocimiento e información de quienes los poseen, dificultando correlativamente las posibilidades de defensa de quienes desean sustraerse a la curiosidad ajena, es por ello que en opinión de Fernández Segado, ya no se configura el derecho a la privacidad tan solo como una separación y defensa del individuo como parte de la sociedad, sino como un nuevo derecho social de libertad; no es ya únicamente el derecho a negar la información sobre sí mismo, sino también el derecho a pretenderla, es decir, la libertad informática se nos perfila como un derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, consentir, controlar, y en su caso, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad<sup>28</sup>. De acuerdo con este derecho de autodeterminación informativa, se asume, según Fernández Segado, “una nueva dimensión, en virtud de la cual ya no se entiende tan solo en un sentido puramente negativo, de rechazo de intromisión de extraños a la vida privada... sino que ha pasado a tener un carácter positivo, por medio del cual se reconoce a cada persona el ejercicio de un control sobre el uso que pueda hacerse de los propios datos personales recogidos en un archivo electrónico”<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Pierini, Lorences y Tornabene, *Op. cit.* p. 221.

<sup>27</sup> *Íbidem*, p. 223.

<sup>28</sup> Fernández Segado, F. (1994). La dogmática de los derechos humanos. Lima: Ediciones Jurídicas. p. 277.

<sup>29</sup> *Íbidem*.

Si atendemos a esta posición debemos señalar que al hablar de que el individuo tenga control sobre el uso que pueda hacerse de sus propios datos recolectados en bases de datos, es hablar de que el individuo posea las herramientas tecnológicas necesarias y esté en aptitud para enterarse de qué es lo que obra en determinadas bases de datos y entonces decidir si lo modifica o no. Eso es imponer al individuo más que un derecho una obligación de estar enterado de qué es lo que obra en la gran cantidad de bases de datos a las que nuestra información se integra momento a momento. Por esta razón se hace necesario la intervención del Estado para delimitar el derecho a la intimidad mediante la inclusión de este derecho en su Máximo Ordenamiento y el establecimiento de normas jurídicas específicas de la materia, así como la existencia de instituciones y procedimientos judiciales necesarios para hacer valer las garantías constitucionales en caso de que sean violentadas, además de que exista una interpretación constitucional en materia de privacidad si hubiera alguna duda sobre su alcance e interpretación de este derecho; y por último, que se establezca un organismo de protección de los datos personales para que se pueda ejercer un control efectivo sobre el uso que pueda hacerse de los mismos recogidos en bases de datos.

#### 4. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El concepto y la idea de intimidad encuentran en el ámbito jurídico su fundamento y significado en la dignidad de la persona, ya que por un lado implica el reconocimiento de la plena autodisposición, sin injerencias externas, de las posibilidades de actuación propias de cada persona; y por otro lado, conlleva la autodeterminación que nace de la libre proyección humana, y que se encuentra vinculada a la idea de intimidad personal y familiar<sup>30</sup>. Así, la dignidad humana constituye no solo la garantía negativa de que la persona no

---

<sup>30</sup> Pérez Luño, A.E. (199). Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos. p. 318.

va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo<sup>31</sup>.

Para aclarar el concepto de dignidad, nos remitimos a las consideraciones que brinda Robert Spaemann al afirmar que cada individuo es un fin en sí mismo y su dignidad completamente independiente de toda «función»<sup>32</sup>. Los seres humanos tenemos diferentes características físicas y circunstanciales que nos diferencian de los demás, pero la dignidad como tal, es una cualidad que pertenece a todos los hombres por igual por ser algo inherente a su persona. Además agrega “la dignidad del hombre es inviolable en el sentido de que no puede ser arrebatada desde afuera... únicamente puede ser lesionada por otro en la medida que no es respetada. Quien no la respeta, no se apropia de la dignidad de otro, sino que pierde la propia”<sup>33</sup>. Por lo tanto, la dignidad es una manifestación de la misma naturaleza del hombre, expresión inmediata de una constitución interior, precisamente por estas razones, es imposible despojar a otro ser humano de su dignidad, solo se pueden lesionar las manifestaciones externas de la misma.

Este derecho a la intimidad, por tanto, encuentra en la dignidad humana su punto principal de referencia y fundamento, entendido este derecho como poder o potestad de tener domicilio particular, papeles privados, ejercer actividades, tener contactos personales, y pensamientos que no trasciendan a terceros en virtud del interés personal de mantenerlos en reserva y la discreción de no hacerlos públicos cuando se trata de datos sensibles de las personas<sup>34</sup>.

Ciertamente, los derechos fundamentales en general, y el derecho a la intimidad en particular contribuyen a establecer y mantener las condiciones mínimas para el desarrollo de la libertad y dignidad de la persona<sup>35</sup>. Respecto

---

<sup>31</sup> Sobre estas dos dimensiones de la dignidad humana, vid. la obra de Bloch, E. (1980). Derecho natural y dignidad humana. Madrid.

<sup>32</sup> Spaemann, R. (1989). Lo natural y lo racional, Madrid: Rialp. p. 49.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 96 y ss.

<sup>34</sup> Pierini, Lorences y Tornabene. (2002). *Op. cit.* p. 219.

<sup>35</sup> Herrán Ortiz, I. (2003). El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información. Bilbao: Universidad de Deusto. p. 10.

a la relación que existe entre el derecho a la intimidad y la dignidad, Ruiz Miguel señala que el derecho a la intimidad es uno de los campos más subjetivos del Derecho en general y del Derecho Constitucional en particular, ya que se trata de uno de los más fundamentales entre los derechos de la persona por su estrechísima vinculación con la dignidad<sup>36</sup>. Por tanto, el derecho a la intimidad no puede asentarse solamente en la ocultación de determinados aspectos de la personalidad del individuo al conocimiento ajeno, sino sobre la necesidad de un ámbito de libertad interior, como instrumento imprescindible para el pleno desarrollo de la personalidad individual y como garantía de respeto a la dignidad personal.

#### 5. ALCANCES Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La noción de intimidad y vida privada llevan consigo una fuerte carga emotiva que las hace equívocas, ambiguas, y dificulta la precisión de su significado<sup>37</sup>. Las numerosas definiciones jurídicas así como el conjunto de decisiones jurisprudenciales que intentan tutelar este derecho, no brindan una concepción precisa, mucho menos homogénea del mismo, debemos de tomar en cuenta la investigación realizada en la Universidad de Oslo en la cual se menciona que existen cuatrocientos tipos de informaciones, que por su relevancia al derecho a la intimidad, debían ser objeto de una protección jurídica especial<sup>38</sup>. Ante esta multiplicidad de concepciones del derecho a la intimidad, a continuación mencionaremos una breve panorámica de la inclusión de este derecho en algunos sistemas jurídicos.

---

<sup>36</sup> Ruiz Miguel, C. (1995). La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos. p. 25.

<sup>37</sup> Pérez Luño, A. E. (1999). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos. p. 327.

<sup>38</sup> Vitalis, A. (1981). Informática, poder y libertades. París: Económica. p. 152.

a. Estados Unidos

En Estados Unidos, en 1891, los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en la monografía titulada *The Right to Privacy* publicado por la revista *Harvard Law Review*<sup>39</sup>, sentaron las bases técnico jurídicas de la noción de privacidad (*privacy*), configurándola como un derecho a la soledad, como la facultad de ser dejado solo (*to be let alone*), esto es, como la garantía del individuo de la protección hacia su persona y a su seguridad frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica (“*the sacred precincts of private and domestic life*”)<sup>40</sup>, derecho que posteriormente se reconocería en la jurisprudencia norteamericana.

El caso *Roe vs. Wade* (1973), el *Justice Blakckmun*, como Ministro Ponente de la mayoría en el caso referido, definió el criterio de que el concepto de libertad personal y de restricción a los actos de autoridad comprendidos en la decimocuarta enmienda, así como los derechos contenidos en la novena enmienda, son suficientemente amplios para comprender la protección a la decisión de una mujer de terminar o no su embarazo, siempre y cuando esto suceda dentro del primer trimestre de la gestación y la decisión es tomada de acuerdo al criterio médico del doctor que atienda a la paciente en cuestión<sup>41</sup>.

Posteriormente, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la protección de la intimidad frente a cualquier intromisión injustificada deberá ser considerada una exigencia de la cuarta enmienda de la Constitución americana, y por ello el Estado y la justicia deben garantizar a todas las

---

<sup>39</sup> Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, 4, 1890-1891. pp. 193 y ss.

<sup>40</sup> En concreto Warren , que tras su matrimonio con la hija del Senador Bayard, de una prestigiosa familia de Boston, conducía una vida privada dispendiosa y desordenada, deseaba verse libre del asedio de la prensa. Se perseguía en suma dejar a salvo a la alta burguesía de las críticas e indiscreciones de la prensa que, por aquel entonces, comenzaba a ver en Estados Unidos un poder importante. Cfr. Miller A. (1971). *The Assault on Privacy*. The University of Michigan Press. p. 185 y ss.

<sup>41</sup> El caso se refiere en los siguientes términos “*the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman’s physician*”. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).



personas la seguridad propia, de sus domicilios y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida<sup>42</sup>.

En Estados Unidos a partir de la promulgación en 1966, de la *Freedom of Information Act*<sup>43</sup>, posibilita, con ciertas excepciones, que toda la oficina gubernamental expida información específica referida al contenido de archivos, fichas, etc., contenida en un banco de datos determinado y perteneciente a un periodo de tiempo limitado.

Posteriormente, entró en vigor en 1970 el *Fair Credit Reporting Act*, dirigido a proteger a los clientes de las sociedades de crédito frente a un uso indebido de las informaciones contenidas en sus bancos de datos, limitando o en su caso prohibiendo, el procesamiento y la transmisión de determinado tipo de informaciones, en especial, de aquellas que pudieran suponer una invasión de la intimidad.

En 1972 se nombró un Comité para el estudio del impacto de los computadores en la vida privada, cuyos trabajos inspiraron la *Privacy Act* de 1974. En la Exposición de Motivos de esta ley se indica: El derecho a la vida privada se halla directamente afectado por la recogida, la manipulación, la utilización y la transmisión de informaciones personales por parte de las administraciones federales.

La utilización creciente de las computadoras y de las técnicas modernas del tratamiento de la información supone un riesgo para el derecho a la privacidad. El objeto de la presente Ley de la Privacidad es proporcionar a cada individuo unos instrumentos de protección frente a la invasión de su vida privada. La *Privacy Act* reconoce el derecho de todo individuo a conocer las informaciones que se refieren a su persona, así como la facultad de modificación o cancelación de las que resulten erróneas o versen sobre materias no autorizadas cuando consten en bancos de datos del gobierno.

En este sistema normativo estadounidense, podemos resumir los diferentes aspectos regulados con relación al derecho a la intimidad:

---

<sup>42</sup> Pierini, Lorences y Tornabene, *op cit*, p. 39.

<sup>43</sup> Dicha norma data de 1966, pero recibió modificaciones en 1974 (después del caso *Watergate*) y en 1986 (durante el gobierno del Presidente Reagan).

- a. La revelación de informaciones (*disclosure of the information*);
- b. La ordenación del procedimiento a seguir para el ejercicio de los derechos de acceso (*right of access*), rectificación (*correction*) o complemento (*amendment*) de los registros informáticos; y,
- c. El procedimiento judicial necesario para conferir plena efectividad a los anteriores derechos.

En Estados Unidos la legislación promulgada en 2001, conocida como *Patriot Act*<sup>44</sup> ha modificado en forma sustantiva la legislación vigente en torno a la privacidad en línea, de acuerdo el Centro de Información para la Privacidad Electrónica<sup>45</sup> (EPIC por sus siglas en Inglés) Como muestra, la propia ley citada introduce modificaciones importantes a diversos estatutos<sup>46</sup> de la legislación federal de los Estados Unidos,<sup>47</sup> es decir, impone cambios legislativos con respecto a aspectos tan diversos van desde el lavado de dinero, prácticas crediticias y servicios bancarios y financieras, comunicaciones por medios electrónicos, educación de la familia, espionaje e inteligencia, migración así como intervención de comunicaciones telefónicas, etc.<sup>48</sup> Las implicaciones con respecto a la privacidad en línea son considerables, ya que este estatuto incrementa la facultad de los organismos de impartición y administración de justicia para autorizar la instalación de equipos de

---

<sup>44</sup> *Patriot Act* o USAPA, *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, Ley que unifica y fortalece a América al Proporcionar las Herramientas Apropiadas para interceptar u obstruir al Terrorismo.

<sup>45</sup> Electronic Privacy Information Center.

<sup>46</sup> Wiretap Statute (Title III); Electronic Communications Privacy Act; Computer Fraud and Abuse Act Foreign Intelligence Surveillance Act; Family Education Rights and Privacy Act; Pen Register and Trap and Trace Statute; Money Laundering Act; Immigration and Nationality Act; Money Laundering Control Act; Bank Secrecy Act; Right to Financial Privacy Act y Fair Credit Reporting Act.

<sup>47</sup> United State Code

<sup>48</sup> Sitio oficial de *Electronic Privacy Information Center* EPIC, consultado el 3 de abril de 2005, disponible en <http://www.epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/>

intervención telefónica y dispositivos de rastreo, así como la instalación de dispositivos que canalicen, envíen y señalen la información de las computadoras. Dicha ley también aumenta las facultades del gobierno para obtener información financiera personal, así como estudiantil, sin necesidad de comprobar sospecha o hechos constitutivos de delitos, simplemente con al certificación que posiblemente se obtendrá es relevante para una investigación criminal que actualmente se lleve a cabo.<sup>49</sup>

b. Alemania

En la República Federal Alemana la primera ley alemana sobre esta materia “*Datenschutz*” o protección de datos, proviene del *Landtag* del Land de Hesse. Es una ley de 1970 que entre sus innovaciones tuvo el acierto de crear la figura del *Datenschutzbeauftragter*, Comisario para la protección de la información encargado de suministrar al Parlamento de Hesse unos informes periódicos sobre el funcionamiento de los equipos informáticos públicos en las esferas más directamente relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales.

Esta Ley Federal para la Protección contra Uso Ilícito de Datos Personales se aplica a todo registro, ya sea automático o manual, público o privado, siempre y cuando se procesen datos personales. Para la habilitación de un registro se requiere de la autorización legal o consentimiento expreso del interesado<sup>50</sup>. Las oficinas públicas pueden coleccionar y reproducir información solo en cumplimiento de sus funciones específicas. La creación del registro debe ser comunicada al ciudadano y publicada en el Boletín Oficial, encontrándose exentos de esta obligación cuando los registros se refieran a cuestiones relacionadas con el servicio de información federal, el servicio de seguridad militar, la defensa de la Constitución y la defensa nacional.

Asimismo, los bancos de datos propios no poseen regulación de ningún tipo, solo interviene la autoridad en caso necesario. En relación a los bancos

---

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Art. 3 de la Ley Federal contra el Uso Ilícito de Datos Personales.

de datos que son hechos en virtud de encargo de un tercero, la autoridad puede intervenir por denuncia de particular o de oficio.

La supervisión de actividades del sector privado la realiza un “controlador” de la protección de datos personales, que debe ser nombrado por cada empresa que procese datos por medios automáticos y en la que intervengan más de cinco empleados<sup>51</sup>. Se fijan además penas de multa y arresto para el caso de incumplimiento total o parcial de la ley<sup>52</sup>.

En cuanto a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán, podemos destacar la Sentencia de 15 de diciembre de 1983. Ley del Censo. Derecho a la dignidad y personalidad humana, en donde el máximo Tribunal se pronunció sobre la base del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad el tribunal garantizó la continuidad de las libertades básicas, consagradas con anterioridad, con la formulación de un nuevo derecho, el derecho a la autodeterminación informativa.

Dentro de las directrices principales que estableció dicha sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, del 15 de diciembre de 1983, con relación al derecho de autodeterminación informativa (*Informattionelle Selbstbestimmunsrecht*), podemos destacar que establece<sup>53</sup>:

1. Limitaciones. “Las limitaciones de este derecho a la “autodeterminación informativa” sólo son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución que debe corresponder al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho”.
2. Relación con la dignidad humana. “...en la clave de bóveda del ordenamiento de la Ley Fundamental se encuentra el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación como miembro de una sociedad libre... “

---

<sup>51</sup> Art. 28 de la Ley Federal contra el Uso Ilícito de Datos Personales.

<sup>52</sup> Correa y otros. (1994). Derecho informático. Buenos Aires: Depalma. p. 268.

<sup>53</sup> Dicha información puede ser consultada en la página [www.informatica-juridica.com/jurisprudencia/alemania.asp](http://www.informatica-juridica.com/jurisprudencia/alemania.asp)

3. Establecimiento del alcance de este derecho. “El derecho general de la personalidad...abarca... la facultad del individuo, derivada de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida...: la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos de protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona...”. Dicha sentencia agrega “...El derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí sólo sobre la difusión y utilización de sus datos personales” agregando que “la autodeterminación del individuo presupone,...que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vayan a realizar o, en su caso, a omitir...

Esta sentencia del Tribunal Constitucional Alemán es bastante útil porque nos ayuda a definir el concepto de lo que el sistema alemán entiende por derecho de autodeterminación informativa o derecho a la protección de datos personales.

### c. Argentina.

La Constitución Nacional de Argentina, promulgada el 22 de agosto de 1994, se refiere en su primera parte dedicada a declaraciones, derechos y garantías, al reconocimiento del derecho a la intimidad en el artículo 19 que a la letra dice “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”. Por su parte el artículo 18 de la Ley Suprema de este país señala en su artículo 18 que “...Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo... El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...”. Por su parte el artículo 43 el cual estipula la procedencia del Amparo dedica su párrafo 3 a esta materia señalando que

“...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística....”

Argentina cuenta con una regulación específica en la materia, en la Ley de Protección de Datos Personales No. 25.326, publicada en el Boletín Oficial el 2 de noviembre del año 2000. La norma de 48 artículos contiene prescripciones sobre: disposiciones generales, principios generales relativos a la protección de datos, derechos de los titulares de datos, usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos, órganos de control, sanciones administrativas y penales y acción de protección de datos personales, o sea, de *hábeas data*.

Esta Ley 25.326 tiene por objeto la protección de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, señala también que dicha protección serán aplicables a las personas de existencia ideal<sup>54</sup>.

De la misma manera establece la característica que deben tener los datos personales que se recopilen en las bases de datos, señalando que deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido<sup>55</sup>. Además de establecer la obligación de informar a las personas, previamente a que se recaben sus datos lo siguiente:

- 1) La finalidad para lo que serán tratados y quienes pueden ser sus destinatarios

---

<sup>54</sup> Art. 1 Ley de Protección de Datos Personales No. 25. 326.

<sup>55</sup> Art. 4 Ley de Protección de Datos Personales No. 25. 326.

- 2) La existencia el archivo, registro o banco de datos electrónico o de cualquier otro tipo,
- 3) El carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas,
- 4) Las consecuencias de proporcionar los datos, de su negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos, y
- 5) La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos<sup>56</sup>.

En el Decreto Reglamentario 1558/01 publicado el 3 de diciembre de 2001, define las funciones de la Dirección Nacional de Protección a los Datos Personales, la cual fungirá como un órgano de control a petición de parte o por oficio, cuando sospeche que existe alguna ilegalidad, y para verificar el cumplimiento de las disposiciones relativas a esta materia. Este órgano será dirigido y administrado por un Director designado por el Ejecutivo Federal con acuerdo del Senado de la Nación y cuya duración será de 4 años.

Consideramos pertinente mencionar que existe una acción específica de protección de datos personales o *habeas data*, la cual procede en los siguientes casos:

- a) Para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;
- b) En los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización<sup>57</sup>.

Respecto a las decisiones de los Tribunales Argentinos destacamos la referente al caso que resolvió el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo

---

<sup>56</sup> Art. 4 Ley de Protección de Datos Personales No. 25. 326.

<sup>57</sup> Art. 33 Ley de Protección de Datos Personales No. 25. 326.

Civil nº 21, 29 octubre 1.998. Dicha Sentencia del Juez Civil señala en una acción de *Habeas Data* al “derecho al olvido”. Reconoce la posibilidad de eliminar la información registrada en un banco de datos por más de diez años, puesto que la persona estaba incluida en los registro de Organización Veraz (entidad privada que recopila y vende información económica sobre 23 millones de personas a bancos y comercios) y que el Juez civil Diego Ibarra consideró que la información había caducado por el transcurso del tiempo y aplicó el llamado “derecho al olvido” para evitar que el individuo queda “prisionero” de por vida de un error del pasado. En segunda instancia se condena a la empresa igualmente a suprimir el registro personal con la información errónea y a la debida corrección de sus registros.

d. España.

En España este derecho viene recogido como apéndice cuarto del Art. 18 de la Constitución, que es el dedicado al reconocimiento del derecho a la intimidad, al determinar que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, la persona física es el sujeto de los derechos. A su vez, el artículo 105/b prescribe que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

La Ley española de protección de datos personales informatizados es de fecha 13 de Diciembre de 1999, es la Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos de carácter personal que se complementa con el Real Decreto 994/1999 de 11 de Junio por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan Datos de Carácter Personal y con el Real Decreto 195/2000 de 11 de febrero por el que se establece el plazo para implementar las Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados previstas por el Reglamento aprobado 994/1999 de 11 de junio.

A continuación mencionaremos los principios más importantes relativos a la protección de datos personales en el sistema jurídico español, contenidos



en la Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LODP).

1. Principio de pertinencia.

El art. 4º inc. 1º de la LODP dispone: “Los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no exclusivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. Este principio se denomina de pertenencia, porque los datos deben estar relacionados con los fines perseguidos al crearse el fichero.

2. Principio de utilización no abusiva.

El art. 4º inciso 2 de la LODP señala que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellos para los que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos”.

3. Principio de exactitud.

Art. 4º inciso 3º de la LODP prescribe “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

4. Principio del derecho al olvido.

Los datos deben desaparecer una vez realizadas las actividades para las cuales fueron específicamente solicitados. En tal sentido el inciso 5 del art. 4º de la LODP dispone “Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados”.

### 5. Principio de lealtad.

Este principio se encuentra recabado en el inciso 7 del art. 4 de la misma LOPD, al señalar “Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”.

### 6. Principio de publicidad.

El art. 39 de la LOPD, expresa este principio al señalar:

“1. El Registro General de Protección de Datos es un órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos.

2. Serán objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos:

- a) Los ficheros de que sean titulares las administraciones públicas;
- b) Los ficheros de titularidad privada;
- c) Las autorizaciones a que se refiera la presente ley;
- d) Los códigos tipos a que se refiere el art. 32 de la presente ley;
- e) Los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición.

3. Por vía reglamentaria se regulará el procedimiento de inscripción de ficheros...”

### 7. Principio de consentimiento.

Este principio se encuentra contenido en el artículo 6 de la LOPD, al disponer que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

En España existe una Agencia de Protección de Datos, cuyas funciones son establecidas por el artículo 37 de la LOPD, las cuales básicamente se pueden resumir en tres:

- b) Una función de orden jurídico, que abarca todo lo relativo a la defensa y la protección de los derechos de los afectados;

- c) Una función administrativa, regulando los diferentes aspectos de gestión de la Agencia, recibiendo reclamaciones, proporcionando informaciones, publicaciones periódicas, etc., y
- d) Una función estrictamente como controlador, imponiendo sanciones, ejercitando la supervisión de los movimientos internacionales de datos y cooperando internacionalmente en materia de protección de datos.

El Tribunal Constitucional Español ha tenido pronunciamientos en este tema. En la Sentencia del 110/1984 del 26 de noviembre, el Tribunal Constitucional hace importantes reflexiones en torno al impacto de la tecnología y el derecho a la intimidad al señalar que “...Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá (las cursivas son nuestras) del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada de aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio (las cursivas son nuestras) puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida”. La sentencia en cuestión constituye un referente importante no solo por indicar que la protección de este derecho a la intimidad más allá del derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia derivado de las nuevas tecnologías, sino también en cuanto a que el Tribunal Constitucional español está interpretando y expandiendo el significado del derecho a la intimidad que en los últimos años se ha ubicado en el centro del debate por su sofisticación y actualidad.

e. México.

En nuestro país el derecho a la intimidad se encuentra contenido en la Constitución Federal en su parte dogmática referente a las garantías individuales en los siguientes artículos:

Art. 7º el cual señala que “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la

libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito...”

Art. 14, que en su párrafo segundo expresa “...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”

Art. 16 de nuestro Máximo Ordenamiento, que en su párrafo primero estipula que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

Sin embargo, dichos preceptos estipulan lo relativo a la libertad de prensa (art. 7), irretroactividad de la ley (art. 14) y garantía de legalidad (art. 16), pero no contemplan de forma explícita conceptos como autodeterminación informativa, es decir, la protección del derecho a la intimidad en lo relativo a la protección de datos personales.

También, de acuerdo con Francisco Javier Acuña Llamas, el derecho a la intimidad personal se encuentra estipulado también en el artículo 133 de la propia Carta Magna, al implementar tratados internacionales, como la Convención de Derechos Políticos y Civiles y el Pacto de San José o la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>58</sup> Para el autor citado, el derecho a la privacidad en nuestro país se entiende como “el derecho de preservación de la esfera privada de cada individuo y [como] la demanda de que esta esfera no sea violada por terceros o el Estado mismo.”<sup>59</sup>

Sin embargo, la regulación específica del derecho a la privacidad se encuentra disperso en diversas leyes, incluyendo el Código Civil Federal; la

---

<sup>58</sup> Acuña Llamas, F. J (2005) Two Roads towards the integral protection of personal data in México, publicado en la *Revista de Derecho Comparado de la Información*, Número 5, enero-junio de 2005. México: Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM. p. 24.

<sup>59</sup> *Ibidem*. p. 24.

Ley de Información Estadística y Geografía; la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información; la Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia; la Ley Federal de Protección al Consumidor,<sup>60</sup> así como la Ley Federal de Derechos de Autor en su artículo 109 en lo que se refiere a la autorización para la publicación, reproducción, divulgación y transmisión de información contenidos en bases de datos de finalidad privada. Además, el Código Penal Federal contiene un título relativo a las vías de comunicación y correspondencia, así como un capítulo exclusivamente dedicado a regular aspectos penales relativos a la violación de correspondencia. La Ley del Servicio Postal Mexicano, por su parte, contiene un capítulo sobre inviolabilidad y sigilo de la correspondencia; y la Ley de Instituciones de Crédito contiene un título relativo a la protección de los intereses del público.

En México se ha dado un debate legislativo en esta materia ya que existe una iniciativa de ley promovida por el senador Antonio García Torres, titulada Ley Federal de Protección de Datos Personales, aprobada en el senado el 30 de abril de 2002, El proyecto está todavía en Cámara de Diputados para su revisión<sup>61</sup>. Cabe hacer mención que este proyecto de Ley está dividida en seis capítulos referentes a Disposiciones Generales, del tratamiento adecuado, pertinente, no exclusivo de los datos personales, de la transmisión, de la seguridad, de los sistemas de datos personales, y de la creación de un instituto que inspeccione los sistemas de datos personales.

El avance de las tecnologías y de los medios masivos de comunicación y su consecuente penetración en la sociedad, urge a los legisladores mexicanos proveer leyes actualizadas para la protección de los derechos en la esfera de la intimidad y la protección de datos de carácter personal.

---

<sup>60</sup> *Íbidem*. p. 24.

<sup>61</sup> Jenaro Villamil “Datos Personales en el Mercado Pirata” en Proceso, No. 1479. 6 de marzo de 2005. pp. 22 y ss.

## 6. CONCLUSIONES

Después de haber efectuado un breve análisis de la configuración del derecho a la intimidad en cuanto a la protección de datos personales, pudimos observar que cada uno de los sistemas jurídicos en comento tiene normado este derecho de manera diferente, de acuerdo a su tradición jurídica. Por una parte, los países de Europa Continental y Latinoamérica responden a una tradición jurídica derivada del sistema romano-germánico, en el cual el desarrollo del derecho a la intimidad se ha dado a través de la promulgación e implementación de leyes o estatutos, que necesariamente son resultado de una actividad legislativa de los respectivos Poderes Legislativos. Por su parte, Estados Unidos siendo el único de los países citados que pertenece a la tradición jurídica de derecho consuetudinario anglosajón (*common law*) protege el derecho a la intimidad con base a una tradición jurídica diferente, por lo que el desarrollo de la protección al derecho a la intimidad se ha conformado a través de precedentes judiciales que crean una jurisprudencia capaz de interpretar más ampliamente los preceptos constitucionales y que han reconocido el derecho a la intimidad como una manifestación del derecho a la libertad de los ciudadanos, de acuerdo a la interpretación que la Suprema Corte de aquel país hizo de XIV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en el histórico caso *Roe v. Wade*<sup>62</sup> en 1973.

Debemos de resaltar también la importancia que tiene la interpretación constitucional de este derecho a la intimidad, como una herramienta muy importante para la defensa de este tipo de derechos, ya que no solo los consolida, sino que también atiende a su evolución natural y jurídica. La experiencia de España es muy importante en esta materia, ya que la interpretación constitucional que su Tribunal Constitucional estableció con respecto al derecho a la intimidad, es de igual o mayor valor que la que la legislación dicta<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia 110/1984 del 26 de Noviembre.

La experiencia concreta tanto en la aplicación concreta de la legislación como en la interpretación de los Máximos Tribunales sirve a países (como México) que todavía no tienen una ley específica en la materia, para conceptualizar y proponer su propio sistema normativo.

De igual manera, podemos señalar que el derecho a la autodeterminación normativa, libertad informática, derecho a la intimidad en la protección de datos de carácter personal, presenta dos aspectos: uno es de significación negativa y se traduce en el derecho a no hacer del dominio público ciertas informaciones de carácter personal, privado o reservado; el otro positivo que implica el ejercicio de un derecho al control de los datos concernientes a la propia persona que han rebasado la esfera de la privacidad. En la práctica, ambos aspectos, positivo y negativo son complementarios.

Debemos de señalar que atendiendo el carácter positivo de este derecho a la intimidad, y para lograr una protección jurídica efectiva del derecho a la intimidad en lo relativo a la protección de datos personales, no solamente implica una obligación por parte del individuo para saber la información personal que está contenida en las bases de datos, sino que se requiere la intervención del Estado. Esta intervención estatal se manifiesta en la inclusión de este derecho en su Máximo Ordenamiento, la promulgación de normas jurídicas específicas en la materia, la creación de un organismo de protección de los datos personales a fin de que pueda realizarse un control efectivo sobre el uso que pueda hacerse de los mismos recogidos en base de datos. Por otra parte, no podemos dejar de prever la existencia de un órgano jurisdiccional y el procedimiento correspondiente idóneo para hacer valer esta garantía, mismo que podría ser un Tribunal Constitucional establecido como último intérprete de la Constitución de acuerdo a la experiencia española, alemana y, con su respectiva variación lógica, la norteamericana, ya que en este último caso es el Poder Judicial Federal en su conjunto asume las facultades del Tribunal Constitucional, a través del mecanismo de control difuso de la Constitucionalidad.

Frente a cualquier tipo de planteamiento restrictivo o meramente unilateral respecto al mundo de la tecnología y su relación con los seres humanos debe

propiciarse el juicio crítico y la reflexión interdisciplinaria para lograr un adecuado desarrollo científico pero también brindar una protección jurídica adecuada a la esfera de intimidad de cada persona.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA LLAMAS, F. J. (2005) Two Roads towards the integral protection of personal data in México, publicado en la Revista de Derecho Comparado de la Información, Número 5, enero-junio de 2005. México: Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM.
- ÁVALOS M. y ARRABAL de Canals O. (2002). Derecho a la información, Hábeas Data e Internet. Buenos Aires: Ediciones La Roca
- AVELEYRA, A. "La comunicación de mensajes de datos personales en México. El predecible estado del arte: la administración pública, los desarrollos privados y los esfuerzos legislativos 2003-2004" en Derecho Comparado de la Información, Num. 4, Julio-Diciembre 2004.
- BERLIN, I. (2002). Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza Editorial.
- BLOCH, E. (1980). Derecho natural y dignidad humana. Madrid.
- CORREA y otros. (1994). Derecho informático. Buenos Aires: Depalma
- DE LA VEGA, J. C. (1988). Diccionario consultor político. Argentina: Libres.
- ESCALANTE GONZALVO, F. (2004). Derecho a la privacidad. México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI).
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1994). La dogmática de los Derechos Humanos. Lima: Ediciones Jurídicas.
- GIBNEY, M. (2004). La globalización de los derechos humanos. Madrid: Crítica.
- HERRÁN ORTIZ, I. (2003). El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información. Bilbao: Universidad de Deusto
- JENARO VILLAMIL "Datos Personales en el Mercado Pirata" en Proceso, No. 1479. 6 de marzo de 2005.
- LUCAS MURILLO, P. (1990). El derecho a la autodeterminación informativa. Madrid: Tecnos. New York Times, el 26 de agosto de 2000, p. A8.
- MILLER A. (1971). The Assault on Privacy. The University of Michigan Press.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1999). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos.
- PIERINI, LORENCES, TORNABENE. (1999). Hábeas Data. Derecho a la intimidad. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- RUIZ Miguel, C. (1995). La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos.
- SGRECCIA, E. (1999), Manual de Bioética, México: Diana.



- Susan George en ¿Globalización de los derechos?, en Gibney, M. (2004). La globalización de los derechos humanos. Madrid: Crítica.
- VITALIS, A. (1981). Informática, poder y libertades. París: Económica.
- WARREN, S. D. y Brandeis, L. D.: “The right to privacy”, en Harvard Law Review, 4, 1890-1891.
- WESTIN, A. F. (1970). Privacy and Freedom. New York: Atheneum.
- ZUBIRI, X. (1955). Naturaleza: Historia, Dios. Madrid: Editora Nacional.

# EFFECTOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO DE MARCAS Y SU PROTECCIÓN EN EL CIBERESPACIO

Óscar Javier Solorio Pérez\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías han cambiado la forma en que vivimos de manera radical. Al igual que en el renacimiento en el centro y sur de Europa en el siglo XV y en los días de la revolución industrial del siglo XIX en Inglaterra y Norteamérica, hoy día se desarrolla una nueva revolución informática a escala global, misma que ha dado lugar a una nueva sociedad y está dando lugar a un conjunto de nuevas instituciones o la transformación de las ya existentes.

En muchos aspectos, al derecho le fue posible evolucionar apenas en algunos aspectos en los últimos quinientos años para regular la existencia y utilización de nuevas tecnologías a las cuales había que tolerar o aprovechar. Ya se referían los contemporáneos de la revolución industrial a la influencia de este fenómeno en los siguientes términos “Se extiende por todo el planeta y consolida un sistema económico, político, social, cultural y educativo, etc.”<sup>1</sup> Desde entonces, tal transformación, que con la ventaja de una visión retrospectiva pareciera menor, debió crear nuevas instituciones o modificar

---

\* Profesor de Tiempo Completo y Coordinador Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima. Director del Programa de Propiedad Intelectual de la Universidad de Colima y Director del Corporativo Legal Solorio & Manzo, S. C. Cuenta con una Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual por *The John Marshall Law School of Chicago*, y candidato a Doctor por el Doctorado Interinstitucional en Derecho organizado las universidades de la región centro occidente de la ANUIES.

<sup>1</sup> De la Vega, J. C. (1988) Diccionario consultor político. Buenos Aires: Librex. T. 3 p. 364.

las ya existentes para funcionar en una nueva sociedad, una nueva economía, una nueva realidad.

El derecho por su parte, evolucionó en algunos sentidos o se crearon nuevas ramas, como el derecho comercial o mercantil, que debieron crear instituciones por completo novedosas como la limitación de la responsabilidad, la mercantilidad, las existencia y operación personas morales o jurídicas, procedimientos legales más ágiles y toda una nueva teoría legal, a pesar de que en gran medida las bases que sirvieron al derecho romano seguía siendo útiles para los retos legales de entonces. Pero ¿que pasa cuando lo que muta es precisamente ese ámbito que define la esencia y la finalidad misma del derecho y hablamos de un nuevo concepto de espacio?; ¿alcanza el derecho que conocemos para regularlo?;<sup>2</sup> ¿pueden mantenerse incólumes las instituciones o tendrán que evolucionar?

Para contestar a las interrogantes anteriores proponemos un cambio de paradigma, puesto que como ya ha sido señalado por algunos, existen algunas de las dificultades con las cuales se enfrenta la concepción jurídica tradicional de cara a la incorporación, gracias a la tecnología, de un nuevo espacio, a la concepción tridimensional del hombre y el derecho.<sup>3</sup>

## 2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

Los desarrollos tecnológicos de los últimos 25 años han impactado en forma importante el régimen establecido de protección a la propiedad intelectual, y antes de conocer los efectos particulares que se han suscitado, es menester identificar en forma clara dichos fenómenos tecnológicos que han impuesto cambios tan dramáticos.

La Internet es sin duda el mayor avance tecnológico, que junto con las tecnologías de compresión de datos y de almacenamiento de información han permitido guardar y compartir información en escalas nunca antes pensadas

---

<sup>2</sup> Pardini. A. A. (2002) Derecho de Internet. Buenos Aires: Ed. La Rocca. p. 24.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 24.

apenas hace medio siglo. De acuerdo con la información disponible, al 24 de marzo de 2005, la red mundial conocida como Internet ha alcanzado la asombrosa cantidad de 888,681,131 (ochocientos ochenta y ocho millones seiscientos ochenta y un mil ciento treinta y un) usuarios, y el porcentaje de usuarios continúa creciendo a un asombroso ritmo, mostrándose en los pasados doce meses un aumento del 146%, siendo la región del Medio Oriente la que mayor ritmo presenta y en segundo lugar Latinoamérica; siendo la región con menor ritmo Norte América (Estados Unidos y Canadá) aunque desde luego, es donde un mayor porcentaje de la población actualmente utiliza esta herramienta tecnológica (67%).<sup>4</sup> Del número total de usuarios, los de habla Inglesa se ubican en primer lugar en proporción al número de usuarios (32%), por debajo de los chinos (12.8%) y los japoneses (7.6%)<sup>5</sup>. Los usuarios de habla hispana constituimos el cuarto segmento más importante (6.4%), estimándose que más del 85% de la población de habla hispana aún no se encuentra conectado a la red global.<sup>6</sup>

Si bien no existen estadísticas globales respecto de los hábitos, usos y gastos de los usuarios de Internet, un estudio reciente de la *University of California at Los Angeles* muestra las tendencias de los usuarios de Internet de los norteamericanos. En él apreciamos claramente que alrededor del 71% de los habitantes de ese país utiliza el Internet con un promedio de 11.1 horas a las semana, declarando el grueso de la población que tienen dos años o más utilizando dicho sistema. Las cinco actividades más realizadas por los usuarios encuestados incluyen, desde luego, utilizar correo electrónico y mensajería instantánea, revisar las páginas de Internet, y menor grado, leer noticias,

---

<sup>4</sup> Información disponible en <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, *World Internet Usage and Population Statistics*, consultada el 25 de marzo de 2005.

<sup>5</sup> Recordemos que la población asiática constituye más del 56% del total en el Mundo, muy por encima de América, El Caribe y Europa juntos (25%). Fuente: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, *World Internet Usage and Population Statistics*, consultada el 25 de marzo de 2005.

<sup>6</sup> Información disponible en <http://www.internetworldstats.com/stats7.htm>, *World Internet Usage and Population Statistics*, consultada el 25 de marzo de 2005.

consultar información de entretenimiento y, por supuesto, comprar, actividad que al menos el 44% de los encuestados cultiva fervorosamente.<sup>7</sup> De los encuestados, el 11% declaró gastar menos de 15 dólares americanos al mes; 13% más de 175; y el 76% declaró gastar una cantidad promedio en el rango de 15 a 175 dólares mensuales.

Con la información antes presentada, podemos apreciar claramente como el Internet ha pasado de ser una red de origen modesto manejada por militares, para luego ser manejada por científicos, que más adelante paso a ser administrada por el gobierno por un breve lustro, para posteriormente ser manejada por un consorcio de proveedores comerciales.

### 3. NACIMIENTO DE LA INTERNET

Recordemos que a principios de los sesentas y a instancias de la recientemente creada Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA, por sus siglas en Inglés) el Departamento de Defensa de los Estados Unidos lanzó una iniciativa a la comunidad científica para diseñar una red global para acceder y compartir información. El reto fue tomado entusiastamente por un grupo de investigadores independientes que comenzaron a desarrollar lo que eventualmente se sería el protocolo básico de conexión TCP/IP. Así surgió en 1967 un *Plan para ARPANet* en cual contenía el diseño arquitectónico para una red mundial. Al año siguiente, el primer *hardware* fue desarrollado por la compañía que más tarde se llamaría BBN Planet y en 1969 el primer *test* fue hecho en la Universidad de California (UCLA) y posteriormente en Stanford.<sup>8</sup> Esta incipiente red se transformó en lo que conocemos como Internet en 1972 y apareció también el correo electrónico, que era principalmente utilizado con fines académicos y el año siguiente el protocolo TCP/IP emergió en la forma que actualmente conocemos.

---

<sup>7</sup> UCLA (2003) Internet Report. Surveying the Digital Future. Los Ángeles: UCLA. pp. 19. disponible electrónicamente en [www.ccp.ucla.edu](http://www.ccp.ucla.edu)

<sup>8</sup> Pardini. A. A. (2002) Derecho de Internet. Buenos Aires: Ed. La Rocca. p. 42.

La World Wide Web ó red mundial (www) comenzó a funcionar en el año 1988 y para 1990 el gobierno Estadounidense retiró oficialmente ARPANet y la Fundación Nacional para la Ciencia (NSF) comenzó a hacerse cargo de a red, bajo el nombre NSFNet, misma que se retiró en 1995,<sup>9</sup> tan solo un año después de que las primeras disputas referentes a nombres de dominio comenzaron a llegar a los tribunales.<sup>10</sup> El gobierno de los Estados Unidos también dejó de hacerse cargo de la asignación de nombres de dominio, lo cual venía haciendo a través de su Agencia de Asignación de Números de Internet, (IANA)<sup>11</sup> para dar paso a ICANN<sup>12</sup>, que de acuerdo con su página oficial, es “una organización sin fines de lucro que opera a nivel internacional, responsable de asignar espacio de direcciones numéricas de protocolo de Internet (IP), identificadores de protocolo y de las funciones de gestión [o administración] del sistema de nombres de dominio de primer nivel genéricos (gTLD) y de códigos de países (ccTLD), así como de la administración del sistema de servidores raíz.”<sup>13</sup>

Ahora bien, a pesar de que la propiedad intelectual no es una materia estrictamente de carácter comercial, lo cierto es que en los últimos años ha recuperado gran interés para los países desarrollados porque de ésta depende por completo la protección legal a las industrias del cine, radio, televisión, programas de cómputo, bases de datos y otras, así como la protección a la reputación comercial de millones de compañías que hacen negocios a escala global como nunca antes gracias a la Internet.

---

<sup>9</sup> *Ibidem.* p. 43.

<sup>10</sup> Partridge, M. V. B (2003) Guiding Rights: Trademarks, Copyrights and the Internet. Lincoln: Ed. iUniverse, Inc. p. 103.

<sup>11</sup> Internet Assigned Numbers Authority.

<sup>12</sup> Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

<sup>13</sup> Información disponible en el sitio oficial de ICANN: <http://www.icann.org/tr/trspanish.html>, consultada el 25 de marzo de 2005.

#### 4. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El proceso anteriormente descrito ha coincidido con el desarrollo de un nuevo sistema internacional de protección a la propiedad intelectual al incluirse en las rondas de negociación del GATT que posteriormente formaron la Organización Mundial del Comercio (OMC), mismo que es llamado por el Maestro Becerra Ramírez como *la segunda generación de la propiedad intelectual*.<sup>14</sup>

La presión ejercida por el mundo desarrollado, encabezado por Estados Unidos para que los países en vías de desarrollo adopten reformas legislativas y estándares mínimos de protección ha traído como consecuencia la “*americanización*” del derecho de la propiedad intelectual.<sup>15</sup> Como bien señala el maestro Becerra Ramírez, dicho fenómeno tiene su fundamento en varios hechos, pero debemos considerar como un importante factor las “sugerencias” para modificar sus legislaciones internas que realiza Estados Unidos a los países que no cumplen con los “estándares mínimos de protección” de la propiedad intelectual con fundamento en las disposiciones especiales en materia de propiedad intelectual de la sección 301 del *Ómnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 a través de su Representante Comercial.<sup>16</sup>

A mediados de los ochentas la comunidad de negocios internacional de los países desarrollados comenzó a discutir entre ellos y con sus respectivos gobiernos a fin de crear consenso acerca de un documento que sirviera como base para el nuevo régimen internacional de protección a la propiedad intelectual, el cual operaría sobre la base del régimen anterior.<sup>17</sup> Así nació el acuerdo ADIPIC (ó TRIPS por sus siglas en Inglés), que es el anexo 1C de la

---

<sup>14</sup> Becerra Ramírez, M. (2004) La propiedad intelectual en transformación. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 29.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 31.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 32.

<sup>17</sup> Sobretudo los convenios de Berna, Madrid, Paris, Lisboa y Roma.

carta de la OMC y en el que además se inspira el capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio de América del Norte<sup>18</sup> ó TLCAN.<sup>19</sup>

## 5. IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La creación del nuevo sistema de propiedad intelectual explicado en el apartado anterior implica profundos cambios en las industrias en las cuales incide la propiedad intelectual, particularmente las marcas. A finales de la década de los ochentas, Europa, Japón Estados Unidos comenzaron a interesarse notablemente en la propiedad intelectual. La razón nos la explica parcialmente el profesor Richard Foster, quien afirma que de 1980 al 2000 la tasa promedio de crecimiento de los empleos en el área de ciencia y tecnología en los Estados Unidos fue de 4.9%, lo cual en términos absolutos no es espectacular, pero en términos relativos es 4 veces mayor que el incremento total de la tasa anual de crecimiento en el empleo de aquel país.

De 1982 a 2000 el número de autores-empleados creció a un ritmo anual de 8.7% y los diseñadores a una tasa anual de 9.2%. Por si fuera poco, en 1999, los ingresos anuales de Estados Unidos provenientes de su comercio exterior, relacionados con la propiedad intelectual fueron de 46.5 billones de dólares, contra 13 billones<sup>20</sup> que gastaron los americanos por concepto de bienes intelectuales provenientes del extranjero. Lo anterior sin tomar en cuenta las ventas de equipo de cómputo y electrónico que ese año fue de 190 Billones; ni la exportación de bienes de la industria del entretenimiento como, pues tan

---

<sup>18</sup> Becerra Ramírez, M. (2004) La propiedad intelectual en transformación. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 33.

<sup>19</sup> Recordemos que de hecho el Tratado de Libre Comercio para América del Norte o NAFTA por sus siglas en Inglés entró en vigor y se implementó antes que el ADPIC, por lo que muchos estudiosos afirman que en realidad NAFTA sirvió de inspiración para ADPIC o TRIPS, o en el mejor de los casos, como un buen experimento.

<sup>20</sup> Se hace la aclaración que para los norteamericanos, la cantidad de *One Billion* corresponde a *One Thousand Million* en el Reino Unido o *Un Mil de Millones* en nuestro país.



solo las películas y los programas de cómputo importaron la cantidad de 89 billones de dólares americanos.<sup>21</sup>

## 6. MARCAS VS. NOMBRES DE DOMINIO

Los conflictos entre marcas y nombres de dominio comenzaron a surgir a mediados de los noventas, y al no existir una regulación al respecto, los particulares intentaron llevar sus controversias ante los tribunales, alegando violaciones a sus derechos como legítimos titulares de marcas comerciales. Irónicamente, los que impulsaron esta evolución legislativa propiciada en algunos países, fueron precisamente aquellos arriesgados hombres de negocios que caminaban una fina línea entre la intrepidez y la violación a los derechos marcarios y que terminaron por definirla.

Con respecto a la colisión que se presenta entre Internet y nombres de dominio; y las marcas y otros signos distintivos, los casos que han surgido pueden clasificarse de la siguiente manera, de acuerdo al tipo de controversia a que se refieren:

- a) *Cybersquatting* o *Domain-Grabbing*, lo cual consiste en el registro de uno o varios nombres de dominio con el propósito de impedir su uso a los titulares de las marcas o de procurar su transmisión posterior a cambio de una remuneración.
- b) Cuando dos o más titulares de marcas idénticas o similares desean obtener el mismo nombre de dominio
- c) Cuando un signo distintivo es idéntico al nombre de una persona física o moral
- d) Uso de marcas famosas o notoriamente conocidas en los sitios de Internet

Los primeros casos llegaron a los tribunales en Estados Unidos y Europa en 1995 y comenzaron a ser resueltos a partir de 1996. Dos de los casos más

---

<sup>21</sup> Becerra Ramírez, M. (2004) La propiedad intelectual en transformación. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 41.

famosos tuvieron como demandado al mismo individuo, un hombre de negocios de apellido Toeppen, quien vivía en la ciudad de Champaign, en Illinois, Estados Unidos y quien operaba una empresa proveedora de servicios de Internet o ISP y que al momento de la disputa ya había registrado más de 240 nombres de dominio de compañías famosas<sup>22</sup> y quien admitió ufanadamente haber registrado dichos nombres de dominio con el propósito de re-venderlos o licenciarlos a los titulares de las marcas famosas. En el primer caso,<sup>23</sup> el Sr. Toeppen sostenía que debido a que lo registró primero el nombre de dominio [www.intermatic.com](http://www.intermatic.com) ante *Network Solutions, Inc.* éste le pertenecía. La parte actora, en cambio, sostenía que eso era una violación a sus derechos como titular de una marca que además estaba registrada y era famosa en aquel país. La corte concluyó que (1) Intermatic era una marca famosa; (2) el Sr. Toeppen realizaba un uso comercial de la marca al ofrecer el nombre de dominio para su venta; (3) la utilización de la marca que el Sr. Toeppen hacía en la Internet era considerada comercial; y finalmente (4) que el Sr. Toeppen estaba violando los derechos del titular de la marca, con base en el estatuto Anti-dilución o contra agresiones que importen la pérdida distintiva de la marca,<sup>24</sup> por lo que se le ordenó a Toeppen que descontinuara cualquier uso del nombre de dominio y no impidiera que la empresa Intermatic procurara obtener dicho nombre de dominio.

El mismo resultado legal se alcanzó dos años después en otro caso contra el mismo Sr. Toeppen, pero donde en esta ocasión la parte actora era la conocida empresa Panavision. La única diferencia relevante en los hechos de este caso fue que el demandado alegaba que hacía un uso válido del sitio

---

<sup>22</sup> Algunos de los nombres de dominio registrados por el Señor Toeppen incluían: [deltaairlines.com](http://deltaairlines.com); [britishairways.com](http://britishairways.com); [crateandbarrel.com](http://crateandbarrel.com); [ramadainn.com](http://ramadainn.com); [eddiebauer.com](http://eddiebauer.com); [greatamerica.com](http://greatamerica.com); [neiman-marcus.com](http://neiman-marcus.com); [northwestairlines.com](http://northwestairlines.com); [ussteel.com](http://ussteel.com), [unionpacific.com](http://unionpacific.com), [panavision.com](http://panavision.com); e [intermatic.com](http://intermatic.com).

<sup>23</sup> Véase *Intermatic Incorporated v. Dennis Toeppen* USDC, Northern District of Illinois, Eastern Division 947 F. Supp. 1227 (1996).

<sup>24</sup> El nombre oficial de dicho estatuto es *Federal Trademark Dilution Act* 15 U. S. C.

[www.panavision.com](http://www.panavision.com) al desplegar un mapa del pequeño pueblo de Pana, en el estado de Illinois, Estados Unidos, lo que de acuerdo a su ingenioso argumento, no constituía una violación a los derechos del titular de la marca porque el sitio mostraba la “visión” de “pana” y por lo tanto, era válido su uso del sitio “panavision”. A la postre, la corte que conoció del caso, no estuvo de acuerdo con ese argumento.<sup>25</sup>

Otros importantes casos siguieron surgiendo en las cortes norteamericanas, destacándose uno que se refería al uso de una marca en el sitio de Internet, pero no como parte del nombre de dominio. En 1998 donde una señora de apellido Wells utilizaba la palabra “Playboy” para describir un hecho cierto en su sitio de Internet con respecto a su identidad, que había sido la “Playmate del año 1981”. Además, la demandada utilizaba la palabra “Playboy” en los *metatags*,<sup>26</sup> donde había usado dicha palabra para indicar el contenido del sitio de Internet. La corte del caso determinó que el uso de la Sra. Wells de la marca “Playboy” era simplemente para identificar el contenido del sitio hacer referencia legítima a su propia identidad y pasado profesional.<sup>27</sup>

Del mismo modo, en Europa comenzaron a surgir las controversias en torno al uso de marcas en nombres de dominio o en los sitios de Internet, siendo el Bundesgerichtshof<sup>28</sup> (BGH) el que ha marcado la pauta a los demás tribunales europeos decidiendo al menos cinco importantes casos en torno a

---

<sup>25</sup> *Panavision International v. Toeppen*, 11 F 3d 1316 (9th Cir. 1998).

<sup>26</sup> Los *metatags* son palabras claves que se utilizan en conexión con un nombre de dominio a efecto de que relacionarlo con los resultados de las búsquedas realizadas por los usuarios cuando introduzcan dicho término. Así, por ejemplo, cuando un individuo tecleó la palabra “seguros” en su motor de búsqueda referido, serán desplegados los vínculos de las páginas que contengan dicha palabra en su texto en html, así como los sitios que contengan dicha palabra en los *metatags*, aunque en este último caso no sea visible la palabra para el usuario, sin duda este mecanismo sirve para atraer usuarios de la red en relación con un término específico.

<sup>27</sup> *Playboy Enterprises, Inc. v. Wells*, 7 F. Supp. 2d 1098 (SD Cal. 1998).

<sup>28</sup> Tribunal Federal Supremo Alemán.

las problemáticas más frecuentes e importantes.<sup>29</sup> Dentro de las controversias importantes más trascendentes puede mencionarse la que sostuvo el consorcio petrolero Shell GmbH<sup>30</sup> y un nacional Alemán de apellido Shell, misma que fue decidida en revisión por el BGH. El consorcio Alemán pidió que el demandado se abstuviese de utilizar el nombre de dominio *shell.de* y que éste fuera transferido al titular de la marca. Al realizar un equilibrio de intereses entre la protección a los derechos del titular de la marca y la “protección al nombre” de las personas<sup>31</sup> consagrada en el derecho alemán, la corte determinó que el usuario de Internet que ingresa a la dirección *shell.de* espera encontrarse con la página de Internet del consorcio petrolero, quien posee un importante interés económico en dicho nombre de dominio, y no de un ciudadano Alemán. El tribunal concluyó que al utilizar la persona de apellido Shell dicho nombre de dominio para fines personales, la parte actora tenía prioridad para utilizar el nombre de dominio controvertido.<sup>32</sup>

## 7. NACIMIENTO DE UNA POLÍTICA UNIFORME DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (UDRP)

La respuesta a las controversias antes descritas y otras muchas suscitadas en buena parte del mundo desarrollado, trajo como consecuencia que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual preparara un Informe Final sobre el Primer Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de

---

<sup>29</sup> García Corono, I. G (2004) Derechos de propiedad industrial e Internet. Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en la Unión Europea y su importancia en México. Publicado en la revista Derecho Comparado de la Información Número 4 Julio-Diciembre 2004. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>30</sup> *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* o GmbH es la Sociedad de Responsabilidad Limitada en el derecho Alemán, cuyo símil más cercano sería la Sociedad Anónima (S.A.) en nuestro derecho Mexicano.

<sup>31</sup> Consagrado en el Artículo 12 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) o Código Civil Alemán.

<sup>32</sup> BGH, sentencia del 22 de noviembre de 2001 -1 ZR 138/99-.

Internet,<sup>33</sup> el cual estuvo disponible el 30 de abril de 1999 y fue entregado a ICANN. Dicho reporte fue la base para intensas negociaciones que dieron como resultado el diseño de una Política Uniforme para la Resolución de Conflictos referentes a Nombres de Dominio,<sup>34</sup> (UDRP por sus siglas en Inglés) misma que fue adoptada el 26 de agosto de 1999 por ICANN, fueron aprobados los documentos de implementación el 24 de octubre y se implementó el 1 de diciembre del mismo año.<sup>35</sup> Al día siguiente, la primera demanda conforme a la UDRP fue recibida electrónicamente en el Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI y fue promovida por la *World Wrestling Federation*<sup>36</sup> en contra de un ciudadano norteamericano por el registro del nombre de dominio *worldwrestlingfederation.com*.<sup>37</sup>

El 28 de junio de 2000, a instancias del Ministerio de Comunicaciones, Información y Tecnología de Australia, a nombre de su gobierno y el de otros 19 países, solicitaron a la OMPI que iniciara un Segundo Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet a fin de analizar aspectos que no se consideraron para el diseño de la UDRP. Este proceso dio como resultado el envío de un segundo reporte en 2001 y un segundo grupo de recomendaciones a ICANN en el 2002, mismas que aún no se han visto reflejadas en la UDRP.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> El reporte puede ser consultado en español en el sitio oficial del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, en: <http://arbiter.wipo.int/processes/process1/report/index-es.html>

<sup>34</sup> La UDRP puede ser consultada y está disponible en línea en el sitio oficial de ICANN en: <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

<sup>35</sup> Información disponible en el sitio oficial del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, en: <http://arbiter.wipo.int/center/faq/domains.html#16>.

<sup>36</sup> la conocida organización norteamericana cuyo nombre puede traducirse como Organización Mundial de Lucha Libre.

<sup>37</sup> *World Wrestling Federation Entertainment, Inc. v. Michael Bosman*. Caso No. D99-0001.

<sup>38</sup> El Segundo Reporte sobre el Primer Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet fue publicado el 3 de septiembre de 2001 y analizado posteriormente con mayor profundidad por el Comité Permanente de Derecho de Marcas, Diseños Industriales y Denominaciones Geográficas de la OMPI en sesiones del 29 de diciembre

## 8. FUNCIONAMIENTO DE LA UDRP

La mencionada Política Uniforme UDRP está diseñada para ser aplicada en procedimientos totalmente en línea, donde la parte demandante escoge el proveedor de servicios arbitrales<sup>39</sup> y las partes someten todas sus promociones electrónicamente. La UDRP se aplica en forma simultánea a cualquier procedimiento legal de carácter jurisdiccional que se encuentre disponible para el actor, si es el caso que la legislación doméstica contempla algún recurso o remedio ante los tribunales.

Ahora bien, un titular de una marca que sienta afectados sus derechos y que recurra a la UDRP buscará que uno de los siguientes remedios sean pronunciados por del árbitro o panelistas<sup>40</sup>: cancelación o transferencia del nombre de dominio.<sup>41</sup> El procedimiento se seguirá contra el que registró el nombre de dominio en disputa o aún ante la rebeldía de éste, bajo un procedimiento muy similar al conocido como *In Rem*, es decir, *contra la*

---

de 2001 y del 21 de mayo de 2002. Las recomendaciones fueron enviadas por la OMPI a ICANN el 23 de octubre de 2001 y actualmente continúa discutiéndose.

<sup>39</sup> El proveedor de servicios arbitrales más importante es el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, pero no es el único. También son proveedores Centro Asiático para la Resolución de Conflictos relativos a Nombres de Dominio ADNDRC (la cual tiene reglas especiales para sus oficinas en Beijín y en Honk Kong); el Instituto para la Resolución de Conflictos CPR; y el Foro Nacional de Arbitraje de los Estados Unidos NAF.

<sup>40</sup> Cualquiera de las partes decidirán si quieren someter su caso a un panel arbitral que estará conformado de 3 miembros, quienes serán nombrados por el Proveedor de Servicios Arbitrales dentro de los 5 días posteriores a la recepción de la solicitud. Sin ninguno así lo elige, un solo árbitro decidirá la controversia.

<sup>41</sup> Inciso i) de la cláusula 4 de la UDRP.

*cosa*, utilizado por la legislación norteamericana<sup>42</sup>. Para lograr lo anterior, debe demostrar todas y cada una de las siguientes circunstancias:<sup>43</sup>

1. Que el nombre de dominio en disputa es idéntico o semejante en grado de confusión a la marca de la parte actora;
2. Que el demandado no tiene derecho alguno o interés legítimo sobre el nombre de dominio en disputa; y finalmente;
3. Que el nombre de dominio en disputa fue registrado o ha sido usado de mala fe.

Para demostrar la existencia de derecho alguno o interés legítimo que asista al demandado, éste deberá proveer evidencia de cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Que antes de la notificación de la demanda se hizo uso o se hicieron preparativos demostrables para el uso del nombre de dominio, en relación con el ofrecimiento de bienes o servicios de buena fe;
2. Que la empresa o individuo demandado ha sido comúnmente conocido con ese nombre de dominio, aún cuando no sea el titular de la marca; o
3. Que se está haciendo un uso no comercial o de conformidad con la libertad de expresión o de publicidad comparativa del demandado,<sup>44</sup> sin intención alguna de obtener una ganancia comercial o desviar clientes o manchar la reputación de la marca de la cual el actor es titular.

---

<sup>42</sup> En concreto, se trata del *Anticybersquatting Consumer Protection Act*, la cual fue promulgada en los Estados Unidos en noviembre de 1999 y que junto con la sección 43(d) del Lanham Act, permite a los actores la utilización de algunos remedios en caso de que no puedan localizar al demandado o no pueda establecer la jurisdicción personal sobre el mismo.

<sup>43</sup> Cláusula 4(a) de la UDRP.

<sup>44</sup> El término utilizado por la UDRP en su cláusula 4 (c)(iii) es “fair use”, el cual engloba ciertas limitaciones a los derechos de marca en virtud de los principios de libre competencia y libertad de expresión.

Debe aclararse que los procedimientos arbitrales conforme a la UDRP son ejercitados por titulares de las marcas conforme a la legislación interna del lugar de residencia de la parte actora, pero si ambas partes se encuentran en la misma jurisdicción, puede además invocarse la legislación nacional del país donde se trate. También debe aclararse que la simple falta de uso es evidencia en contra de la existencia de un derecho o interés legítimo.<sup>45</sup> De la misma manera, evidencia de una oferta para vender o transferir el nombre de dominio o disponibilidad para cancelar el nombre de dominio es indicativo de la falta de derecho o interés legítimo,<sup>46</sup> así como la adopción de una marca famosa o notoriamente conocida con la cual el demandado no tenga conexión alguna.<sup>47</sup> Dada la dificultad de comprobar la mala fe, y más en un procedimiento a distancia, la misma UDRP provee una lista no exhaustiva de circunstancias que serán evidencia de dicha mala fe.<sup>48</sup>

1. La retención de un nombre de dominio con el propósito de ofrecerlo para su venta al titular por un precio mayor al de los costos directos en relación a la adquisición y mantenimiento del nombre de dominio.<sup>49</sup>
2. El registro de un nombre de dominio con el propósito de impedir el uso del mismo al titular de la marca, lo cual puede establecerse si el demandado se ha comportado de esa manera antes.<sup>50</sup>
3. Registrar el nombre de dominio con el objetivo principal de trastornar el negocio de un competidor.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Consúltese *Victoria's Secret v. This Domain For Sale*, NAF Caso No. FA/96486.

<sup>46</sup> Consúltese *Land O' Lakes, Inc. v. Offbeat Media, Inc.*, NAF Caso No. FA/96451.

<sup>47</sup> Consúltese *Nike, Inc. v. B. B. de Bore*, WIPO Case No. D2000-1937.

<sup>48</sup> Cláusula 4(b) de la UDRP.

<sup>49</sup> Cláusula 4(b)(1) de la UDRP en relación con el caso *World Wrestling Federation Entertainment, Inc. v. Bosman*, WIPO Caso No. D99-0001.

<sup>50</sup> Cláusula 4(b)(2) de la UDRP en relación con el caso *L. L. Bean v. Cupcake Patrol*, NAF Caso No. FA/96504.

<sup>51</sup> Cláusula 4(b)(3) de la UDRP en relación con el caso *Quantum Instruments, Inc. v. Tim Dodge*, NAF Case No. FA/96499.



4. Utilización del nombre de dominio para atraer o desviar clientes a sitios de terceros, con la intención de obtener una ganancia comercial<sup>52</sup> y mediante la creación de condiciones que permitan la posibilidad de confusión.<sup>53</sup>

Desde luego que es posible para el demandado oponer defensas y excepciones. También puede el demandado demostrar fehacientemente que en efecto tiene un derecho o interés legítimo en el nombre de dominio, ya sea porque es su nombre, denominación legal, apellido o por que igualmente posee un registro de marca o los derechos correspondientes a ésta.<sup>54</sup> También puede demostrar el demandado que ha hecho “preparaciones demostrables” para usar el nombre de dominio en disputa.<sup>55</sup> De la misma manera puede demostrar que ha sido conocido ordinariamente mediante el nombre de dominio en disputa o que ha hecho un uso legítimo o en ejercicio de su libertad de expresión o realizar actividades que constituyan publicidad comparativa.<sup>56</sup> El simple uso nominativo de una marca en tal forma que no cree confusión normalmente no constituye evidencia de mala fe.

La política aplica para disputas relativas a nombres de dominio genéricos, es decir, todos los que terminan en .com, .net y .org. También ha sido adoptada voluntariamente por los administradores de nombres de dominio regionales o

---

<sup>52</sup> Nótese que esta fracción no se refiere a “lucro” en términos civiles, sino a una “ganancia comercial”, lo cual sería mas cercano al concepto en nuestro país de “especulación comercial”.

<sup>53</sup> Cláusula 4(b)(4) de la UDRP en relación con el caso, *Inc. v. Tiffany's Jewelry Auction, Inc.*, WIPO Caso No. D2001-0075.

<sup>54</sup> En México, los derechos al uso exclusivo de una marca solo se adquieren mediante el registro (Artículo 87 de la Ley de Propiedad Industrial). Sin embargo, en otros países, sobretodo los de tradición legal del *Common Law* es posible obtener los derechos mediante el simple uso sin necesidad de registro.

<sup>55</sup> Consúltase el caso *Online, Inc. v. Frank Albanese*, WIPO Caso No. D2000-1604.

<sup>56</sup> Véase *Lockheed Martin Corp. v. Dan Parisi*, WIPO Caso No. D2000-1015.

por países, como los de aquellos que terminan en .nu, .tv y .ws.<sup>57</sup> Los administradores de nombres de dominio de otros países, sin embargo, han decidido desarrollar sus propias políticas de resolución de conflictos, que en general son muy similares a la política uniforme ya comentada.

Por lo tanto, la UDRP se aplicará, y de hecho se ha aplicado, contra residentes en México que posean un nombre de dominio .com, .net, .org., .nu, .tv o .ws. por cualquier individuo o compañía en cualquier parte del mundo. De la misma forma, podrá ser invocada por residentes en México, y si ambas partes residen en México, se aplicará además la Ley de Propiedad Industrial o la Ley Federal del Derecho de Autor en lo que se refiere a reservas de derechos.<sup>58</sup> La UDRP ha sido aplicada en más de 6,000 disputas referentes a nombres de dominio, involucrando partes de más de 119 países y más de 11,000 nombres de dominio.<sup>59</sup>

## 9. POLÍTICA GENERAL DE NOMBRES DE DOMINIO .MX (LDRP)

Por su parte, NIC México, la compañía administradora de los nombres de dominio .mx adoptó las llamadas “Políticas Generales de Nombres de Dominio”, así como las “Políticas de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio para .mx”, conocida comúnmente como LDRP, así como su reglamento el 11 de julio de 2003. Todas estas disposiciones fueron incorporadas por referencias a los contratos de los poseedores existentes de nombres de dominio a partir del 1 de junio de 2004,<sup>60</sup> así como a los

---

<sup>57</sup> Notas a la UDRP mostradas en la página oficial de ICANN donde se muestra la UDRP, disponible en: <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

<sup>58</sup> la reserva de derechos es una figura híbrida con la cual solo nuestro país sirve y que en gran medida sirve como una especie de signo distintivo con respecto de publicaciones o difusiones periódicas, grupos artísticos o artistas individuales, personajes o promociones publicitarias. (Artículo 173 de la Ley Federal del Derecho de Autor).

<sup>59</sup> Información consultada en el sitio oficial del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, consultada el 26 de Marzo de 2005, disponible en: <http://arbiter.wipo.int/center/caseload.html>.

<sup>60</sup> Antes de esta fecha, se aplicaba la UDRP en forma directa a todos los nombres de dominio .mx, y de hecho, fueron resueltos varios casos bajo esta política.

de aquellos que adquirieron nombres de dominio .mx a partir de dicha fecha. De su revisión, es claro que la LDRP es en general similar a la UDRP. También el Reglamento de la Política de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio para .mx es virtualmente una traducción literal de las Reglas para la Política Uniforme para la Resolución de Conflictos referentes a Nombres de Dominio. No obstante, pueden advertirse las siguientes diferencias:

1. NIC México solo reconoce un proveedor de servicios arbitrales o de solución de controversias: El Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI.<sup>61</sup>
2. La LDRP se aplica no sólo a marcas,<sup>62</sup> en estricto sentido sino a marcas de productos o servicios, aviso comercial, denominaciones de origen o reservas de derechos.
3. La LDRP puede ser invocada en caso de marcas y avisos comerciales, solo cuando éstos se encuentren registrados.
4. La LDRP puede ser invocada en caso de denominaciones de origen y reservas de derechos cuando “el promovente *tenga los derechos*”.<sup>63</sup>

Al respecto conviene aclarar que es bastante impreciso el texto de la resolución en lo que se refiere a denominaciones de origen y reservas de

---

<sup>61</sup> Anexo A de la Política de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio para .mx, disponible en <http://www.nic.mx/es/Políticas?CATEGORY=LDRP>.

<sup>62</sup> Como se sabe, en muchos países el concepto general de *marcas* es el equivalente a lo que nuestra legislación reconoce como *signos distintivos*. Al respecto, consúltese el artículo Solorio Pérez, O. J (2005) *Aspectos de propiedad intelectual relacionados con los traductores* presentado como ponencia en el marco del XIX Foro de Especialistas Universitarios en Lenguas Extranjeras FEULE el 9 de marzo de 2005, en el Paraninfo de la Universidad de Colima. Colima: Universidad de Colima, en el cual se hace una comparación de los conceptos de marca y el concepto de *trademark*.

<sup>63</sup> Artículo 1(a)(i) de la Política Resolución de Controversias en materia de Nombres de Dominio para .mx.

derecho. Conforme a la legislación Mexicana y a diferencia de lo que pasa en la gran mayoría de los países de Europa, el titular de las denominaciones de origen no son las asociaciones, cámaras, cooperativas o uniones de productores o fabricantes, sino el Estado Mexicano, de acuerdo al Artículo 167 de la Ley de Propiedad Industrial, y es el Estado a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) el que autoriza a los particulares la utilización de determinada denominación de origen en relación con sus productos. De este régimen tan particular surgen situaciones donde más de un individuo o empresa está en igualdad de circunstancias para obtener la titularidad del nombre de dominio, y la política no parece contener mecanismo alguno que lidie con dichos casos. Como ejemplo, pensemos en la denominación de origen “tequila”, cuyo titular es el Estado Mexicano, pero respecto de la cual existen diversas empresas autorizadas en los términos del Artículo 169 de la Ley de Propiedad Industrial. Luego entonces, surge la pregunta ¿quién tiene el mejor derecho para ser el titular de el nombre de dominio tequila.com.mx?<sup>64</sup> ¿El primero en registrarlo? O ¿Todos por igual? O ¿Será titular el Estado Mexicano?, en cuyo caso ¿Quién administrará el sitio?, etc. Ninguna de estas cuestiones son previstas por la LDRP ni su reglamento.

Por otro lado, en lo que respecta a las reservas de derechos, la LDRP señala que toda persona que estime afectados sus “derechos”, debe mostrar que tiene los “derechos” sobre la “reserva de derechos”.<sup>65</sup> Además de lo criticable de la redacción, la LDRP omite reconocer claramente que la única

---

<sup>64</sup> De hecho, la información disponible en las bases de datos de NIC México, consultada el 26 de marzo de 2005, demuestran que el nombre de dominio tequila.com.mx fue registrado por la empresa “Importaciones del Sol” el 30 de junio de 1995, mismo que todavía no está en servicio. Pero al tratar acceder al sitio en la misma fecha, aparece como no disponible. No obstante, de acuerdo con la información disponible, al momento nadie ha disputado la titularidad del sitio tequila.com.mx y ciertamente los registros muestran que a la fecha, ni los tribunales ni los proveedores de servicios arbitrales han conocido del caso.

<sup>65</sup> Revisar a detalle la cláusula 1(a), en especial el inciso (i) de la misma, la cual puede ser consultada en: <http://www.nic.mx/es/Políticas?CATEGORY=LDRP>.

forma de ser el titular de la reserva de derechos es mediante el “certificado”<sup>66</sup> expedido por el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR), mismo que no es otra cosa más que la representación del “registro” o “inscripción”<sup>67</sup> que el propio instituto realiza. Por tanto, en nuestra opinión, hubiera sido más claro hacer referencia a que podrá ser invocada la LDRP cuando la reserva de derechos “se encuentre registrada” al igual que el lenguaje utilizado para las marcas y avisos comerciales, contribuyendo así a la claridad con respecto de quienes pueden invocar la política para resolver conflictos .mx.

Cabe mencionar que se excluye por completo de la LDRP a los nombres comerciales, que a pesar de ser protegidos conforme a la Ley de Propiedad Industrial,<sup>68</sup> no son tutelados por dicha política. Tampoco queda claro si las marcas colectivas se encuentran protegidas por la LDRP, aunque en caso de que ambas partes tuvieran su residencia en México, pudiera aplicarse la Ley de Propiedad Industrial mediante la invocación de la cláusula 19 del reglamento de la LDRP, tal y como sucede con la disposición equivalente de la UDRP.

La LDRP ha sido utilizada para resolver solamente 6 casos en 2004, mismos que, en todos los casos, se ordenó la transferencia del nombre de dominio a la parte actora.<sup>69</sup> Otros 10 casos referentes a nombres de dominio .mx fueron resueltos conforme a la UDRP, en donde el resultado fue que en 6 de ellos se ordenó la transferencia de los nombres de dominio involucrados, en un caso se ordenó la cancelación, en uno de ellos el demandado conservó el sitio, y los 2 procedimientos restantes no fueron concluidos.<sup>70</sup>

Finalmente recordemos que a pesar de la importancia de la LDRP no podemos hablar que éste constituya un avance legislativo en estricto sentido,

---

<sup>66</sup> Artículo 174 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

<sup>67</sup> “El Instituto hará expedir los certificados respectivos y hará la inscripción...” Artículo 174 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

<sup>68</sup> Artículo 99 de la Ley de Propiedad Industrial.

<sup>69</sup> Al respecto, los casos se encuentran disponibles y pueden ser consultados en la siguiente dirección: <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/2004/dmx0000-0199.html>

<sup>70</sup> *Ibidem*.

toda vez que no es una ley ni tratado internacional, ni ha pasado por el proceso legislativo, sino una serie de disposiciones o estipulaciones contractuales que son incorporados por referencia a los contratos de registro de nombres de dominio, en uso de la libertad contractual de los adquirentes. La LDRP, aunque muy importante, no le debe ningún merito a las autoridades administrativas, ni al congreso de la unión, ni es aplicada por los tribunales federales. Es producto, al igual que la UDRP de un ingenioso y aunque intrincado, sencillo método para resolver controversias por la vía privada, por la vía del arbitraje.

## 10. INCONSISTENCIAS DE LA UDRP

Como hemos visto hasta ahora, tanto la UDRP como la LDRP<sup>71</sup> son generalmente vistas como adelantos legales excepcionales. La UDRP con sus distintas adecuaciones en las políticas implementadas en diferentes países se ha convertido en un mecanismo exitoso para dirimir controversias relativas a nombres de dominio, que resuelve muy bien las problemáticas de la jurisdicción, la notificación al demandado, la territorialidad, el espacio y los costos. Además de eso, algunos textos que se proponen para el Tratado de Libre Comercio de América (FTAA por sus siglas en inglés), han revelado que se planea incluir a la UDRP como política para la resolución de nombres de dominio en todos los países de América,<sup>72</sup> lo que en la práctica se ha adelantado.

No obstante, para muchos autores la UDRP dista mucho de ser perfecta, y otros más señalan airadamente las inconsistencias. Kieren McCarthy, identifica las siguientes:<sup>73</sup>

### 1. No se especifica en quien recae la carga de la prueba

---

<sup>71</sup> De ahora en adelante nos referiremos solo a la UDRP, pero los comentarios son igualmente aplicables a la LDRP.

<sup>72</sup> McCarthy, k. (2001) Why ICANN's domain dispute rules are flawed: Part I, publicado por *The registrar*, consultado el 26 de marzo de 2005, disponible en: [http://www.theregister.co.uk/2001/07/11/why\\_icanns\\_domain\\_dispute\\_rules/](http://www.theregister.co.uk/2001/07/11/why_icanns_domain_dispute_rules/)

<sup>73</sup> *Ibidem*.

2. No especifica que debe probarse para comprobar la inocencia o culpabilidad
3. Impone plazos muy cortos
4. No se requiere un contacto entre el actor y el demandado antes de someter el asunto a arbitraje
5. La parte actora elige el proveedor de servicios arbitrales
6. No existe un proceso de apelación
7. Los árbitros, frecuentemente usan como fundamento áreas del derecho sobre las cuales no tienen facultad para pronunciarse
8. Muchos árbitros han ignorado consideraciones para probar interés legítimo más allá de la propiedad intelectual
9. Las defensa de “mala fe” es insignificante
10. Nadie monitorea las reglas contenidas en la propia UDRP:

Aunque el análisis de cada uno de estos temas requerirían ser abordados con mayor profundidad de la que requiere un trabajo de esta extensión, el autor arriba citado esgrime convincentes argumentos para sostener su posición y de forma preliminar, podemos apuntar que coincidimos con varias de las consideraciones de su postura.

Por otro lado, como lo demuestra en su excelente estudio Keith Blackman, las críticas que actualmente se hacen a la UDRP tienen un gran sustento, sobre todo en lo que se refiere al abuso de la política para beneficiar los intereses de grandes compañías y suprimir para librar batallas en Internet contra los críticos de algunos productos o servicios.

En efecto, la UDRP ha servido para que muchas compañías y particulares suspendan el uso de nombres de dominio, sin tener que probar siquiera la violación a sus derechos de propiedad intelectual, lo cual es permitido por la política, ya que una vez admitida la demanda, el sitio es suspendido en lo que se resuelve el asunto. Esta práctica es conocida como *reverse hijacking*<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> La traducción más apropiada sería “secuestro inverso”, teoría que ha sido importada del derecho norteamericano, en donde desde hace años reconocen esta defensa en materia de marcas.

la cual es definida como “utilizar la política de mala fe para intentar despojar o impedir el uso, así como para causar molestia al nombre de dominio a su titular”.<sup>75</sup>

Otra consecuencia de la aplicación de la política han sido las limitaciones a la libertad de expresión, derecho fundamental que es reconocido por la mayoría de las constituciones del mundo occidental. La cláusula 4 (c) de la UDRP establece que el demandado que no haga un uso comercial del sitio o que sea conocido ordinariamente por medio del nombre de dominio, solo puede demostrar un interés legítimo si utiliza el sitio en forma no comercial o en ejercicio de su libertad de expresión o de realizar actividades que constituyan publicidad comparativa que, sin intención de atraer o desviar clientes a sitios de terceros o manchar la reputación de la marca de la cual el actor es titular. El lenguaje utilizado en la cláusula citada encuentra su fundamento en el *Federal Trademark Dilution Act*, y al igual que éste busca combatir las conductas que dañen el buen prestigio ganado por las marcas, pero en la práctica, dicha definición ha sido ampliada por los panelistas al aplicar la UDRP.<sup>76</sup> Lo anterior ha tenido el indeseable propósito de afectar la libertad de expresión de muchos ciudadanos que legítimamente quieren mostrar en el ciberespacio sus puntos de vista.

## 11. CONCLUSIONES

La UDRP representa un sorprendente avance en la protección de marcas en un ámbito completamente nuevo: el ciberespacio. Hasta ahora, muy pocos países han adoptado o promulgado leyes que permitan a los titulares de marcas y otros derechos de propiedad intelectual acudir a los tribunales para buscar

---

<sup>75</sup> Artículo 15 (e) de las Reglas de la UDRP, disponibles en: <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>

<sup>76</sup> Blackman, K. (2001) The Uniform Dispute Resolution Policy: A cheaper way to hijack Domain Names and Suppress Critics. Publicado en el Harvard Journal of Law and Technology del semestre de otoño de 2001. Volumen 15, número 1. Boston: USA. Harvard Law School. p. 235.



la tutela de sus derechos y de sus intereses. En Latinoamérica, muchos países no han reformado sus legislaciones, y ni siquiera se encuentran actualmente discutiendo alguna ley que permita lidiar con esta nueva problemática, ni sus tribunales se han visto dispuestos a aplicar las reglas generales del derecho civil o de la legislación especializada de propiedad intelectual para proteger los signos distintivos. En muchos otros casos, tampoco los particulares se han visto motivados para llevar sus controversias a los tribunales nacionales mediante un procedimiento jurisdiccional a fin de procurar un cambio legislativo a través de precedentes judiciales.

El panorama anterior nos deja con la visión de que la UDRP, y las demás políticas adoptadas por los administradores de dominios nacionales, han sido el único medio eficaz para dirimir controversias relativas a conflictos derivados del uso de marcas en nombres de dominio. Dicho sistema ha mostrado que una solución privada, sin la intervención de la administración pública, de los respectivos parlamentos de los países, ni de un tratado internacional, puede resultar exitosa y puede ser implementada en forma notablemente rápida. También ha demostrado que la privatización de la justicia en determinadas controversias especializadas puede resultar tan, o incluso más eficaz que los procedimientos jurisdiccionales nacionales; y que la inclusión de cláusulas por referencia mediante anexos a contratos privados mediante el uso del sacrosanto principio de la libertad contractual puede ser un recurso extremadamente flexible y ágil para crear todo un nuevo sistema normativo.

A pesar de lo anterior, aún hay muchos temas que podrían estudiarse con mas detenimiento para mejorarse, o para decirlo de otro modo, nuevos campos de batalla movidos donde intereses en conflicto buscarán crear el nuevo sistema de resolución de controversias relativo a nombres de dominio que estará vigente en el futuro cercano y que eventualmente influirá en las legislaciones nacionales de los diferentes países, ya sea mediante el proceso legislativo interno, o mediante la adopción y ratificación de instrumentos internacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- BECCERRA RAMÍREZ, M. (2004) La propiedad intelectual en transformación. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BLACKMAN, K. (2001) The Uniform Dispute Resolution Policy: A cheaper way to hijack Domain Names and Suppress Critics. Publicado en el Harvard Journal of Law and Technology del semestre de otoño de 2001. Volumen 15, número 1. Boston: USA. Harvard Law School. p. 235.
- DE LA VEGA, J. C. (1988) Diccionario consultor político. Buenos Aires: Librex. T. 3
- GARCÍA CORONO, I. G (2004) Derechos de propiedad industrial e Internet. Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en la Unión Europea y su importancia en México. Publicado en la revista Derecho Comparado de la Información Número 4 Julio-Diciembre 2004 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México: DF.
- PARDINI, A. A. (2002) Derecho de Internet. Buenos Aires: Ed. La Rocca.
- PARTRIDGE, M. V. B (2003) Guiding Rights: Trademarks, Copyrights and the Internet. Lincoln: USA Ed. iUniverse, Inc.
- SOLORIO PÉREZ, O. J. (2005) Aspectos de propiedad intelectual relacionados con los traductores presentado como ponencia en el marco del XIX Foro de Especialistas Universitarios en Lenguas Extranjeras FEULE el 9 de marzo de 2005, en el Paraninfo de la Universidad de Colima. Colima: Universidad de Colima.

## FUENTES ELECTRÓNICAS

- UCLA (2003) Internet Report. Surveying the Digital Future. Los Angeles: UCLA. disponible electrónicamente en [www.ccp.ucla.edu](http://www.ccp.ucla.edu)
- World Internet Usage and Population Statistics, consultada el 25 de marzo de 2005. Información disponible en el sitio oficial de Internet World Statistics en <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.
- Política Uniforme de Resolución de Conflictos relativos a Nombres de Dominio y sus reglas, consultadas el 25 de marzo de 2005. Información disponible en el sitio oficial de ICANN: <http://www.icann.org/tr/spanish.html>
- El reporte puede ser consultado en español en el sitio oficial del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, en: <http://arbitrator.wipo.int/processes/process1/report/index-es.html>
- Base de datos de casos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Información disponible en el sitio oficial del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, en: <http://arbitrator.wipo.int/center/faq/domains.html#16>

Anexo A de la Política de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio para .mx, consultada el 25 de marzo de 2005. disponible en <http://www.nic.mx/es/PoliticasyCATEGORIA=LDRP>.  
McCARTHY, k. (2001) Why ICANN's domain dispute rules are flawed: Part I, publicado por *The registrar*, consultado el 26 de marzo de 2005, disponible en: [http://www.theregister.co.uk/2001/07/11/why\\_icanns\\_domain\\_dispute\\_rules/](http://www.theregister.co.uk/2001/07/11/why_icanns_domain_dispute_rules/)

## CASOS Y LEYES CITADAS

*Intermatic Incorporated v. Dennis Toeppen* USDC, Northern District of Illinois, Eastern Division 947 F. Supp. 1227 (1996).  
*Panavision International v. Toeppen*, 11 F 3d 1316 (9th Cir. 1998).  
*Playboy Enterprises, Inc. v. Wells*, 7 F. Supp. 2d 1098 (SD Cal. 1998).  
*World Wrestling Federation Entertainment, Inc. v. Michael Bosman*. Case No. D99-0001.  
*Victoria's Secret v. This Domain For Sale*, NAF Case No. FA/96486.  
*Land O' Lakes, Inc. v. Offbeat Media, Inc.*, NAF Case No. FA/96451.  
*Nike, Inc. v. B. B. de Bore*, WIPO Case No. D2000-1937.  
*Online, Inc. v. Frank Albanese*, WIPO Case No. D2000-1604.  
*Lockheed Martin Corp. v. Dan Parisi*, WIPO Case No. D2000-1015.  
Ley de Propiedad Industrial.  
Ley Federal del Derecho de Autor.

# FUNDAMENTOS PARA TRANSFORMAR A LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO. PROPUESTAS Y JUSTIFICACIÓN PARA SU CONSECUCCIÓN

Mauricio Yanome Yesaki\*

“La sociedad que no tiene asegurada la garantía de sus derechos, ni tiene determinada la separación de poderes, carece de Constitución.”

Artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

## I. EXORDIO

El objeto de este estudio, consiste en analizar la ubicación de los tribunales administrativos desde el punto de vista constitucional; es decir, donde se encuentran situados, si dentro del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial, o si deben transformarse en órganos autónomos de los tres ya mencionados.

Expresado en palabras de Jorge Tristán Bosch<sup>1</sup>, trata de resolver la interrogante siguiente ¿a qué obedece esta doble orientación en pos del mismo ideal de una jurisdicción contencioso administrativa ejercida con

---

\* Generación 1991-1995 de la Universidad de Monterrey; Maestría en Derecho Fiscal por la Facultad de Derecho de la UANL. Profesor de derecho en diversas universidades. El Profesor Yanome, ha publicado diversos libros y artículos en el país y en el extranjero. Actualmente es Asistente Jurídico de la Contraloría Municipal de San Pedro Garza García y Profesor de la materia de Derecho Administrativo en el ITESM, Campus Monterrey.

<sup>1</sup> Jorge Tristán Bosch. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?* Argentina, Ed. Víctor P. De Zavalía, 1951. pp. 35-36.

independencia? Es decir, tanto el sistema francés como el judicial persiguen el mismo objetivo que la jurisdicción contencioso administrativa sea ejercida con independencia. Para responder a dicho cuestionamiento, en un sentido y en otro obran causas de dos órdenes, de hecho y teóricas, unas veces notablemente diferenciadas y otras inextricablemente confundidas.

El factor teórico de indiscutible mayor volumen que ha impulsado la evolución de las instituciones de contralor de la actividad administrativa en dos direcciones distintas, ha sido la doctrina de la separación de poderes, pero interpretada y aplicada diversamente, según el caso, y a este factor se han sumado influencias de hecho directamente vinculadas al pasado histórico, como ocurrió en Francia, o la corriente de ideas en que se inspiró la organización nacional, –Argentina– para ubicarlos dentro del Poder Judicial.

A fin de dejar debidamente delimitado el factor teórico, aplicado al caso mexicano, objeto de este ensayo, se apunta por un lado, que existe la corriente de los estudiosos del derecho que sostienen que los tribunales administrativos que actualmente se localizan adscritos al Poder Ejecutivo –Federal o Estatal– deben trasladarse a la esfera de competencia del Poder Judicial con base en una interpretación literal del contenido del artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por el otro, se encuentran algunos juristas que intentan transformar a los tribunales administrativos en tribunales autónomos, por lo que insisten en incluir de manera expresa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a los órganos constitucionales autónomos, pues aducen que éstos forman parte del constitucionalismo moderno, al ser un contrapeso adicional a los depositarios originarios del poder público, en consecuencia, pretenden conceder a los órganos jurisdiccionales en comento, una autonomía orgánica y funcional frente a los tres poderes clásicos, para así transformarlos en tribunales autónomos.

La interrogante antes apuntada, nos servirá de punto de partida para entender el por qué o la razón de la existencia de los tribunales administrativos dependientes ya sea del Poder Judicial, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo o reconocerlos y otorgarles las características inherentes a los órganos

constitucionales autónomos, que existen en México y que serán analizados en páginas posteriores.

La importancia y actualidad de este análisis, radica en que se exponen las razones y los fundamentos por los cuales en mi opinión, resulta imperativo que los tribunales administrativos obtengan una autonomía e independencia plena respecto del Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo, para así alcanzar un verdadero equilibrio de poderes.

Por ende, el fin último de este ensayo consiste en analizar la factibilidad de que sean transformados en autónomos de los tres poderes clásicos, asimismo en que pueda servir de base para presentar una iniciativa de ley en un futuro no muy lejano para actualizar la forma de organización del poder en México.

Por último, considero oportuno, –aunque sin extenderme demasiado por no ser el núcleo de este estudio–, examinar someramente el concepto de justicia pues no hay que olvidar que éste nació desde que los hombres entraron en conflicto y con él, los principios del derecho. Con el derecho se impone la presencia del juez y la codificación de las penas y los castigos, porque el juez es, con respecto al poder del Estado lo que el sacerdote con respecto al poder de Dios.

Así las cosas, la justicia administrativa es una porción o derivación de la justicia a que se refería Justiniano en sus *Institutas*, que se encarga de resolver los conflictos y controversias que surgen entre el poder público y los particulares. La existencia de este tipo de justicia trajo consigo la instauración de los tribunales administrativos.

## II. LA FORMULACIÓN CLÁSICA DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Hay un período en la historia de la humanidad que se conoce con el nombre de la Ilustración o Siglo de las Luces que comprende los años de 1685 a 1785. Dicho momento de la historia se inició en Inglaterra y se considera a John Locke, el filósofo iniciador de este movimiento cultural. Posteriormente pasó a Francia, nación en la que vivieron los más notables filósofos de la Ilustración. Las ideas de los pensadores ilustrados se difundieron por otros países

Europeos, transmitiéndose inclusive a las colonias americanas, inglesas y españolas. Con el transcurso del tiempo, el pensamiento de la Ilustración hizo sentir su influencia en todo el mundo y se puede afirmar que actualmente no hay lugar de la Tierra en el cual no estén presentes y vigentes las ideas de este movimiento cultural.

El movimiento de la Ilustración se desarrolló en los países europeos gobernados por reyes o monarcas absolutos que afirmaban que su derecho a gobernar les había sido concedido por Dios, y por lo tanto imponían su poder y voluntad sin límites a la población; en muchos casos llegaron a ejercer su mandato en forma frívola y caprichosa, llegando al extremo de ordenar la muerte de quienes se le opusieran o criticaran.

Los pensadores de la Ilustración consideraron que esta forma de gobernar de los reyes absolutistas no era la correcta, y expusieron ideas que negaban el derecho divino de los reyes para gobernar de manera absoluta y sin límites. Según el pensamiento político de los partidarios de la Ilustración, el mandato de los gobernantes se fundamentaba en el acuerdo o aceptación del pueblo para que algunos individuos del grupo social recibieran el encargo de gobernar, pero con la finalidad de ejercer el poder de la sociedad y de cuidar la vida, la seguridad, la propiedad, la libertad y la felicidad de todos. A estas ideas del origen del poder político y el gobierno, le dieron el nombre de contrato social.

La teoría del contrato social acerca del gobierno elaborada por el ginebrino Juan Jacobo Rousseau, enseñó a los hombres que el poder de los gobernantes pertenece al pueblo que se los concedió y que por lo tanto, cuando las personas autorizadas para ocupar los puestos del gobierno no lo ejercen correctamente y en beneficio del pueblo, auténtico dueño del poder político, los gobernantes pueden ser destituidos legalmente o derrocados por medio de una revolución.

Locke y Montesquieu formularon la teoría clásica de la división de poderes. Según Locke, para la fragilidad humana, la tentación de abusar del poder sería muy grande si las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tuvieran también el poder de ejecutarlas; porque podrían dispensarse entonces de obedecer las leyes que formulan y acomodar la ley a su interés privado, haciéndola y ejecutándola a la vez y en consecuencia, llegar a tener

un interés distinto del resto de la comunidad, contrario al fin de la sociedad y del Estado. Por su parte Montesquieu dice que, para que no pueda abusarse del poder es preciso que por disposición misma de las cosas, el poder detenga al poder<sup>2</sup> ya que "...todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales, de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o las diferencias de los particulares. Se puede temer que el mismo monarca o el mismo Senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Si estuviese junto con el poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitraria, si estuviese junto al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor..."<sup>3</sup>

Con la inclusión de esta teoría en los textos constitucionales de muchos países, llegó a convertirse en un dogma jurídico, y político contemporáneo, por lo que conviene recordar lo dicho por Carl Schmitt respecto de este principio al sostener que de la misma forma en que se alude a la Santísima Trinidad, llegó a sostenerse la existencia de tres funciones diversas y un sólo poder verdadero.

### III. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

La teoría de la división de poderes en México tiene sus antecedentes en el sistema político constitucional establecido por la Carta de Filadelfia promulgada en 1787. No obstante, resulta curioso destacar que el principio de la división de poderes recibió su primera consagración constitucional en México, debido a la influencia de las constituciones revolucionarias francesas, las que se apoyaron –aún cuando éstas contaban con diversos matices respecto del modelo norteamericano– en el pensamiento de John Locke y Montesquieu, y también con una influencia marcada de Juan Jacobo Rousseau

---

<sup>2</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*. México, Ed. Porrúa, 1991, p. 212.

<sup>3</sup> Luis Nueda y Antonio Espina. *La Los Mil libros*. México, Ed. Aguilar, 1992. Tomo I. p. 1209.



en cuanto consideró a la legislación como un producto de la voluntad general representada en la Asamblea Nacional.<sup>4</sup>

La formulación de esta teoría elaborada por Locke y Montesquieu, fue recogida por el Constituyente de Querétaro de 1917 y plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 49 el cual originalmente a la letra disponía:

El supremo poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.

Con la redacción de este artículo, la Carta Magna que actualmente nos rige, consagró los dos principios esenciales establecidos por los creadores del principio de división de poderes, que son, el respeto de la autoridad a los derechos de la persona y la sumisión del poder público a un conjunto de normas o leyes, los cuales se encuentran contenidos en los artículos 14 y 16 constitucionales que se refieren a la garantía de audiencia y de legalidad. Por tanto, para la realización de los actos de autoridad, la Constitución Federal mexicana establece –a decir de Felipe Tena Ramírez<sup>5</sup>– un procedimiento consistente en que para la validez de un mismo acto se necesite la participación cuando menos de dos poderes, así verbigracia, la celebración de un tratado internacional participan el Presidente de la República, titular del Poder Ejecutivo y el Senado, titular del Poder Legislativo, o bien, otorgando a uno de los poderes algunas de las facultades que no son peculiares de ese poder, sino de alguno de los otros dos, así por ejemplo, la facultad judicial que tiene el Senado, titular del Poder Legislativo para conocer de los delitos oficiales de los funcionarios con fuero.

---

<sup>4</sup> *Ibid.* Tomo II, pp. 1537-1539.

<sup>5</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe. *Ob. Cit.* México, Ed. Porrúa, 1991, p. 219.

Hasta aquí se puede concluir, que si bien es cierto, el principio de división de poderes en México tiene sus antecedentes en lo expuesto en la Carta de Filadelfia de 1787, también lo es que, los pensadores de la Ilustración coadyuvaron a forjar el pensamiento de los integrantes del Congreso Constituyente de Querétaro tan es así, que plasmaron en los artículos 39, 49 y 124 del Código Fundamental que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste; el principio de “división de poderes” y la distribución de competencias, respectivamente, estableciéndose así en el primero que el poder es uno solo; al igual que la verdad es única, lo que varían son las perspectivas para que el hombre la conozca, la acepte, la haga suya, así el poder tiene una triplicidad de órganos –personas o instituciones investidas de autoridad– y una triplicidad de funciones –modos de actividad estatal– según se desprende de la lectura del segundo y tercero de los artículos citados.

Por otra parte, este precepto a la fecha, sólo ha sufrido dos reformas constitucionales, la primera fue promulgada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 12 de agosto de 1938, que añadió al texto, la siguiente frase: “En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar.”

Como lo expresa con agudeza Héctor Fix-Zamudio,<sup>6</sup> con esta frase se suprimió de manera tajante cualquier posibilidad de delegación de facultades legislativas al Presidente de la República en condiciones normales.

La segunda modificación se dio para otorgar al Ejecutivo Federal, atribuciones legislativas para la regulación inmediata y flexible de la situación económica e impositiva, y por este motivo, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 28 de marzo de 1951, se reformó una vez más el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para agregarle otra excepción al otorgamiento de facultades legislativas al

---

<sup>6</sup> Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México, Ed. Porrúa, 2001. pp. 403-404.

Ejecutivo Federal, diversas a las situaciones de emergencia. Se reformó entonces la última frase del aludido precepto, para quedar como sigue: “...En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131 se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.”

Respecto de esta reforma, el maestro Héctor Fix-Zamudio,<sup>7</sup> señala que ésta significa que, previa autorización del Congreso de la Unión, la cual otorga invariablemente cada año al expedirse la Ley de Ingresos correspondiente, en los términos del artículo 65, fracción II de la propia Constitución, el Ejecutivo Federal puede modificar las disposiciones legales expedidas por las cámaras legislativas en materia de impuestos de importación y exportación, sin que esto agote la amplia gama de atribuciones que pueden también conferirse al Ejecutivo en cuanto al monto de los recursos financieros que pueden aplicarse a determinadas importaciones.

Estimo conveniente, transcribir, a continuación, el contenido del artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se encuentra redactado actualmente en nuestro texto fundamental, para evitar confusiones posteriores:

El supremo poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

El principio de división de poderes que consagra la norma fundante mexicana, no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el poder legislativo, el poder ejecutivo o el poder judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder.

---

<sup>7</sup> *Íbid.* p. 405.

Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los Poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva la facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de estricto derecho.<sup>8</sup>

Sirve de apoyo a lo anterior, la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE. La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de atribuciones de otro poder. Así el artículo 109 Constitucional otorga el ejercicio de facultades jurisdiccionales, que son propias del Poder Judicial, a las Cámaras que integran el Congreso de la Unión en los casos de delitos oficiales cometidos por altos funcionarios de la Federación, y los artículos 29 y 131 de la propia Constitución consagran las posibilidades de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativas en los casos y bajo las condiciones previstas en dichos numerales. Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, *motu proprio*, arrogarse facultades que correspondan a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quien se deposita el ejercicio del Supremo Poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea válido desde el punto de vista constitucional, que uno de los Poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario, en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para ser efectivas las facultades que le son exclusivas, y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para ser efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas

---

<sup>8</sup> CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *La división de poderes y las fuentes del derecho en México, algunas reflexiones*. Jurídica, Número 26, Anuario, 1996.

de excepción son de aplicación estricta. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 115-120, Tercera Parte, p. 65.

Amparo en revisión 4277/77. Héctor Mestre Martínez y coagraviados (acumulados). 30 de noviembre de 1978. 5 votos.

De la lectura de la jurisprudencia, antes transcrita, se advierte claramente, que no se puede interpretar de manera letrista el contenido del artículo 49 constitucional, en el sentido de pensar que las únicas excepciones permitidas al principio de división de poderes, se encuentran consignadas en los artículos 29 y 131, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues el principio en análisis en su sentido actual tiene que incorporar en su marco teórico a nuevas realidades políticas así como a los llamados órganos constitucionales autónomos.

O lo que es lo mismo —en palabras de Raymundo Gil Rendón—, la teoría de Montesquieu debe interpretarse de una manera en la que se aplique y se adapte a las circunstancias de los Estados modernos, pues han aparecido en todo el mundo órganos y entes que no forman parte de los tres poderes clásicos que propuso. Tal es el caso de los Tribunales Constitucionales europeos, de los Consejos Económicos y Sociales de Europa o los Tribunales de Fiscalización, por mencionar algunos.

En consecuencia, la fortaleza de los órganos del Estado no se determina con relación a sí pertenecen o no a uno de cualquiera de los tres depositarios clásicos del poder público, sino en virtud a su capacidad de decisión y organización.

#### IV. HACIA UN AUTÉNTICO EQUILIBRIO DE PODERES EN MÉXICO

En este apartado pretendo exponer mi postura sobre la forma en cómo debe a mi juicio de interpretarse en la actualidad el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual como vimos con anterioridad, sólo ha sufrido dos reformas a lo largo de casi noventa años de vigencia de este ordenamiento fundamental.

Por lo tanto, propongo transformar este principio, pues el régimen político mexicano imperante está demandando nuevas estructuras y formas de actuar, por lo que se hace indispensable incorporar en su marco teórico-constitucional a los órganos constitucionales autónomos, pues el Estado no se puede reducir ya a la división tripartita de poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– pues al existir instituciones expresamente reconocidas como organismos autónomos en la Constitución Mexicana, tales como el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Banco de México, entre otros, si bien es cierto éstos son jurídicamente constitucionales, por estar establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también lo es que la institución como tal no existe en la norma fundamental, por lo que se requiere su inclusión de manera expresa, dentro del contenido del artículo 49 del referido ordenamiento, pues la teoría de la división de poderes es concebida en la actualidad como “una distribución de facultades entre órganos del Estado necesitados todos ellos de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas.”<sup>9</sup> Esto debe darse a la brevedad posible para fijar con certeza la posición de estos órganos frente a los poderes oficiales.

Esta concepción actual de la teoría sostenida por el barón de Montesquieu, hace imperativo que se reforme el artículo en estudio, para permitir la inclusión de los órganos constitucionales autónomos dentro del principio de división de poderes, pues como lo señala Héctor Fix-Zamudio existe: “un marcado consenso entre los partidos, el propio gobierno y la sociedad en general, de que es preciso restaurar el sentido prístino de división de poderes y generar un nuevo arreglo entre dichos poderes.”<sup>10</sup>

En este sentido, se ha puesto a consideración del Congreso de la Unión, una iniciativa de ley,<sup>11</sup> publicada en la Gaceta Parlamentaria del día 30 de abril

---

<sup>9</sup> Raymundo Gil Rendón. *La nueva forma de organización del poder en México: reingeniería constitucional*. Disponible [en línea]: <http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis/archivos/arta2.pdf#search=´organos%20constitucionales%20autónomos´>

<sup>10</sup> Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona. *Ob. cit.* p. 409.

<sup>11</sup> Jesús Galván Muñoz. Proyecto de decreto que reforma los párrafos primero y segundo del artículo 49 y el primer párrafo del artículo 108 de la Constitución Política de los

del 2003, en donde se asienta de manera sustancial, en la exposición de motivos lo siguiente:

Afirmamos que el sistema de separación de poderes es atributo del Estado de Derecho y principio básico del Estado Constitucional. Sostenemos que el sentido y objetivo de la separación y división de las funciones del Estado, es el establecimiento de un sistema de equilibrio entre los órganos constitucionales, que al controlarse recíprocamente, evitan la concentración indeseable de autoridad en una persona o en un órgano, y si no descartan, reducen la posibilidad de abusos de poder por parte de la autoridad, creando además recursos jurídicos para combatirlos.

Estamos convencidos de que la división de poderes, consagrada en nuestra Constitución en el artículo 49, tanto para el orden federal como para el de las entidades federativas, debe regir, cada vez más con mayor autenticidad y eficacia.

Sin embargo, la experiencia en la evolución constitucional mexicana permite replantear hoy el valor dogmático del principio de división de poderes, pues actualmente no es admisible la idea de una separación absoluta e impermeable entre los órganos estatales, de acuerdo con la cual a cada uno de ellos corresponde el ejercicio exclusivo y excluyente de una única y determinada función gubernativa.

En esta dinámica, la aparente rigidez de la división de poderes no solamente ha tendido hacia una coordinación funcional mediante la colaboración de los tres poderes tradicionales –legislativo, ejecutivo y judicial– sino hacia la inclusión en el texto constitucional mexicano de organismos públicos dotados de un grado de autonomía respecto de aquéllos, suficiente para pretender el logro de objetos tan variados como el control inflacionario, la organización de las elecciones o la defensa de los derechos humanos.

Estos organismos representan una evolución en la teoría clásica de la división de poderes, porque se entiende que pueden haber órganos ajenos a los poderes tradicionales, sin que se infrinjan los principios democráticos o constitucionales.

Así, a pesar de la creación del Banco de México, el Instituto Federal Electoral o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos mediante tres distintas reformas a nuestra Constitución Política, lo cierto es que el constituyente permanente no ha dado el paso para reconocer en el artículo 49 de nuestra ley fundamental, que la coordinación de las funciones del Estado ya no solamente se encuentra restringida al ámbito de los poderes federales primarios, sino que se ha desplazado parcialmente al seno de los órganos constitucionales autónomos...

Reformar el artículo 49 constitucional con el fin de hacer hincapié en que el principio de división de poderes no significa solo una separación de las funciones del Estado sino también una auténtica colaboración y coordinación de funciones, para con ello reconocer al máximo nivel la sana interdependencia institucional existente en un régimen democrático;...

Reformar el artículo 49 constitucional con el fin de incluir la participación de los organismos constitucionales autónomos, para dar coherencia a la existencia de los mismos dentro del sistema constitucional...

Por su parte la redacción que se propone al texto del artículo en estudio es la siguiente:

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se integrará por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como por los órganos autónomos que esta Constitución instituye. Será obligación de cada uno de ellos colaborar coordinadamente en sus respectivas funciones con los demás, según lo establecido por esta Constitución.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes u organismos en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 131 segundo párrafo.

Con la iniciativa antes transcrita, se demuestra la preocupación del Poder Legislativo de transformar y actualizar la teoría del barón de Secondant, recogida por la Constitución Mexicana en su artículo 49, para adecuarla a los cambios políticos y sociales que requiere nuestro país, para lograr un verdadero equilibrio de poderes y como consecuencia de ello, un verdadero estado de derecho en el que la ley impere en la sociedad y sujete tanto al poder público como a los gobernados, o dicho en palabras de García de Enterría: "...la Ley es el instrumento necesario para la libertad, tanto por su origen en la voluntad general como por su efectividad como pauta igual y común para todos los ciudadanos, a la que todos pueden invocar y en la que todos deben poder encontrar la justicia que la sociedad les debe."<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez. *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. España, Ed. Civitas, 2000. p. 55.



En este sentido, ya se dio el primer paso, al presentarse la iniciativa en comento, solamente falta que la mayoría del Poder Legislativo, esté convencido de las transformaciones que requiere México, para adecuar nuestra norma suprema a las necesidades que demanda la sociedad, por lo que espero que esta iniciativa tenga un final feliz, es decir, encuentre el camino que marca el artículo 135 constitucional, para ver muy pronto, la modernidad de nuestra Carta Fundamental.

Inclusive, si se reforma el principio de división de poderes establecido en el referido artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –ya sea en los términos propuestos por la iniciativa en estudio o como se propone en la parte final de este ensayo– se habrá logrado una revolución científica en los términos de Thomas Kuhn, puesto que el paradigma sobre el cual descansa dicho principio, sería superado para dar paso a una distribución del poder en cuatro vertientes: poder ejecutivo, legislativo, judicial y órganos constitucionales autónomos.

## V. LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Quisiera en este apartado abarcar todos los aspectos relativos a los órganos constitucionales autónomos, sin embargo, por la naturaleza de este ensayo y por la abundancia del tema, considero imposible tal situación, por lo que me veré forzado a sintetizar lo que a mi juicio es lo más importante para los efectos de este opúsculo.

La constante renovación de las relaciones sociales del hombre con sus semejantes hace que todas las instituciones que crea para gobernarse se transformen y en otras ocasiones desaparezcan para satisfacer las necesidades de su tiempo y lugar, es así que los principios constitucionales que regulan el ejercicio del poder público, no podían permanecer estáticos ante las actuales demandas sociales, en donde su concentración excesiva hace que los fines estatales se pierdan, en perjuicio de la clase gobernada, quebrantando toda posibilidad de convivencia solidaria del hombre en sociedad.

El establecer órganos del Estado con autonomía en la toma de decisiones y en su estructura orgánica, responde a la exigencia de salvaguardar el Estado de Derecho, el respeto a los derechos humanos y los principios constitucionales que rigen al Estado, para permitir la coexistencia armónica de toda agrupación humana. Los órganos autónomos nos permiten observar la transformación de los principios asentados en la teoría de la división de poderes y es el resultado de la flexibilidad y ampliación de las ideas que se instituyeron para limitar el poder político en beneficio de la libertad de los hombres que viven sujetos a las leyes.

Tienen su origen en la segunda década del siglo XX, por la excesiva violación de los derechos del hombre, durante la primera posguerra mundial con el establecimiento de los tribunales constitucionales en los textos fundamentales de los países europeos y se fortalecen durante la segunda, pero su desarrollo se encuentra en el siglo pasado, extendiéndose su adopción en Asia y América en estados con regímenes totalitarios.

Los órganos constitucionales autónomos, son definidos por Jaime F. Cárdenas Gracia, como: "...aquellos inmediatos y fundamentales establecidos en la Constitución y que no se adscriben claramente a ninguno de los poderes tradicionales del Estado."<sup>13</sup>

La definición anterior, a juicio del maestro Yasbe Manuel Carrillo Cervantes,<sup>14</sup> es incompleta y parcialmente correcta, motivo por el cual propone el siguiente concepto:

...son órganos públicos con independencia en sus decisiones y estructura orgánica, depositarios de funciones estatales que se buscan despolitizar, especializar, agilizar, independizar, controlar y hacer más transparentes ante la sociedad, teniendo la misma igualdad constitucional ante los otros tres depositarios tradicionales del

---

<sup>13</sup> Jaime F. Cárdenas Gracia. *Una Constitución para la Democracia*. México, Ed. UNAM., 2000.

<sup>14</sup> Yasbe Manuel Carrillo Cervantes. *La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado* Disponible [en línea]: <http://www-azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/39-12.html>

poder público y, por tanto, deben ser considerados como órganos inmediatos del Estado.

De las definiciones apuntadas, se desprende que la característica primordial de estos órganos radica en la plena autonomía, que deben gozar frente a los poderes tradicionales, es decir, en la posibilidad que tienen para actuar sin la intervención de ningún otro poder, en las funciones que les han sido atribuidas, independizándolos de la jerarquía existente en la administración pública y colocándolos claramente fuera de la organización de los depositarios tradicionales del poder público, asentando su regulación en el texto constitucional, lo cual los hace tener una misma igualdad con relación a los demás órganos inmediatos del Estado.

En consecuencia, las relaciones que guardan los órganos autónomos con los depositarios clásicos del poder público son las de colaboración en el control de la constitucionalidad y legalidad en el fortalecimiento de la democracia, por lo que se requiere de su fortalecimiento constitucional, es decir, las relaciones entre ambos, deben ser los de igual a igual oponiendo su inmediatez constitucional, para lograr los fines para los cuales fueron establecidos, que no son otros que los de evitar la concentración y abuso del poder público.

Cabe señalar que en México ya existen este tipo de órganos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque formalmente no se les denomine “órganos constitucionales autónomos” por lo que su reconocimiento en dicho ordenamiento, nos permite, observar la flexibilidad y ampliación del principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 del referido Código Fundamental, faltando solamente su inclusión dentro del texto del artículo en cita.

Los órganos autónomos hasta ahora reconocidos en la Carta Magna, son el Instituto Federal Electoral, el Banco de México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Universidad Nacional Autónoma de México. Su incorporación ha permitido lograr resolver los conflictos políticos-sociales que se han presentado en nuestro país, si no del todo sí en la medida para

permitir la convivencia entre los distintos intereses que existen en la sociedad mexicana.

Sin embargo, existen otros, que todavía no alcanzan la plena autonomía que deben gozar, tal es el caso, a mi juicio, de los tribunales administrativos, los cuales se dice que son órganos jurisdiccionales de justicia delegada,<sup>15</sup> ya que sólo tienen autonomía para dictar sus fallos, pues no se encuentra reconocida en la norma fundamental su independencia orgánica, aunque cabe hacerse la siguiente interrogante ¿de quien reciben delegación de funciones estos tribunales? De nadie, sino su creación y competencia dependen de la norma jurídica.

Es cierto que en su origen tuvieron esa característica, tan es así que en el artículo primero, segundo párrafo de la Ley de Justicia Fiscal de 1936 se estableció lo siguiente: “El Tribunal Fiscal dictará sus fallos en representación del Ejecutivo de la Unión, pero será independiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de cualquier otra autoridad administrativa.” No obstante, esta característica fue suprimida con la entrada en vigor del Código Fiscal de 1967, así como por la primera Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, expedida también ese año, para cambiar la fórmula a como la conocemos ahora: “El Tribunal Fiscal es un tribunal administrativo, dotado de plena autonomía”.

Por ende, los tribunales administrativos, específicamente el entonces denominado: Tribunal Fiscal de la Federación, dejó de ser formalmente un tribunal de justicia delegada, para convertirse en un verdadero tribunal autónomo, para evitar que el Poder Ejecutivo funja como juez y parte en el conocimiento de las cuestiones administrativas de las cuales el Poder Judicial conoce en segunda instancia. Así las cosas, resulta necesario desincorporarlos orgánicamente del Poder Ejecutivo –Federal o Estatal– para lograr así una verdadera independencia personal e institucional por parte de los Jueces y Magistrados, adscritos a dicho órgano jurisdiccional en su actuar.

---

<sup>15</sup> La justicia delegada es definida por Carlos Rendón Bonilla, como la porción de facultades jurisdiccionales restadas al Poder Judicial y depositada en órganos que actúan en jurisdicción pero que no dependen de ninguno de los poderes en conflicto.

Para finalizar, debo apuntar que el establecimiento de los órganos constitucionales autónomos en México, significa un gran avance hacia una mejor convivencia democrática, pacífica y de respeto a los derechos fundamentales del hombre en la sociedad mexicana, en la que debemos seguir contribuyendo con instituciones más fuertes e independientes en su desempeño para lograr plenamente los fines del Estado.

## VI. EL NACIMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Con motivo del triunfo de la revolución francesa, surge la justicia administrativa como institución y como técnica, en consecuencia, se hace necesaria la creación de órganos jurisdiccionales encargados de administrar este tipo de justicia, dando origen a los denominados “tribunales administrativos” los cuales se encuentran de forma paralela a los similares judiciales. No obstante, los primeros se encuentran adscritos al Consejo de Estado francés, dependiente del Poder Ejecutivo, mientras que los segundos se encuentran adscritos al poder judicial.

Respecto del Consejo de Estado francés, cabe apuntar, –siguiendo las ideas expuestas por Franck Moderne<sup>16</sup>– que éste fue creado originalmente como una asamblea política y no como un juez administrativo. No fue establecido para juzgar a la administración, sino para ayudar al Poder Ejecutivo, para aconsejarlo y resolver las dificultades que pudieran existir en materia administrativa. Estaba encargado de redactar los proyectos de ley y los proyectos de decretos, en su calidad de consejero del gobierno, remplazando así al Consejo del Rey que existía antes de la Revolución. En materia de resolución de los litigios administrativos, su función era la misma: el Consejo de Estado permite decidir al gobierno, a los ministros, al jefe de gobierno, es decir, la ejecución de las decisiones tomadas en esta materia era ejercida por el propio gobierno, por tanto, el Consejo de Estado no juzgaba todavía a la administración.

---

<sup>16</sup> Libardo Rodríguez R. (coord.) *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*. Colombia, Ed. Temis, 1999. pp. 26-41.

Es a partir de 1872, con la caída del Segundo Imperio francés, cuando el Consejo de Estado recibió del legislador el poder de administrar justicia en nombre del pueblo. Es lo que denominamos justicia delegada. A partir de esa fecha, las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado llevaron al establecimiento de un régimen denominado administrativo, es decir, un conjunto de normas de fondo que gobiernan la acción y la organización de la administración. El mismo Consejo de Estado, convertido en juez, ejerció sobre la administración un control cada vez más riguroso.

Raros son –en Francia– los actos administrativos que han escapado al control del juez administrativo, del Consejo de Estado en primer lugar, pero también de los Consejos de Prefecturas y más tarde de los tribunales administrativos.

Éstos últimos, –señala Jorge Tristán Bosch– reúnen en Argentina, las siguientes características a saber: primera, no forman parte del Poder Judicial, sino del Poder Administrador; segunda, carecen enteramente de vinculación con el Poder Judicial: sus decisiones tienen carácter final, siendo irreversibles por los tribunales judiciales; tercera, actúan separados de los órganos que cumplen las funciones propiamente administrativas y que en su conjunto se denominan “administración activa” y; cuarta, gozan de una competencia en materia contencioso administrativa establecida por cláusula general, o sea, son tribunales de derecho común en materia administrativa.<sup>17</sup>

Por tanto, conforme a este sistema, todo juicio en el que la administración pública sea parte, debe ser dirigido y solucionado por un organismo jurisdiccional especializado que está dentro de la misma administración pero que es independiente de aquella. Esto es, mediante Tribunales no dependientes del Poder Judicial y cuya misión primordial fue dirimir dichos conflictos de corte estrictamente administrativos.

La Asamblea Constituyente francesa consideró que la función que hoy denominamos “jurisdicción contencioso-administrativa” era una función administrativa en sentido material, lo que la obligaba, de acuerdo a dicho

---

<sup>17</sup> Jorge Tristán Bosch. *Ob. cit.* p. 25.

principio, a conferirla al Poder Ejecutivo. La razón de no haberlos atribuido al órgano judicial consiste en que se habría violado el segundo principio correlativo al de especialización, el principio absoluto de independencia de órganos, puesto que el judicial hubiera aparecido juzgando los actos del órgano jurisdiccional.<sup>18</sup>

Así se aprecia en el Título III, Capítulo V, artículo 3, de la Constitución Francesa de 1791,<sup>19</sup> en donde se plasmó lo siguiente:

Las funciones judiciales son y permanecerán separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación interferir [molestar] de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.

Siguiendo este orden de ideas, estimo necesario señalar –tomando prestadas las palabras de Eduardo García de Enterría– que la seguridad con la que el Consejo de Estado francés edifica su gran construcción de la justicia administrativa va a generar a la vez, su prestigio ante las demás naciones europeas y el afán de éstas por implantar en sus países un sistema que se acomodaba exactamente con el ideal liberal consistente en el derecho de no estar sometido más que a las leyes.

Todos los Estados europeos que construyeron sus Administraciones sobre el prestigioso modelo administrativo francés, incluyen en éste, generalmente, la pieza del Consejo de Estado y, con ella, la de su función contencioso-administrativa, por tanto, los países seguidores de este modelo se encuentran bajo el sistema denominado “administrativista.”

No obstante, en la segunda mitad del siglo XIX, se erige un nuevo sistema para la administración de la justicia administrativa denominado: “sistema belga”

---

<sup>18</sup> Enrique Jirón Vargas. *Lo contencioso administrativo*. Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1959. p. 139.

<sup>19</sup> Eduardo García de Enterría. *La justicia administrativa en el cambio de siglo*. México, Ed. Fundap, 2003. p. 32.

caracterizado por la entrega de lo contencioso-administrativo a los jueces ordinarios, naciendo así, el sistema denominado “judicialista.”

En conclusión, se infiere, que ambos sistemas encuentran su fundamento en la teoría elaborada por el barón de Secondant, no obstante, su diferencia estriba en que en el sistema francés o administrativista considera que el poder judicial no debe intervenir en la labor del ejecutivo, razón por la que la administración pública debe autojuzgarse, mientras que a la luz del sistema belga o judicialista se pretende dar una interpretación literal o letrista como originalmente fue concebido el principio de división de poderes, por lo que, al ser la función jurisdiccional reservada al Poder Judicial, éste debe de conocer en única instancia de las cuestiones contencioso administrativas; es decir, este principio implica la idea de que el poder detenga al poder y que por tanto, el poder judicial debe detener al poder ejecutivo.

## VII. LA INSTAURACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

Los antecedentes más remotos de este tipo de órganos jurisdiccionales se encuentran, en la época colonial en donde los conflictos que surgían con motivo de los actos y resoluciones administrativas se resolvían a través de la Audiencia de México, ya que en la Nueva España había dos audiencias, una residía en la Ciudad de México y la otra en Guadalajara, la cual era el órgano encargado de conocer de dichos conflictos, en su calidad de máxima autoridad política, legislativa y judicial con sede en la Nueva España.<sup>20</sup>

La audiencia conocía de las impugnaciones contra los fallos de los Gobernadores, Regidores y Alcaldes, dictados en los negocios contenciosos, y en el ámbito administrativo conocía en alzada de las resoluciones que en

---

<sup>20</sup> Jaime Cadena Rojo. *Orígenes y desarrollo del Contencioso Administrativo en México*. Revista del Tribunal Fiscal de la Federación. Segundo número extraordinario. México, Ed. Tribunal Fiscal de la Federación. s/a . pp. 217-219.



asuntos de gobierno dictaban los Virreyes, siempre y cuando hubiese agraviado un interés particular.<sup>21</sup>

Podía darse el caso de que las autoridades responsables –en este caso los Virreyes y Gobernadores–, insistiesen en la validez de sus actos. En dicho supuesto tenían derecho a impugnar la resolución emitida por la audiencia ante el Real Consejo de Indias, para que resolviera en última instancia si prevalecía la disposición de la audiencia o la gubernativa.<sup>22</sup>

En la Constitución de 1814 y los demás ordenamientos expedidos durante la época de la Independencia no estatuyeron sistema alguno de carácter jurídico que permitiera a los particulares impugnar las actuaciones administrativas.<sup>23</sup>

Un breve análisis de la Carta Magna de 1824, permite observar la influencia del sistema judicialista, tanto de la española como de la anglosajona. De acuerdo con el modelo de la Constitución de Estados Unidos de América éste solo dibujó en el texto constitucional la estructura del Poder Judicial y confirió a la legislación ordinaria y al derecho común jurisprudencial el dar sustancia a la estructura, la Constitución Mexicana de 1824 establecía que el Poder Judicial residiría en una Suprema Corte de Justicia, en Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito.<sup>24</sup>

En dicho Código Fundamental, en su artículo 137 fracción II a la letra estableció:

Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes:

1ª. Conocer de las diferencias...

2ª. Terminar las disputas que se susciten sobre contratos o negociaciones celebradas por el supremo gobierno o sus agentes...

---

<sup>21</sup> José Luis Vázquez Alfaro. *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*. México, Ed. UNAM, 1991. p. 127.

<sup>22</sup> *Ibíd.* p. 128.

<sup>23</sup> Ramón Martínez Lara. *El sistema contencioso administrativo en México*. México, Ed. Trillas, 1990. p. 85.

<sup>24</sup> José Luis Vázquez Alfaro. *Ob. Cit.* p. 121.

Con base en lo anterior se puede apreciar un aspecto muy restringido del proceso administrativo. Además, entre otras de sus facultades se encontraba la de “conocer de las infracciones a la Constitución y a las leyes generales, según se prevenga de la ley”. (artículo 137, fracción V, párrafo sexto de la Constitución de 1814), de lo que también nos ofrece constancia el artículo 138. Sólo una interpretación extensiva de los textos constitucionales nos permitiría inferir la existencia de una jurisdicción administrativa encargada al Poder Judicial.<sup>25</sup>

En el régimen centralista se trató de implantar un sistema de lo contencioso administrativo al estilo francés, pues en las Bases Orgánicas del 12 de Junio de 1843 se estableció en la fracción II del artículo 119, que la Suprema Corte de Justicia no podría conocer de los asuntos gubernativos o económicos de la Nación o de los Departamentos. Al mismo tiempo se organizó el Consejo de Estado, el cual tenía la obligación de dar su opinión al Gobierno en todos los asuntos que se le consultaran.

El 25 de mayo de 1853 se dictó la primera ley y su reglamento para el arreglo de asuntos de lo contencioso administrativo, producto del pensamiento de Don Teodosio Lares, que organizó lo contencioso administrativo con las características del sistema francés, en lo que respecta a la “justicia retenida”, toda vez que era la misma administración activa la que conocía de las controversias que se suscitaban con su actuación, y no un organismo autónomo con jurisdicción y decisiones propias.<sup>26</sup>

Dicha Ley, denominada “*Ley Lares*,” declaró en forma precisa el principio de separación de las autoridades administrativas de lo judicial, al señalarse en su artículo primero lo siguiente: “no corresponde a la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas” sobresaliendo con esta afirmación categórica –en palabras de Pedro Javier Resendez Medina<sup>27</sup>–

---

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 130.

<sup>26</sup> Antonio Carrillo Flores. *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública en México*. México, Ed. Porrúa, 1939. p.187.

<sup>27</sup> Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tabasco. *Colección de Textos Clásicos de Justicia Administrativa*. México, Ed. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tabasco, 1998. p. 1.

una secreta y primaria intención que indica que ninguno de los tres poderes debe inmiscuirse en juzgar al otro... [por tanto las resoluciones de las controversias] entre los órganos del gobierno y los particulares [deben ser resueltas] por conducto de un Tribunal autónomo con plena jurisdicción e imperio para hacer cumplir sus resoluciones.

Así se iniciaba la formación de Tribunales Administrativos con separación expresa del orden judicial, norma de singular importancia como antecedente directo del actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y los tribunales estatales de la misma naturaleza.

Con la promulgación de la Constitución de 1857 se instituyó formalmente el juicio de amparo, dando pie a que eminentes juristas mexicanos del siglo XIX llegaran a decir que el contencioso administrativo no tenía cabida en la regulación jurídica nacional. Tan es así que a partir de 1857 y los años subsecuentes, el desarrollo del contencioso administrativo sufrió un estancamiento debido a que la fracción I del artículo 97 de la Constitución de ese año, establecía lo siguiente:

Art. 97. Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

- I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales;
- II. De los que versen sobre...

Dicho artículo dio origen a tres importantes tesis: la primera sostenida por Ignacio L. Vallarta; la segunda por Mariscal, y la tercera por Rafael Ortega, Emilio Rabasa y Gabino Fraga.

Según la primera de ellas, de acuerdo con dicho precepto se podían tramitar en juicio ordinario, sin necesidad de reglamentación alguna, las controversias encaminadas a impugnar los actos de la administración violatorios de las leyes federales; para Mariscal no era posible tramitar juicio alguno en contra de la administración si no existía una ley reglamentaria que otorgara competencia a los Tribunales para conocer de tales asuntos; la tercera postura, excluía la posibilidad de que el precepto en cuestión permitiera la tramitación de juicios de los particulares en contra de la autoridad.

Estimo que requiere mención especial la primera de ellas, para consideraciones posteriores dentro de este ensayo, pues en su célebre voto a la sentencia de amparo pedido contra la declaración de caducidad hecha por la autoridad administrativa, de la concesión de un ferrocarril, el que fuera Presidente de la Suprema Corte de Justicia bajo el régimen de la Constitución de 1857, sostuvo respecto de la institución de lo contencioso administrativo en México lo siguiente:

Entre nosotros, en nuestra legislación nacional, existe también una ley que consagra esa institución de lo contencioso-administrativo. Es la de 25 de Mayo de 1853 y su reglamento de la misma fecha, expedidos por el dictador Santa-Anna. Pero ¿puede ser compatible con nuestro Código fundamental semejante institución que hace al Poder administrativo, en ciertos casos, juez de los negocios en que es parte? Sin analizar en todos sus pormenores esta cuestión, porque esto no es del caso, basta para resolverla negativamente la lectura de algunos textos de la Constitución. No puede el Poder administrativo de la República, juzgar, fallar litigios aunque sean suscitados entre él y los particulares, porque el artículo 50 de esta ley prohíbe que ese Poder y el judicial se reúnan en una persona o corporación. Y los artículos 97 y 98, lejos de permitir que el Poder ejecutivo juzgue aún sobre sus propios contratos, encomiendan expresamente al judicial la facultad de conocer de las controversias sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales y de aquellas en que la Federación fuere parte. Estos textos son decisivos y sin necesidad de citar nuestras leyes constitucionales desde las más antiguas, como la de 14 de Febrero de 1826, que consignan al Poder Judicial el conocimiento de las disputas que se susciten sobre contratos celebrados aún por el Ejecutivo federal, es imposible entre nosotros aceptar lo contencioso-administrativo, sostener como constitucional la facultad de que la administración goza en otras naciones, de fallar asuntos litigiosos.

Cualesquiera que sean las razones que se invoquen en favor de la institución de lo contencioso-administrativo y sería muy fuera de propósito mencionarlas siquiera en este lugar, no es posible dudar que ella está reprobada por la ley fundamental. Pero si bien esto es indisputable, no se debe de ello seguir que sea de la competencia de los tribunales conocer de toda cuestión que se promueva con motivo de las obras de utilidad pública, o de asuntos de interés general. Esto sería privar a la administración de sus facultades propias, y canonizar la invasión del Poder judicial sobre el Ejecutivo. Por esto, y para que no se imputen errores que no abrigo, me apresuro a decir que a pesar de las opiniones que he indicado, y conforme a ellas, yo el primero reconozco la competencia de la autoridad administrativa en

esos asuntos de interés general, como construcción y conservación de caminos, canales y ferrocarriles, desagües, desecación de pantanos, cobranza de impuestos, policía, etc. *por las mismas razones que niego al Poder administrativo la facultad de fallar asuntos contenciosos, niego también al judicial la de resolver negocios administrativos. Considero anticonstitucionales esos dos extremos, que confunden las atribuciones de dos poderes.*

[La cursiva es mía]

Aunque en principio general es bien difícil marcar el límite preciso en que termina lo administrativo (competencia del Poder ejecutivo) y en que comienza lo contencioso (competencia del Poder judicial), es por fortuna, innecesario en este amparo, descender hasta las últimas dificultades de esta materia...<sup>28</sup>

Con base en el voto anterior, los tratadistas de aquella época se concretaron a sostener por un lado, que en nuestro país, la institución de lo contencioso administrativo, estaba reprobada por la ley fundamental y por otro, que dicha institución era sustituida y con ventajas por el juicio de amparo.

Sin embargo, se ha dicho, y se sigue sosteniendo nunca pudo ni podrá suplir el juicio de amparo al contencioso administrativo, en virtud de que el primero no está facultado para resolver todos los problemas que se suscitan en el ámbito de la justicia administrativa.

Ahora bien, el movimiento revolucionario de 1910 en México, no tenía por objeto derogar —si así se le puede denominar— el contenido de la Constitución de 1857, razón por la que se mantuvo en la que actualmente nos rige el principio de división de poderes y el sistema judicialista como estaba establecida en aquella, en consecuencia, eran los tribunales judiciales los competentes para conocer las controversias administrativas, pero en ningún momento pasa por la mente de los integrantes del Poder Constituyente de 1917, la idea de instituir tribunales administrativos.

Con la publicación de la Ley de Justicia Fiscal en el Diario Oficial de la Federación en fecha 31 de agosto de 1936, expedida por el entonces Presidente

---

<sup>28</sup> Ignacio L. Vallarta. *Obras*. México, Ed. Porrúa, 1989. Tomo I. pp. 351-353.

de la República, Lázaro Cárdenas, en uso de facultades extraordinarias, que para la organización de los servicios hacendarios fueron otorgadas por el Congreso General mediante decreto publicado en el mismo órgano de difusión oficial de fecha 30 de diciembre de 1935, se plasmaron las directrices para la creación de Tribunales Administrativos que conocieran de controversias que surjan entre la Administración Pública Federal y los particulares. Conviene traer a colación la parte sustancial de la exposición de motivos de dicha Ley:

La Ley de Justicia Fiscal...representa el primer paso para crear en México tribunales administrativos dotados de la autoridad –tanto por lo que hace a las facultades, como a forma de proceder y a situación orgánica– que es indispensable para que puedan desempeñar con eficacia funciones de control de la administración activa en defensa y garantía del interés público y de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

En cuanto al problema de la validez constitucional de la ley que cree un tribunal administrativo en sentido formal, ha de resolverse afirmativamente, pues si bien, como unánimemente se reconoce en la doctrina mexicana, no pueden crearse tribunales administrativos independientes en absoluto, esto es, con capacidad para emitir fallos no sujetos ya al examen de ninguna autoridad, dado que existe la sujeción, ya apuntada, a los tribunales federales en vía de amparo; nada se opone, en cambio, a la creación de tribunales administrativos que, aunque independientes de la administración activa, no lo sean del Poder Judicial.

Por lo demás, es innegable que la jurisprudencia mexicana, a partir sobre todo de 1929, ha consagrado de una manera definitiva que las leyes federales y en general todas las leyes, pueden conceder un “recurso o medio de defensa para el particular perjudicado”, cuyo conocimiento atribuyan a una autoridad distinta de la autoridad judicial y, naturalmente, en un procedimiento diverso del juicio de amparo. Más aún, la jurisprudencia de la Suprema Corte ni siquiera ha establecido que ese recurso o medio de defensa sea paralelo respecto del juicio de amparo, sino que inclusive ha fijado que la prosecución de aquel constituya un trámite obligatorio para el particular, previo a la interposición de su demanda de garantías. Esta tesis de la Corte no solamente ha sancionado los recursos propiamente administrativos (el de oposición ante la propia autoridad, llamado entre nosotros “reconsideración” y el jerárquico), sino también los procedimientos jurisdiccionales: la Junta Revisora del Impuesto sobre la Renta, el Jurado de Infracciones Fiscales y el Jurado de Revisión del Departamento del Distrito (para no citar unos cuantos ejemplos típicos)

han podido funcionar sin que en ningún momento la Suprema Corte haya objetado su constitucionalidad.

El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos); pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras: será un tribunal administrativo de justicia delegada, no de justicia retenida. Ni el presidente de la República ni ninguna otra autoridad administrativa, tendrán intervención alguna en los procedimientos o en las resoluciones del Tribunal. Se consagrará así, con toda precisión, la autonomía orgánica del cuerpo que se crea; pues el Ejecutivo piensa que cuando esa autonomía no se otorga de manera franca y amplia, no puede hablarse propiamente de una justicia administrativa.

El contencioso que se regula será lo que la doctrina conoce con el nombre de contencioso de anulación. Será el acto y a lo sumo el órgano, el sometido a la jurisdicción del Tribunal, no el Estado como persona jurídica. El Tribunal no tendrá otra función que la de reconocer la legalidad o la de declarar la nulidad de actos o procedimientos. Fuera de esa órbita, la administración pública conserva sus facultades propias y los tribunales federales, y concretamente la Suprema Corte de Justicia, su competencia para intervenir en todos los juicios en que la Federación sea parte.

La Ley llama juicio, y no recurso, a la instancia al Tribunal. El recurso supone, en efecto, continuidad dentro del mismo procedimiento. Con la instancia al Tribunal, por el contrario, se pasará de la actuación oficiosa de la administración, a la fase contenciosa, según antes indicábase o, en general, de la actuación administrativa a la actuación jurisdiccional. El Tribunal obrará siempre dentro del cauce de un proceso.

Los juicios serán en todo caso de nulidad; normalmente simples juicios declarativos (casos de oposición y de instancia de la Secretaría de Hacienda). En otros, llevarán implícita la posibilidad de una condena (negativas de devolución). Pero, y esto conviene aclararlo, el Tribunal no está dotado de competencia para pronunciar mandamientos dirigidos a obtener la ejecución de sus fallos. La negativa de los agentes del Fisco a obedecer las disposiciones del Tribunal deberá de combatirse, como la de cualquier otra autoridad obstinada en no hacer lo que legalmente está obligada a realizar, mediante el amparo, en el que, como es obvio, ya no se discutirán las cuestiones que fueron resueltas en el juicio administrativo, sino únicamente la posibilidad material o jurídica de la ejecución...

Para terminar, quiere el Ejecutivo exponer de manera precisa que su intento, al promulgar esta ley, es el que tome nacimiento y se desenvuelva un órgano que prestigie en México una institución como a de la justicia administrativa a la que tanto deben otros países en punto a la creación del derecho que regula los servicios públicos. Es por ello que no es su propósito ni reglamentar a la ley, puesto que ella misma prevé que será el Pleno quien dicte las normas de carácter accesorio o secundario que demande el despacho de los asuntos y la organización administrativa del Tribunal, ni modificarla en plazo breve, como es frecuente tener que hacerlo tratándose de leyes que organizan servicios hacendarios, pues desea que en todo caso las deficiencias que presente sean subsanadas con la jurisprudencia del propio Tribunal, que es de esperarse se construya alrededor de principios uniformes capaces de integrar un sistema de manera que en el futuro venga a sustituir, con ventaja, a las disposiciones administrativas que actualmente está obligado a dar el propio Poder Ejecutivo para el buen funcionamiento y desarrollo de las actividades fiscales, tan íntimamente ligadas con la vida del Estado y con la posibilidad de éste para hacer frente a las necesidades colectivas cuya satisfacción tiene encomendada.

De la lectura de la exposición de motivos antes apuntada, se advierte, que nuestro país, sigue el modelo francés, por lo que se instituyó este órgano jurisdiccional dentro de la esfera del Poder Ejecutivo, por lo que era un tribunal de justicia delegada al resolver en nombre del Poder Administrativo.

Sin embargo, el Tribunal Fiscal de la Federación, aún cuando tenía un sustento legal, no tenía una base constitucional, en consecuencia, se argumentó sobre su inconstitucionalidad, misma que fuera superada con motivo de las reformas a los artículos 104 fracción I-B y 73 fracción XXIX inciso h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 10 de agosto de 1987, a través de los cuales se otorgó la posibilidad de instituir Tribunales Administrativos siendo esta adición el fundamento constitucional para crearlos, por lo que para una mejor comprensión de lo hasta aquí expuesto, considero necesario transcribirlos:



El numeral 73 fracción XXIX inciso h) del ordenamiento citado establece:<sup>29</sup>

Para expedir leyes que instituyan Tribunales de lo Contencioso Administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

En tanto que, el artículo 104 fracción I-B señala:

De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo a que se refiere la fracción XXIX-H del artículo 73 de la Constitución, solo en los casos que señalan las leyes. Las revisiones de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas se dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;...

Por otra parte, para lograr el reconocimiento constitucional de los tribunales administrativos locales fue necesario, modificar el contenido de la entonces fracción IV del artículo 116 constitucional, por lo que en fecha 17 de marzo de 1987, apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación, la reforma en cuestión, lo que permitió la creación e instauración de Tribunales Contenciosos Estatales, dicha fracción del artículo antes citado quedó redactada de la siguiente manera:

---

<sup>29</sup> Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 28 de junio de 1999, quedando redactado de la siguiente manera: "Para expedir leyes que instituyan Tribunales de lo Contencioso Administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones".

Las Constituciones y las leyes de los Estados podrán instituir Tribunales de lo Contencioso Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Con la entrada en vigor de esta reforma, se inició una discusión dentro de la doctrina administrativa, con respecto de la competencia de los tribunales administrativos estatales, particularmente, el erigido en Nuevo León, para conocer y resolver las controversias y conflictos que se susciten entre la Administración Pública Municipal y los particulares, por lo que surgieron dos corrientes antagónicas entre sí una, la que afirma que aún y cuando la Constitución General de la República no incluye a los Ayuntamientos expresamente dentro del texto de la actual fracción V del artículo 116, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado tiene competencia para conocer y resolver de los actos o resoluciones municipales porque el Municipio es parte integrante del Estado, por así disponerlo de manera expresa el artículo 115 del mismo ordenamiento; la otra, la que niega la competencia de dicho Tribunal para conocer y resolver los actos o resoluciones municipales porque al ser omiso el numeral en comento de la Carta Magna no existe competencia constitucional que faculte o permita al citado Tribunal para conocerlas y resolverlas y en caso de hacerlo, estaría atentando contra lo dispuesto en el numeral 133 en relación con los artículos 124 y 128, todos ellos del mismo ordenamiento.<sup>30</sup>

Para finalizar este apartado, es de hacer notar, que no se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a qué depositario clásico del poder público deben quedar adscritos los tribunales administrativos,

---

<sup>30</sup> Lo anterior se apunta mas no se aborda, por no ser el tema central de este ensayo, sin embargo, si al lector le interesa esta cuestión puede consultar mi libro titulado: *La inconstitucionalidad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Nuevo León para conocer y resolver controversias y conflictos que se susciten entre la administración pública municipal y los particulares*. México, Ed. Lazcano Lozano, 2002.

razón por la cual en la actualidad, existen los que siguen el modelo francés llamado “sistema administrativista” que plantea la organización de éstos dentro de la esfera del órgano del Poder Ejecutivo y otros que siguen el modelo belga o angloamericano ubicándolos en el órgano judicial denominado “sistema judicialista”. En consecuencia, resulta que ambos sistemas son jurídicamente válidos a la luz de la Carta Magna, y el optar por uno de ellos atiende a la forma en cómo el lector –específicamente tanto el Poder Legislativo Federal o Estatal– interpreta el numeral 49 de la Carta Magna, por lo que mientras no se defina de manera expresa en dicha norma fundamental mexicana a qué órgano de los cuatro poderes –Ejecutivo, Legislativo, Judicial u órganos constitucionales autónomos– se deben adscribir.

Tan es así, que en México, en la actualidad existen a nivel federal tribunales administrativos dependientes del Poder Ejecutivo Federal como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o bien, dependientes del Poder Judicial Federal como el Tribunal Electoral Federal, éste último pierde la característica administrativa al momento de adscribirse al referido Poder Judicial.

A nivel estatal, existen órganos jurisdiccionales que dependen tanto del Poder Judicial como del Poder Ejecutivo, así verbigracia, de los primeros están los del Estado de Chiapas, entre otros y de los segundos el Estado de Nuevo León, por citar alguno.

Igualmente existen, tribunales administrativos estatales, que son autónomos, tales como el de los estados de Jalisco, Guanajuato entre otros, por lo que ya superaron la interpretación literal del artículo 49 constitucional, pues pasaron de ser órganos jurisdiccionales formalmente administrativos y materialmente jurisdiccionales y plenamente autónomos de los tres poderes clásicos.

Sin embargo, y adelantándonos un poco, puedo afirmar con toda seguridad que éstos órganos de control jurisdiccional, –a pesar de haber argumentado en diversos trabajos anteriores que deben estar adscritos al Poder Ejecutivo, para estar *ad hoc* con la interpretación flexible de la teoría del barón de Montesquieu, ahora me inclino a sostener que– deben transformarse en órganos constitucionales autónomos en virtud de que el principio de división

de poderes acuñado por Locke y Montesquieu debe transformarse de manera tal que se aplique y se adapte a las formas políticas de organización de los Estados modernos, pues han aparecido en todo el mundo órganos y entes que no forman parte de los tres poderes clásicos en que se distribuyen las funciones del poder, luego entonces, al ser independiente de aquellos, se anula en su totalidad los argumentos que sostienen las iniciativas de reforma tendientes a adscribir a los tribunales administrativos al Poder Judicial, logrando con ello, una impartición de justicia administrativa propia del siglo XXI en beneficio de los ciudadanos.

Como se dijo con antelación, ambos sistemas parten del principio de separación de poderes, con la única diferencia, de la interpretación que se le da al mismo, por lo tanto estimo conveniente analizar en los apartados siguientes los argumentos que sostienen tanto a los tribunales de corte administrativista como los de índole judicialista, para concluir exponiendo la postura del suscrito, respecto de a quien corresponde administrar la justicia administrativa, es decir, si corresponde al Poder Ejecutivo, al Judicial o a órganos constitucionales autónomos, previamente reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos denominados para los efectos de este ensayo tribunales administrativos autónomos.

#### VIII. EL SISTEMA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DEPENDIENTES DEL PODER EJECUTIVO

El sistema administrativista, surge en Francia, y se traslada a México, siendo su antecedente formal más conocido, la Ley para el arreglo de lo Contencioso Administrativo de 1853, conocida comúnmente bajo el nombre de “Ley Lares”.

Se edifica este sistema en México, con base en el contenido del artículo 49 constitucional, el cual es interpretado en el sentido de que lo que verdaderamente importa es la función que se realiza con independencia del órgano en que se deposita dicha función.

Lo anterior, tiene su fundamento en la teoría del derecho administrativo que señala que la forma de aplicación de las funciones del Estado, las cuales

se clasifican en: a) criterio formal (órgano que las realiza), esto es, las funciones son formalmente legislativas, administrativas o judiciales, según que estén atribuidas al Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial; b) criterio material (naturaleza intrínseca de la función), esto es, atiende al órgano que las realiza independientemente del órgano al cual estén atribuidas. Así pues las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales según tengan las características del poder que tiene las facultades para realizarlo.

Igualmente, se sustenta en el principio de especialización, el cual establece que —a decir del maestro Carlos Francisco Cisneros Ramos— conocerán, tramitarán y decidirán de acuerdo a la naturaleza de la materia.

Por último, los que sostienen, este sistema, argumentan en su favor —en palabras de Alfonso Nava Negrete— al lado del clima político en que se mueven inevitablemente los tribunales administrativos, hay otros elementos que pueden fortalecer o hacer naufragar su justicia. Hay que ponerlos a salvo de opiniones de inexpertos o políticos que proponen su incorporación a los poderes judiciales como si éstos gozaran todos, de crédito moral suficiente como para que el legislador los diera en adopción a semejantes padres adoptivos.<sup>31</sup>

#### IX. EL SISTEMA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DEPENDIENTES DEL PODER JUDICIAL

El sistema judicialista se desprende del principio de división de poderes, por lo que define al poder legislativo como el único facultado para la elaboración de leyes. Por lo que respecta, al Poder Judicial lo conceptualiza como la potestad de interpretar la ley, es decir, de hacer respetar y cumplir la ley. Por último, por lo que toca al Poder Ejecutivo lo describe como el encargado de ejecutar la ley.

Se apoya en la interpretación literal de la teoría elaborada por el barón de Secondant, que prohíbe depositar en una sola persona o corporación dos o

---

<sup>31</sup> Alfonso Nava Negrete y Narciso Sánchez Gómez. *La justicia administrativa en México*. México, Ed. Fundap, 2002. pp. 30-31.

más poderes, pues se afirma que cada poder debe específicamente realizar la función que le corresponde. Y en este caso es al Poder Judicial, por la función jurisdiccional que realiza. Los demás poderes, legislativo y administrativo, tienen sus respectivas funciones, sin que puedan invadir las funciones de los demás o destruir el orden lógico jurídico de la estructura de los poderes.

En este sentido, se expresa Don Rafael Bielsa al establecer que:

...la autoridad judicial ha sido creada precisamente para conocer o aplicar la ley; a ella corresponde la violación de la ley, tutelar los derechos de los ciudadanos, de los administrativos en suma...<sup>32</sup>

Por otra parte, el doctrinario Jorge Helú Sayeg al respecto expresa:

Los principios jurídico-políticos fundamentales del libero-individualismo de los derechos del hombre constituye la forma externa de naturales inherentes al hombre, que ponían una barrera infranqueable a la actuación del Estado; el otro que nos ocupa, el de la división de poderes, venía a ser la forma interna de limitar al poder público, dividiéndolo para su ejercicio en tres órganos distintos: judicial, legislativo y ejecutivo; se impedía por tanto el abuso que se hacía del poder mediante la concentración y se garantizaba el moderado uso de éste.<sup>33</sup>

También se basa, en el principio de unidad de jurisdicción, el cual es definido por el ilustre jurisconsulto Carlos Francisco Cisneros Ramos, como el conjunto de órganos vinculados jerárquicamente para decidir sobre una materia determinada.

Se dice –por Narciso Sánchez Gómez– a favor de este sistema, que en un plan de estricto derecho, los tribunales administrativos deben de desaparecer como organismos jurisdiccionales, ubicados en el marco del poder ejecutivo, para respetar los alcances de la doctrina de la división de poderes que tradicionalmente ha consagrado la Constitución política federal, y en ese

---

<sup>32</sup> Rafael Bielsa. *Derecho Administrativo*. México, Ed. Porrúa, 1985. Tomo I. p. 598.

<sup>33</sup> Jorge Helú Sayeg. *El constitucionalismo social mexicano*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1975. T. IV. p. 125.

supuesto deben incluirse los tribunales agrarios, los laborales y lo que conocen de contiendas electorales, incorporándolos al poder judicial nacional o estatal, para uniformar el sistema de administrar justicia en el país.<sup>34</sup>

Los seguidores del sistema judicialista, han presentado un gran cúmulo de iniciativas de reformas constitucionales ante el Congreso de la Unión, mediante las cuales se pretende integrar al Poder Judicial de la Federación, los Tribunales que actualmente dependen del Poder Ejecutivo, como lo son los Administrativos y del Trabajo; concretamente, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, los tribunales agrarios, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. La intención es que la actividad jurisdiccional dependa en forma absoluta del Poder Judicial.

X. EXPOSICIÓN Y CRÍTICAS A LAS INICIATIVAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE LAS CUALES SE PRETENDE INCORPORAR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS QUE SE ENCUENTRAN ADSCRITOS AL PODER EJECUTIVO AL ÁMBITO DEL PODER JUDICIAL

En este apartado, se exponen las iniciativas siguientes: aquellas por la que se pretenden reformar los artículos 17, 27 y 123; y se derogan el 73, fracción XXIX-H; 104, fracción I-B; y los dos primeros párrafos de la Base Quinta del artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la que reforma los artículos 94, 97 y 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por último, la similar que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del apartado "B" del artículo 123 constitucional, de la Ley Federal del Trabajo y de la ley Federal de Defensoría Pública, y; abroga la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y el Reglamento Interior de la Junta Federal de

---

<sup>34</sup> Alfonso Nava Negrete y Narciso Sánchez Gómez. *Ob. cit.* pp. 69-70.

Conciliación y Arbitraje, publicadas todas ellas en la Gaceta Parlamentaria los días 24 de abril del 2003 y 3 de diciembre de 1998, respectivamente.

La primera de ellas, en su exposición de motivos,<sup>35</sup> argumenta de manera sustancial lo siguiente:

...aún y cuando en la mayoría de las ocasiones ciudadanos y gobernantes cumplen con los ordenamientos legales, existen, y así debe reconocerse, casos en los que no se respeta el orden jurídico, lo que el jurista Margadant (Derecho Romano, México, 1974, Editorial Esfinge, pág. 23) denomina: los casos patológicos del derecho. Para resolver tales casos, existe la Administración de Justicia, misma que tiene su base constitucional en el artículo 17, de la Ley Suprema. Efectivamente, dicho numeral inicia con la prohibición de la justicia privada, dejando en manos de la autoridad la aplicación de la sanción según sea el caso...

...la Jurisdicción como tal, no es creación de derecho, sino únicamente la aplicación de la norma general y abstracta, dictada por el legislador al caso concreto; de tal manera que cuando surge el “caso patológico” señalado por Margadant, el Estado debe actuar y resolverlo, considerando que la solución al caso, debe darse en los términos previstos por el párrafo segundo del mencionado artículo 17, es decir, de manera imparcial.

Sin embargo, la cuestión es muy distinta tratándose de conflictos “resueltos” por los tribunales administrativos que dependen del Ejecutivo Federal. Efectivamente, si bien el párrafo tercero del ya citado artículo 17, indica que: “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”. La realidad es distinta. Los tribunales de justicia administrativa, del trabajo y agrarios, por su propia estructura no pueden ser imparciales.

El nombramiento de los personajes que presiden dichos tribunales depende del titular del Poder Ejecutivo y sus presupuestos de egresos están supeditados a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, misma que también depende del Ejecutivo. Por lo tanto, se desprende que las resoluciones que emitan no podrán cumplir con el requisito de imparcialidad, si tal resolución impone como sanción la nulidad de un acto del Presidente de la República, del Secretario de Hacienda o de las autoridades agrarias, según sea el caso.

---

<sup>35</sup> Si al lector le interesa conocer de manera completa esta iniciativa, la misma, se encuentra visible en . [http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lk=153/Inic\\_MADERO.html](http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lk=153/Inic_MADERO.html)



Raúl Rodríguez Lobato... respecto a las dos últimas constituciones subraya que: “Con la promulgación de la Constitución de 1857, que consagró categóricamente la división de poderes, desapareció cualquier vestigio de jurisdicción especial para lo contencioso administrativo, quedando dicha jurisdicción en la esfera de la competencia de los tribunales por medio del juicio de amparo. Sobre éste problema, Ignacio L. Vallarta, siendo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostenía que era anticonstitucional la existencia de tribunales administrativos, porque se violaba la división de poderes que recogía la Constitución de 1857, ya que al haber tribunales administrativos, se reunían dos poderes, el ejecutivo y el judicial, en materia administrativa, en una sola persona, el Presidente de la República. En igual sentido que la de 1857, se pronunció la Constitución de 1917 en su forma primitiva, ya que el artículo 104 sólo contemplaba controversias de orden civil y criminal.”

La argumentación que hemos presentado, sustentada en las ideas de los grandes estudiosos del derecho, deja en claro que la existencia de los tribunales fiscales dependientes del Ejecutivo Federal hace nugatoria la garantía de administración de justicia consagrada y reconocida en el artículo 17, de la Constitución Política del país. Por otra parte, al considerar que se trata de un tribunales especiales, se contraviene a lo señalada en el artículo 13 constitucional, que establece claramente que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, sin que sea óbice el hecho de que se indique que los tribunales fiscales, en el caso concreto el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un “tribunal especializado”, puesto que tal aseveración se efectúa con el único propósito de evadir la realidad.

Desde luego, no se trata de un tribunal especializado como sucede con los Juzgados de Distrito o Tribunales Colegiados de Circuito, que dependen del Poder Judicial y que se especializan para de esa forma resolver los asuntos que les son planteado en el ámbito de su competencia. Esto es así porque no existe en materia de “justicia administrativa” más competencia que la territorial.

Por lo anterior, queda claro que no existe causa que justifique, según la idea de competencia y jurisdicción, la existencia de tribunales especiales en materia administrativa, puesto que el mismo tribunal demuestra que no tiene independencia...

Es necesario señalar que aún y cuando se mencione en la Constitución Política que es posible la existencia de tribunales fiscales, según los artículos a reformar, también resulta que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo a que se refiere el artículo 73, fracción XIX-H de la Constitución, invaden el ejercicio de otro poder, al determinar que es el Poder Ejecutivo quien designa al titular de tal tribunal, ahora llamado de Justicia Fiscal y Administrativa. Contraviniéndose claramente lo establecido en el artículo 49 constitucional, que categóricamente prohíbe que dos

o más poderes se reúnan en una sola persona o corporación, o que el legislativo se deposite en un individuo, salvo las facultades extraordinarias a que se refiere el artículo 29 constitucional. o en lo que se dispone en el segundo párrafo del artículo 131 de la Carta Magna.

Para nada resulta satisfactorio que a la fecha todavía se presente confusión en materia de administración de justicia, labor que por antonomasia le corresponde al Poder Judicial, no al Ejecutivo.

Si bien es cierto que mediante el Juicio de Amparo el Estado se garantiza así mismo el orden constitucional, también lo es que el particular hasta que no agota diversas instancias puede solicitar la protección de la justicia federal. Por lo que resulta conveniente reformar el artículo 17 de la Constitución General de la República, a fin de que exista verdaderamente el derecho subjetivo público de administración de justicia por tribunales que sean expeditos para impartirla, y con verdadera independencia de los otros poderes.

En la actualidad las juntas realizan diversas funciones, según De Buen estas son: jurisdiccionales, administrativas y tutelares. Las primeras se manifiestan en la resolución de los conflictos jurídicos (interpretación y cumplimiento de normas legales y convencionales) y en la composición de los conflictos económicos (sentencia colectiva, constitutiva de nuevas normas). Las administrativas se presentan cuando estas juntas tramitan los registros de los sindicatos (art. 365 Ley Federal del Trabajo LFT), al recibir en depósito los contratos colectivos de trabajo (art. 390 LFT). Finalmente, las tutelares se manifiestan cuando a través de las juntas se subsanan las demandas (art. 685 LFT); al eximir a los trabajadores de cargas probatorias (art. 784 LFT) y al requerir a los patrones demandados la exhibición de documentos que de acuerdo a las leyes, tienen la obligación legal de conservar en la empresa. (*Op. Cit.* Págs. 149 y 150)

Es importante destacar que en tratándose de las autoridades del trabajo, el nombramiento ni siquiera pasa por el tamiz del Senado de la República, sino que lo efectúa de manera directa el Presidente de la República, quedando en consecuencia sin fundamento de ninguna especie la teoría de la independencia de los Tribunales del Trabajo, lejos de ello, queda al descubierto que las resoluciones son dictadas según el pensamiento político del Ejecutivo.

La independencia del Poder Ejecutivo resulta impostergable en el funcionamiento del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje a que se refiere la fracción XII, del Apartado B, del artículo 123 constitucional, pues cuando el trabajador del Gobierno se ve en la necesidad de demandar, le sucede lo mismo que al particular que demanda la nulidad de un acto administrativo, es decir, debe luchar con el Gobierno como contraparte, y el Gobierno como juzgador del derecho controvertido, con el lógico resultado de una resolución desfavorable, viéndose en consecuencia obligado a

recurrir al Poder Judicial de la Federación, vía el Juicio de Amparo para que su derecho le sea respetado. Luego entonces, no existe causa legal ni humana para obligar a los particulares a estar bajo los designios de carácter político cuando se trata de la aplicación del derecho al caso concreto.

Por lo tanto, a fin de allanar el camino a los particulares que se ven en la necesidad de recurrir a la jurisdicción en materia del trabajo, como igual sucede en la administración de justicia fiscal y administrativa, es otorgarle al Poder Judicial la atribución que le corresponde, para que sea éste el encargado de dirimir las controversias que se susciten, ya sea entre particulares o entre éstos y el Gobierno como patrón, reformándose en consecuencia el artículo 123, Apartado A, fracción XX; y Apartado B fracción XII, párrafo primero; de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de que sea el Poder Judicial el que, como se mencionó en líneas anteriores, se encargue de dirimir las controversias de índole laboral, abandonando en consecuencia la práctica de mezclar al Poder Ejecutivo en materia de Jurisdicción, la cual debe en todo tiempo y momento pertenecer al Poder Judicial.

Los argumentos expuestos anteriormente, también son válidos para los efectos del segundo párrafo, de la fracción XIX, del artículo 27, de la Constitución Política, puesto que la creación de los Tribunales Agrarios, lo mismo que los del trabajo y administrativos, son apéndices del Ejecutivo de la Unión.

Las reformas mencionadas son congruentes con los tiempos políticos actuales, pues efectivamente la tierra “repartible” se agotó, así mismo no existe causa jurídica ni política para prohibir la adquisición de terrenos rústicos a las empresas constituidas por acciones, dado a que ya no existen las acciones al portador. Sin dejar de lado que es indispensable el avance en materia de producción, no solo agrícola, sino también industrial. Sin embargo, la reforma en mención, una vez analizada a la luz del tiempo, pues tiene diez años de existencia, deja en claro que con la creación de los tribunales agrarios, el Ejecutivo no deja de tener ingerencia en materia de administración de justicia agraria.

A pesar de la reforma, no existe independencia ni autonomía de las decisiones de dichos tribunales, ya que al igual que en el caso del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, se sigue manteniendo dependencia económica, así como la designación del personal de dirección y de toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo.

Por ende, lo que procede es reformar el segundo párrafo, de la fracción XIX del artículo 27 de la Constitución Política del país, a fin de que los conflictos por límites de terrenos ejidales y comunales, cualquiera que sea el origen de estos, que se hallen pendientes o se susciten entre dos o mas núcleos de población, así como los relacionados con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades, sean resueltos

por Juzgados de Distrito especializados en materia agraria, pues esta es la única forma de garantizar la autonomía de la jurisdicción en cualquier materia, no sólo en la agraria.

Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en las disposiciones arriba mencionadas, se presenta a consideración de esta Honorable Asamblea la siguiente iniciativa por el que se reforman los artículos 17; 27, fracción XIX párrafo segundo; 123, apartado A, fracción XX; y Apartado B fracción XII, párrafo primero; y se derogan el 73, fracción XXIX-H; 104, fracción I-B; y los dos primeros párrafos de la Base Quinta del artículo 122, de la Constitución Política del país, para quedar como sigue:...

De la lectura íntegra de la exposición de motivos de esta iniciativa, así como de la parte sustancial que en líneas anteriores se transcribieron, se desprende que los argumentos que se vierten para sostener que los tribunales administrativos deben adscribirse al Poder Judicial, consisten en que tanto el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, las Juntas y los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, así como los Tribunales agrarios, violan el contenido de los artículos 13, 17 y 49 de la Ley Fundamental por las siguientes razones:

1ª Se viola el contenido del artículo 13 del Código Supremo, al constituirse tribunales especiales, sin que sea óbice el hecho de que se indique que son especializados pues tal aseveración se efectúa con el único propósito de evadir la realidad.

2ª Se transgrede el numeral 17 de la Carta Magna, pues la existencia de los tribunales administrativos dependientes del Ejecutivo hace nugatoria la garantía de administración de justicia.

3ª Se contraviene lo establecido en el artículo 49 constitucional, al invadirse el ejercicio de otro poder, al determinar que es el Poder Ejecutivo quien designa al titular de los tribunales administrativos, además de que dicho precepto prohíbe que dos o más poderes se reúnan en una sola persona o corporación, o que el legislativo se deposite en un solo individuo, salvo las facultades extraordinarias.

La segunda, igualmente, en su exposición de motivos,<sup>36</sup> aduce de forma general lo que a continuación se transcribe:

Decretar la nulidad de los actos contrarios a los postulados que se hallan consignados en la Constitución es, sin duda, una de las finalidades esenciales que justifican el nacimiento y la existencia hasta nuestros días del principio de separación de poderes."La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores del poder. Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder"...

Salvar la independencia de los órganos judiciales y dotarlos de atribuciones necesarias para que administren cumplidamente la justicia y mantengan, en una organización como la nuestra, el equilibrio de los demás poderes, es y ha sido desde siempre la preocupación toral del legislador mexicano. La recta administración de justicia es condición de vida en toda sociedad democrática y, por ende, en estricto sentido civilizada, y su importancia se acrecenta en regímenes como el nuestro, donde el Poder Judicial Federal es competente para invalidar los actos de autoridad que sean contrarios a la Constitución... la reforma de los artículos 94, 97 y 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el propósito de establecer en ellos las adecuaciones necesarias para que los tribunales que dependen del Poder Ejecutivo -administrativos y laborales- pasen a formar parte del Poder Judicial de la Federación. Tales son los casos del Tribunal Fiscal de la Federación, del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, y de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Tribunales que, si bien es cierto, constitucionalmente es inobjetable su existencia en nuestro sistema de gobierno, no menos lo es que la razón de ser y la consecuencia final de la presencia del Poder Judicial en cualquier estado de derecho, es conocer y decidir sobre las controversias y aplicación de leyes federales, así como las relativas al juicio de amparo. El Poder Judicial debe ser, en consecuencia, el único que puede definir plena y definitivamente en materia

---

<sup>36</sup> Si al lector le interesa conocer de manera completa esta iniciativa, la misma, se encuentra visible en <http://www.senado.gob.mx/diario.php?ver=punto&legislatura=LVI&a=11&diario=29&periodo=Primer%20Periodo%20Ordinario&fecha=Diciembre%203%2C%201998&id=298&id=874&id=299&id=300&id=301>

de aplicación de leyes federales y de actos inconstitucionales derivados de las facultades de los demás poderes. Sólo este poder debe tener competencia para apreciar los actos de los demás poderes a la luz de las disposiciones contenidas en la Constitución, circunstancia que se traduce en la razón de su existencia y en una de sus facultades exclusivas...

Tutelada por el principio del estado de derecho la función administrativa y subordinada al mandato de la norma jurídica en virtud de su actividad, el control que la administración ejerce sobre sus propios actos, con motivo de los diversos recursos administrativos que se comprenden en el derecho positivo mexicano, es insuficiente para la debida protección de los derechos o intereses jurídicos de los administrados, habida cuenta que no existe la debida o necesaria imparcialidad para llegar a considerar el propio acto o el acto del inferior como ilegal y para dejarlo, en consecuencia, sin efecto; y lo que es más, cuando en el seno de la administración los órganos de la misma se conducen normalmente con criterios uniformes. Surge así la justificación del establecimiento de un control jurisdiccional de los actos de la administración, consolidado en razón de la necesidad de contar con órganos diferentes e independientes de aquélla que dentro de formas tutelares de procedimiento, puedan juzgar y decidir, con autoridad de cosa juzgada, las controversias que susciten entre los particulares y la administración. En México, el sistema de los tribunales administrativos, o de la justicia administrativa, estriba en la existencia de una jerarquía de tribunales completamente distinta de la que forma el Poder Judicial...

Ciertamente, el establecimiento del control jurisdiccional de los actos de la administración trajo consigo el nacimiento de una noción de extraordinaria importancia dentro del sistema jurídico mexicano: la noción del contencioso administrativo... El establecimiento del contencioso administrativo, desde la promulgación de la Constitución de 1857, se impugnó en nuestro país. Se sostuvo la inconstitucionalidad de la "Ley Lares" por considerarla violatoria del principio de división de poderes consagrado en nuestra Ley Fundamental, porque la existencia de un tribunal administrativo implicaba la reunión de dos poderes en una sola persona: el Ejecutivo y el Judicial, en materia administrativa, en el Presidente de la República. En aquel entonces, se afirmaba que su presencia violaba el artículo 50 de la Constitución de 1857 -49 de la vigente-, pues al juzgar en materia administrativa, la administración pública concentraba facultades que correspondían al Poder Judicial. Se dijo que aquella reforma había olvidado otros preceptos constitucionales con los cuales chocaba, a saber: el artículo 13, al crear un tribunal administrativo; el artículo 14, porque no se seguía un juicio ante los tribunales, y; el artículo 17, porque la administración no podía hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar un derecho. La Constitución, en aquel momento histórico restableció

el principio de división de poderes entregando las controversias de lo contencioso administrativo al conocimiento del Poder Judicial.

Para salvar las críticas sobre la constitucionalidad del Tribunal Fiscal de la Federación, se reformaron los artículos 104, fracción I-B, y 73, fracción XXIX-H de la Constitución. De ese modo, todas las dudas que pudiesen existir respecto de la constitucionalidad del Tribunal Fiscal o de la existencia de los tribunales administrativos de lo contencioso, desaparecieron. En la especie, sin embargo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tribunales administrativos en el ámbito del derecho mexicano no es el tema que impulsa la existencia de la presente iniciativa, sino el de cuál de las potestades en que se divide para su ejercicio el Supremo Poder de la Federación, debe acogerlos o tenerlos bajo su dependencia o control. Ciertamente, no existe uniformidad en las legislaciones comparadas respecto a los órganos que deben controlar jurisdiccionalmente la actuación administrativa, porque mientras en algunas la diferencia es mínima en el seno mismo de la administración o el control jurisdiccional pertenece a tribunales independientes del Poder Judicial, pero desvinculados de la administración activa, en otros se encarga dicho control a los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial...

Por las razones anteriores, por el digno conducto de ustedes CC. Secretarios, se somete a la consideración del órgano a que se refiere el artículo 135 de la Constitución General de la República, para el efecto de que se turne a las comisiones correspondientes de la Cámara de Senadores y se inicie el procedimiento implícito en el dispositivo constitucional que se invoca, la siguiente iniciativa de

DECRETO QUE REFORMA LOS ARTICULOS 94, 97 y 101 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS...

El tema que impulsa esta iniciativa consiste en determinar cuál de las potestades en que se divide para su ejercicio el Supremo Poder de la Federación, debe acogerlos o tenerlos bajo su dependencia o control.

De su lectura se advierte, que se proponen establecer las adecuaciones necesarias para que los tribunales que dependen del Poder Ejecutivo pasen a formar parte del Poder Judicial de la Federación, pues éste es el único que debe tener competencia para apreciar los actos de los demás poderes a la luz de las disposiciones contenidas en la Constitución, circunstancia que se traduce en la razón de su existencia y en una de sus facultades exclusivas.

Fundan su propuesta en que el establecimiento del control jurisdiccional de los actos de la administración trajo consigo el nacimiento de la noción del

contencioso administrativo, institución que desde la promulgación de la Constitución de 1857, se consideró violatoria de los vigentes artículos 13, 14, 17 y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, por las razones que en la misma iniciativa se exponen.

La última de ellas, en su exposición de motivos,<sup>37</sup> argumenta de manera sustancial lo siguiente:

...En el caso particular, la tarea del legislador se encamina hacia la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, con el propósito toral de integrar en su contenido las adecuaciones necesarias para establecer el fundamento legal, en cuya virtud, los tribunales que dependen del Poder Ejecutivo -administrativos y laborales- pasen a formar parte del Poder Judicial de la Federación. Como lo son el Tribunal Fiscal de la Federación, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, las dos últimas instancias, para ser sustituidas por Jueces de lo Social...

#### I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

##### a) Tribunal Fiscal

Ante la complejidad creciente de las relaciones humanas, principalmente económicas de la vida moderna, el Estado asume una realidad convencional cuando sus gobernantes actúan en nombre de una comunidad dentro de una organización personalizada, conforme a la ley.

De ese modo, el Estado puede ser acreedor, deudor, accionista, empresario, actor y demandado ante los tribunales, crea y reconoce otros entes públicos o privados y celebra actos jurídicos, entre otras actividades, cuyas características esenciales concurrentes estriban en que todas, absolutamente todas, están encaminadas a la realización del bien común; actividades que de acuerdo con la estructura de nuestro sistema político, están a cargo de los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo. El primero, esencialmente, a través de la creación del orden jurídico que nos rige; el segundo, al aplicar la ley mediante la impartición de justicia,

---

<sup>37</sup> Si al lector le interesa conocer de manera completa esta iniciativa, la misma, se encuentra visible en <http://www.senado.gob.mx/diario.php?ver=punto&legislatura=LVII&a=11&diario=29&periodo=Primer%20Periodo%20Ordinario&fecha=Diciembre%203%2C%201998&id=298&id=874&id=299&id=300&id=301>



y; el tercero, como titular de la Administración Pública, reconocida ésta como una organización que se caracteriza por ser un conjunto de órganos centralizados, desconcentrados y por excepción descentralizados, que tienen a su cargo el atender las imprescindibles necesidades públicas, organizadas en servicios administrativos generales o en servicios públicos y comprende toda la actividad estatal, salvo las funciones legislativa, judicial y la de gobierno. Administración Pública que, en consecuencia, se traduce generalmente en aquella parte del Poder Ejecutivo a cuyo cargo está la responsabilidad de desarrollar la función administrativa; función que se rige por el principio del estado de derecho y que por virtud de su actividad se encuentra subordinada al mandato de la norma jurídica...

Regida por el principio del estado de derecho la función administrativa y subordinada al mandato de la norma jurídica en virtud de su actividad, el control que la administración ejerce sobre sus propios actos, con motivo de los diversos recursos administrativos que se comprenden en el derecho positivo mexicano, es insuficiente para la debida protección de los derechos o intereses jurídicos de los administrados, habida cuenta que no existe la debida o necesaria imparcialidad para llegar a considerar el propio acto o el acto del inferior como ilegal y para dejarlo, en consecuencia, sin efecto; y lo que es más, cuando en el seno de la administración los órganos de la misma proceden normalmente con criterios uniformes. Se origina, de tal manera, la justificación del establecimiento de un control jurisdiccional de los actos de la administración, consolidado en razón de la necesidad de contar con órganos diferentes e independientes de aquélla que dentro de formas tutelares de procedimiento, puedan juzgar y decidir, con autoridad de cosa juzgada, las controversias que susciten entre los particulares y la administración. En México, el sistema de los tribunales administrativos, o de la justicia administrativa, estriba en la existencia de una jerarquía de tribunales completamente distinta de la que forma el Poder Judicial... el establecimiento del control jurisdiccional de los actos de la administración, trajo consigo el nacimiento de una noción de extraordinaria importancia dentro del sistema jurídico mexicano: la noción del contencioso administrativo. Concepto entendido como el procedimiento que se sigue ante un tribunal u organismo jurisdiccional situado dentro del Poder Ejecutivo o del Judicial, con el propósito de resolver de manera imparcial las controversias que se susciten entre los particulares y la Administración Pública. Institución que se conoce también con los nombres de justicia administrativa o proceso administrativo.

## b) Jurisdicción Laboral

De acuerdo con lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje es un tribunal con plena jurisdicción, que tiene a su cargo la tramitación y decisión de los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos íntimamente ligados con ellas, y su competencia está determinada por la fracción XXXI, apartado "A", del artículo 123 constitucional y por la Ley Federal del Trabajo...

Tratándose de los poderes de la Unión, del gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores, los conflictos individuales, colectivos o intersindicales serán sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje que será colegiado y funcionará en Pleno y en Salas... La naturaleza jurídica de los tribunales laborales implica un tema complejo, sin desconocer su origen de carácter administrativo. Su fundamento jurídico dimana del artículo 123 constitucional, lo que se traduce, por añadidura, en su independencia del Poder Judicial. Nuestra justicia laboral se caracteriza por estar encomendada a organismos que representan, por una parte, los intereses y puntos de vista de los dos factores de la producción: trabajo y capital; y por la otra, el interés general de la nación. Estas circunstancias son el origen, por consiguiente, de la organización tripartita de la jurisdicción del trabajo; jurisdicción que se integra, pues, con un representante del gobierno, uno de los trabajadores y otro de los patrones. El derecho mexicano puede enorgullecerse de ser el autor de una administración de justicia laboral con perfiles propios, sin paralelo en ninguna otra legislación y con un profundo sentido democrático.

## II. EL PODER JUDICIAL

a) Necesidad de incorporar orgánicamente en su seno a los tribunales administrativos y laborales.

Bien se ha expresado que, desde el decreto constitucional de 1824, que fue la primera Carta Política de México como país independiente de España, aunque no cobró vigencia, se proclama la soberanía nacional, el régimen representativo, la separación de los poderes en los que se depositaría, el respeto a la ley y la responsabilidad de los funcionarios públicos. El Poder Judicial es el organismo integrado por los jueces y tribunales que conocen y deciden las controversias sobre aplicación de leyes federales, así como las relativas al juicio de amparo. La estructura actual del Poder Judicial Federal en su concepto estricto, fue introducida de acuerdo con el modelo norteamericano de organización judicial, en el artículo 123 de la Constitución de 4 de octubre de 1824, numeral en que se dispuso que el

Poder Judicial de la Federación residiría en una Suprema Corte de Justicia, en los tribunales de circuito y en los juzgados de distrito. A partir de la vigencia del artículo 25 del Acta de Reformas de 21 de mayo de 1847, a la Constitución de 1824, que trajo una de las instituciones de mayor trascendencia en el ámbito del derecho positivo nacional, considerada como la obra cumbre del pensamiento jurídico mexicano: el juicio de amparo, se confirió a los tribunales federales, además, del conocimiento de los conflictos ordinarios, precisamente la decisión del juicio de amparo.

Su función jurisdiccional no sólo es desplegable por los órganos judiciales formalmente considerados en el artículo 94 de nuestra Ley Fundamental, habida cuenta que es susceptible de ejercitarse por órganos que, desde el mismo punto de vista, son administrativos o legislativos. Tal es el caso de las entidades que se hallan comprendidas dentro del conjunto de órganos formalmente administrativos, cuya competencia se integra primordial y relevantemente con facultades jurisdiccionales, como son los tribunales del trabajo a que se refiere el artículo 123 constitucional, y los tribunales de lo contencioso administrativos, sin que estas instancias jurisdiccionales formen parte estrictamente, y desde el punto de vista clásico y tradicional, del Poder Judicial.

El establecimiento del contencioso administrativo, desde la promulgación de la Constitución de 1857, se impugnó en nuestro país. Se sostuvo la inconstitucionalidad de la “Ley Lares” por considerarla violatoria del principio de división de poderes consagrado en nuestra Ley Fundamental, porque la existencia de un tribunal administrativo implicaba la reunión de dos poderes en una sola persona: el Ejecutivo y el Judicial, en materia administrativa, en el Presidente de la República. En aquel entonces, se afirmaba, que su presencia violaba el artículo 50 de la Constitución de 1857-49 de la vigente-, pues al juzgar en materia administrativa, la Administración Pública concentraba facultades que correspondían al Poder Judicial. Se dijo que aquella reforma había olvidado otros preceptos constitucionales con los cuales chocaba, a saber: el artículo 13, al crear un tribunal administrativo; el artículo 14, porque no se seguía un juicio ante los tribunales, y; el artículo 17, porque la administración no podía hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar un derecho. La Constitución, en aquel momento histórico, restableció el principio de división de poderes entregando las controversias de lo contencioso administrativo al conocimiento del Poder Judicial.

Para salvar las críticas sobre la constitucionalidad del Tribunal Fiscal de la Federación, se reformaron los artículos 104, fracción I-B, y 73, fracción XXIX-H de la Constitución. De ese modo, todas las dudas que aún pudiesen existir respecto de la constitucionalidad del Tribunal Fiscal o de la existencia de los tribunales administrativos de lo contencioso, desaparecieron. En la especie, sin embargo, la

constitucionalidad o inconstitucionalidad de la existencia y ubicación de los tribunales administrativos en el ámbito de las potestades en que se divide para su ejercicio el Supremo Poder de la Federación, no es un tema que se discuta en la presente iniciativa. Ciertamente, no existe uniformidad en las legislaciones comparadas respecto a los órganos que deben controlar jurisdiccionalmente la actuación administrativa, porque mientras en algunas la diferencia es mínima en el seno mismo de la administración o el control jurisdiccional pertenece a tribunales independientes del Poder Judicial, pero desvinculados de la administración activa, en otros se encarga dicho control a los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial.

Quizás, se pudiera pensar que no hay o existe algún fundamento sustancial que impulse o motive la iniciativa que ahora se presenta, porque se dirá, los efectos del juicio contencioso administrativo o del laboral están suplidos, y por mucho, con el juicio de amparo en la parte que procede para hacer efectivas las garantías individuales que consagra nuestra Constitución. Sin embargo, si se considera que la entidad política se encuentra más cercana al logro de sus fines, propios y auténticos, cuando su función y sus relaciones con los ciudadanos o miembros del grupo social se encuentran sometidas al derecho, se estará de acuerdo con el propósito fundamental que se persigue en esta iniciativa y se llegará a aceptar, por añadidura, que el Poder Judicial de la Federación debe ser la instancia competente para juzgar de las controversias que se susciten por actos de la Administración Pública, para que ésta no sea al mismo tiempo juez de sus propios actos. Y justamente, por las mismas razones, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, deberán formar parte del propio Poder Judicial, y ser sustituidos por Juzgados Federales de lo Social como autoridades competentes para dirimir los conflictos laborales. Tribunales de derecho -aquéllos- que, por la naturaleza de sus funciones, y pese a los criterios doctrinales que en contrario obran en el derecho mexicano, a nuestro juicio, deben formar parte del Poder Judicial de la Federación, para romper definitivamente con los lazos que de hecho los atan a las autoridades jurisdiccionales administrativas y que, aunque se diga que se trata de organismos autónomos frente al Poder Ejecutivo Federal o Local, esta circunstancia no es categórica, puesto que, debido a los diversos factores de poder que intervienen en su constitución, en ocasiones, no le es posible juzgar con independencia y verdadera autonomía. Para evitar esto, el Consejo de la Judicatura Federal debe ser el encargado de nombrar a los integrantes de esos tribunales, especialmente al juez federal de lo social, eliminando la figura de los representantes del gobierno, del trabajo y de la empresa -por la nueva composición de su estructura orgánica-; en estas condiciones, con el interés de que las designaciones se lleven a cabo con estricto apego a la ley, que el ingreso y ascenso de los miembros de

estos tribunales se otorgue en virtud de la capacidad y vocación de servicio que hubieren demostrado en el ejercicio de su actividad profesional, el Consejo de la Judicatura Federal es quien debe intervenir en su nombramiento. El procedimiento laboral en México, se dice, es bueno, es de lujo; empero, estos atributos, en la mayoría de los casos, los trucan quienes están encargados de aplicarlo o de intervenir en su desarrollo. Manifestado este cambio -en ambas instancias: administrativa y laboral- en el ámbito de la jurisdicción federal, seguramente será dable su incorporación al fuero local. La independencia del juzgador, bien ha sido señalado, debe ser preservada no sólo de la interferencia de los actores políticos de una comunidad, sino de las presiones de una sociedad que se debate entre intereses de índole económica y el anhelo de una verdadera solidaridad social. Para ello, una de las funciones primordiales del Consejo de la Judicatura Federal, será la adecuada selección, designación y permanencia de jueces y magistrados. El verdadero estado de derecho se consolida cuando la figura del juzgador alcanza los niveles que la sociedad reclama de su trabajo, de su compromiso ético y comunitario. Bien decían: “El Juez es la figura central del derecho. Un ordenamiento Jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin Jueces”.

Por las razones anteriores... nos permitimos someter a la consideración del H. Congreso de la Unión, la presente iniciativa de

DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL, DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION, DE LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, REGLAMENTARIA DEL APARTADO “B” DEL ARTICULO 123 CONSTITUCIONAL, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y DE LA LEY FEDERAL DE DEFENSORIA PUBLICA, Y; ABROGA LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION Y EL REGLAMENTO INTERIOR DE LA JUNTA FEDERAL DE CONCILIACION Y ARBITRAJE...

En esta iniciativa se repiten la mayoría de los argumentos expuestos en la similares que le anteceden en el orden de este ensayo, por lo que omito señalarlos para obviar repeticiones innecesarias, no obstante, existen diferencias sustanciales, las cuales a continuación paso a describir.

La primera, el argumento que se sostiene para trasladar la función jurisdiccional de los tribunales administrativos dependientes del Poder Ejecutivo al Poder Judicial consiste en que para romper definitivamente con los lazos que de hecho los atan a las autoridades jurisdiccionales administrativas y que, aunque se diga que se trata de organismos autónomos frente al Poder

Ejecutivo Federal o Local, esta circunstancia no es categórica, puesto que debido a los diversos factores de poder que intervienen en su constitución, en ocasiones no le es posible juzgar con independencia y verdadera autonomía.

La segunda y última, se refiere a que el Consejo de la Judicatura Federal debe ser el encargado de nombrar a los integrantes de esos tribunales, así como una de las funciones primordiales del Consejo de la Judicatura Federal, será la adecuada selección, designación y permanencia de jueces y magistrados.

Una vez expuestas de manera sintética y ordenados por materia, las razones y fundamentos que sustentan los legisladores –anteriores y presentes– para sostener que los tribunales administrativos dependientes del Poder Ejecutivo ya sea Federal o Estatal, deben adscribirse al Poder Judicial que corresponda, pues a su juicio, contravienen lo dispuesto por los artículos 13, 14, 17, 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con independencia de que estos órganos de jurisdicción contenciosa se encuentran reconocidos en el mismo texto fundamental en los artículos 73, fracción XXIX-H, 115, 116 y 122, Base Quinta párrafos primero y segundo.

Con base en lo antes expuesto, considero que es el momento propicio para señalar las opiniones de los detractores que sustentan que dichos órganos jurisdiccionales deben transformarse en tribunales autónomos, razón por la que afirman que los argumentos esgrimidos en las iniciativas de referencia, son insuficientes para justificar la utilidad de las mismas, por los siguientes motivos:

1º No es admisible que se viole el contenido del artículo 13 constitucional, –a decir de Jorge Carpizo– porque si bien el contencioso administrativo configura una jurisdicción especializada, no es en ningún caso un tribunal especial en el sentido de ese precepto: un tribunal que se crea únicamente para que conozca de X, Y o Z casos, sino al contrario, como cualquier tribunal existe con antelación para conocer de las controversias que encuadren en los supuestos de su competencia.

2º No se transgrede el artículo 14 constitucional, –a decir de Gabino Fraga– porque si bien es cierto que en este precepto la idea de juicio está relacionada

con la de tribunales judiciales, una interpretación correcta del precepto permite ampliar ese concepto de juicio a los tribunales administrativos.

3° No se infringe –a mi juicio– el artículo 17 constitucional porque en estos casos la administración no se está haciendo justicia por sí misma, porque no es juez y parte; hay que insistir en la autonomía para dictar sus fallos –según se advierte de las propias leyes que los regulan– de esos tribunales frente al poder ejecutivo.

4° No se violenta –en mi opinión– el principio de división de poderes contenido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por dos razones fundamentales: primera, porque este principio ha servido para fundamentar los dos sistemas antagónicos de lo contencioso administrativo que existen en México y segunda, porque desde la emisión del célebre voto dictado por Ignacio L. Vallarta a la sentencia de amparo pedido contra la declaración de caducidad hecha por la autoridad administrativa, de la concesión de un ferrocarril, se sostuvo inclusive, que resultaba del todo incompatible con el principio de división de poderes el que el poder judicial tenga facultad para resolver asuntos administrativos.

Respecto de la supuesta dependencia de los tribunales administrativos con el Poder Ejecutivo, se afirma que son órganos jurisdiccionales suprapartes, imparciales, con plena autonomía, que no reciben instrucciones de la administración activa sino de las leyes que los constituyen y por tanto, no es admisible que exista en ellos confusión de los poderes ejecutivo y judicial, amén que en el sistema de justicia administrativa en México, las decisiones de esos tribunales son revisadas por el Poder Judicial, por lo que se ha dado en denominar por la doctrina como un sistema mixto de administración de justicia administrativa, al facultarse a los Tribunales Colegiados de Circuito dependientes del Poder Judicial de la Federación, el conocimiento en última instancia de los asuntos de índole administrativo. Lo anterior, se traduce en que los tribunales administrativos mexicanos son sólo órganos jurisdiccionales de legalidad en la actualidad, es decir, su primera instancia sigue el sistema francés y la segunda es de corte judicialista.

Igualmente, al otorgársele autonomía funcional, aunque, se pudiera pensar que siguen teniendo dependencia orgánica, esto no es así, por las siguientes

consideraciones: primera, las sentencias ya no se dictan en nombre del Poder Ejecutivo y segunda, las relaciones que guardan los integrantes de los Tribunales Administrativos con respecto al poder Ejecutivo son las mismas que los integrantes del Poder Judicial, es decir, tanto el nombramiento de los Magistrados como el presupuesto de ambas jurisdicciones dependen del Poder Ejecutivo.

#### XI. MI PROPUESTA. ARGUMENTOS PARA JUSTIFICAR LA TRANSFORMACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Una vez señalada mi opinión respecto de la improcedencia doctrinal de las iniciativas analizadas en el punto que antecede, estimo oportuno antes de continuar, apuntar las opiniones de los partidarios de que los tribunales administrativos se conviertan en tribunales autónomos, estos son a mi juicio, los siguientes:

Ignacio L. Vallarta, pues en el voto citado con antelación, por un lado, argumenta que la incompetencia de la administración activa para juzgar sus propios actos, por otro, aduce que no es competente el Poder Judicial para fallar cuestiones administrativas, en consecuencia, ni el Poder Judicial ni el Poder Ejecutivo se encuentran facultados para conocer de las contiendas administrativas, y finaliza estas elucubraciones diciendo: “aunque en principio es bien difícil marcar el límite preciso en que termina lo administrativo y en que comienza lo contencioso, es por fortuna innecesario en este amparo, descender hasta las últimas dificultades de esta materia.”

Con base en lo expuesto en el amparo de mérito, me atrevo a afirmar que el propio Ignacio L. Vallarta, propugna que la justicia administrativa debe ser impartida por órganos jurisdiccionales autónomos.

Por su parte, Humberto Briseño Sierra, sostiene que los tribunales administrativos al perder su dependencia respecto al Ejecutivo, se encuentra como órgano autónomo, cuyas atribuciones le son fijadas en su Ley Orgánica, y que por lo tanto, a pesar del artículo 49 de la Carta Magna, el supremo poder de la federación no se divide ya en tres órganos, sino que habrá de agregarles los similares constitucionales autónomos.



Por último, Héctor Fix-Zamudio, afirma que lo importante es que esos tribunales sean autónomos, es decir, que puedan decidir en forma imparcial y suprapartes, y entonces poco trascendente es que se encuentre dentro o fuera de la esfera de la propia administración y que pertenezca o no al departamento judicial.

Respecto de la parte final, de su afirmación, coincido en parte con ella, pues al obtener los tribunales administrativos una autonomía plena –funcional y orgánica– efectivamente deja de ser trascendente si dependen del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, pues ya estarían dentro de la esfera de los órganos constitucionales autónomos. No obstante, mientras no consigan esa autonomía, estimo que sí trasciende su adscripción al órgano, pues es precisamente, como se dejó apuntado con antelación, el objeto de este estudio.

Quisiera manifestar al lector una disculpa anticipada por las razones y fundamentos que para mi entendimiento son suficientes para sostener la idoneidad de transformar a los tribunales administrativos en órganos constitucionales autónomos ya que aún en los errores en que pueda incurrir, me disculpe la sinceridad de mis convicciones. En este tenor de ideas, inicio la exposición de mis conclusiones.

Es de todos sabido que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho de iniciar leyes o decretos compete exclusivamente, al Presidente de la República, a los diputados y senadores de la Unión y a las Legislaturas de los Estados, por tanto, es imposible jurídicamente que los abogados puedan presentar iniciativas de ley, –al menos a nivel federal– más no así que expongan al foro académico sus tesis –entendidas éstas como posición doctrinal y original que el autor asume y sostiene con argumentos fundados en derecho– en forma de iniciativa de ley, es decir, con exposición de motivos y propuesta de redacción de los artículos que se pretende reformar, sobre el tema a tratar, según sea el caso.

Cabe agregar que un verdadero jurista debe aportar en sus tesis o doctrinas conocimientos nuevos –si no originales en su totalidad–, o bien, con diferentes matices, pues la originalidad radica –según Miguel Villoro Toranzo– en el

modo de explicar un problema, en la crítica o en los argumentos aducidos y hasta en la erudición de conocimientos poco divulgados.

En este orden de ideas, “los juristas modernos [salvo honrosas excepciones] olvidan la función creadora del derecho de sus antepasados, al limitar su actuación en el desarrollo del derecho existente, por lo que pocas veces se presentan cambios o innovaciones en las leyes de nueva creación, [o remontándose a aquellas que se denominan por la doctrina como históricas, retomarlas para darles nuevamente vigencia, claro ejemplo de esta situación fue el impuesto a la venta de bienes y servicios suntuarios inserto en la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio de 2002] puesto que son sumamente legalistas, lo cual significa que pretende que todos los problemas jurídicos encuentren solución en la ley promulgada y vigente, olvidándose...”<sup>38</sup> de aquél aforismo expresado por Planiol en el sentido de que “no es jurista el que conoce más decisiones jurisprudenciales, sino el que sabe valorarlas y criticarlas.”

Por las razones anteriores, es que el suscrito, –propone con base en lo descrito y expuesto a lo largo de este estudio– transformar a los tribunales administrativos mexicanos en sendos tribunales autónomos, –propriadamente dichos órganos constitucionales autónomos– por lo que a continuación pongo a consideración del foro académico la propuesta de reforma constitucional que formulo a favor de convertirlos en autónomos de los tres poderes clásicos y si por casualidad llegase este ensayo a manos de los encargados de iniciar leyes y despierta su interés a tal grado para llegar a proponerla como una iniciativa de ley, habrá obtenido este opúsculo su fin último, al lograr la transformación de los tribunales administrativos en tribunales constitucionales autónomos.

Dicha propuesta, se redacta en los siguientes términos:

---

<sup>38</sup> Mauricio Yanome Yesaki. *Los principios generales del derecho como instrumento de la interpretación jurídica en México* en Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen 2, Número 5 México, 2004. p.101.

MAURICIO YANOME YESAKI, mexicano, mayor de edad, ante ese H. Congreso de la Unión comparezco a exponer:

Que en ejercicio de mis derechos civiles y políticos como ciudadano mexicano por nacimiento y residente en el Estado de Nuevo León y con fundamento en el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tengo a bien a exponer a su honorable consideración, la siguiente iniciativa de

DECRETO QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS 49, 73, FRACCIÓN XXIX-H, 115, FRACCIÓN II, INCISO A), 116, FRACCIÓN V Y 122 BASE QUINTA PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, conforme a la siguiente:

#### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A fin de actualizar la Carta fundamental mexicana resulta necesario encontrar un criterio uniforme sobre como debe interpretarse en la actualidad el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el efecto de permitir su reforma y dar cabida a los órganos constitucionales autónomos.

Que el constitucionalismo moderno mexicano requiere un cambio estructural en la división del poder público, es decir, resulta imperativo transformar los tribunales administrativos en tribunales autónomos del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En la actualidad, ya no es posible sostener el debate de los tribunales administrativos con base a qué órgano de poder deben encontrarse adscritos, pues ya ha quedado deslindado a quien corresponde tal función. Tan es así, que la corriente predominante en estos momentos, se inclina a sostener que son y debe reconocérseles en la Carta Fundamental su autonomía plena frente a los tres poderes clásicos para que puedan gozar de una verdadera independencia al momento de dictar sus fallos, pues de otra manera, sería nugatoria la justicia que imparten y contraria al estado de derecho imperante en nuestro país.

La independencia de los jueces y Magistrados de los órganos jurisdiccionales, así como la imparcialidad que deben contener sus fallos, depende, —a decir de Javier Gómez de Liaño— de una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad del criterio del juez derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo.

Por último, quisiera dejar sentado que la redacción actual del inciso a) de la fracción II del artículo 115 constitucional, ha provocado muchas confusiones al

tener diversas interpretaciones, respecto de si se contiene en dicho numeral la posibilidad de instaurar tribunales administrativos municipales, razón por la que para erradicar las diferentes formas de concebir el contenido de esta disposición, es que se propone una nueva redacción que además de aclararla, establezca que los tribunales administrativos municipales deben ser autónomos de los tres poderes clásicos en que se divide el único poder que reside en México en el artículo 49 de nuestra Carta Fundamental.

Por las razones anteriores y con fundamento en las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos invocadas al proemio de la iniciativa de reformas a la Carta Magna, por el digno conducto de ustedes CC. Secretarios, me permito someter a la consideración del H. Congreso de la Unión, la presente iniciativa de

DECRETO QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS 49, 73, FRACCIÓN XXIX-H, 115, FRACCIÓN II, INCISO A), 116, FRACCIÓN V Y 122 BASE QUINTA PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,

ARTÍCULO ÚNICO. Se reforman los artículos 49, 73, fracción XXIX-H, 115, 116, fracción V y 122 Base Quinta párrafos primero y segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se integrará por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como por los órganos constitucionales autónomos que esta Constitución instituye. Será obligación de cada uno de ellos colaborar coordinadamente en sus respectivas funciones con los demás, según lo establecido por esta Constitución.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes u organismos en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 131 segundo párrafo.

Se reputan órganos constitucionales autónomos los siguientes: Banco de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Instituto Federal Electoral, Tribunales Administrativos, las Universidades Públicas.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I....

XXIX inciso h). Para expedir leyes que instituyan Tribunales de lo Contencioso Administrativo, dotados de plena autonomía orgánica y funcional e independientes de cualquier autoridad legislativa, administrativa o judicial, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Artículo 115. Los Estados, adoptarán para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo y popular, teniendo como base de su división territorial el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

I. ...

II. El objeto de las leyes a que se refiere el párrafo anterior será establecer:

a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad audiencia y legalidad. Asimismo, para instaurar tribunales administrativos, dotados de plena autonomía orgánica y funcional e independientes de cualquier autoridad legislativa, administrativa o judicial.

Artículo 116. El poder público de los Estados...

Los poderes de los estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

I. ...

V. Las Constituciones y las leyes de los Estados podrán instituir Tribunales de lo Contencioso Administrativo dotados de plena autonomía orgánica y funcional e independientes de cualquier autoridad legislativa, administrativa o judicial, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Artículo 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento...

C. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases:

BASE PRIMERA. Respecto...

BASE QUINTA. Existirá un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que tendrá plena autonomía orgánica y funcional e independientes de cualquier autoridad legislativa, administrativa o judicial para dirimir las controversias entre los particulares y las autoridades de la Administración Pública local del Distrito Federal.

Se determinarán ...

#### TRANSITORIOS

ARTÍCULO ÚNICO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

## XII. REFLEXIONES FINALES

PRIMERA. LOS argumentos para sostener que los tribunales administrativos deben estar adscritos tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial parten del principio de división de poderes, consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo único que cambia es la forma de interpretación que se da en la actualidad a dicha teoría.

SEGUNDA. LOS argumentos vertidos en las iniciativas estudiadas en este ensayo, a mi juicio, son insuficientes para lograr el objetivo trazado en las mismas, en virtud de que de una interpretación armónica y coherente del artículo 49 constitucional, se desprende que el constitucionalismo moderno requiere transformaciones sustanciales para dar cabida a los órganos constitucionales autónomos pues no hay que confundir los órganos del Estado con las funciones del mismo.

TERCERA. Resulta imperativo para la Suprema Corte de Justicia de la Nación transformarse en un verdadero Tribunal Constitucional y cuando esto suceda, se elimine el sistema mixto de administración de justicia administrativa del ordenamiento jurídico mexicano.

CUARTA. Una vez eliminado dicho sistema de justicia administrativa, deberá otorgarse a los tribunales administrativos autónomos, la facultad de emitir sentencias definitivas; esto es ulteriormente inmodificables, por otros órganos, salvo el Tribunal Constitucional que solo estará facultado para revisar si la sentencia dictada, se encuentra ajustada o no a la Constitución.

## XIII. BIBLIOGRAFÍA

- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. México, Ed. Porrúa, 1985. Tomo 1.
- CADENA ROJO, Jaime. *Orígenes y desarrollo del Contencioso Administrativo en México*. Revista del Tribunal Fiscal de la Federación. Segundo Número Extraordinario. México, D.F. s/a.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *La división de poderes y las fuentes del derecho en México, algunas reflexiones*. Jurídica, Número 26, Anuario, 1996.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime F. *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*. México, UNAM, 2000.
- CARRILLO CERVANTES, Yasbe Manuel. *La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado*. Disponible [en línea]: <http://www-azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/39-12.html>
- CARRILLO FLORES, Antonio. *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública en México*. México, Ed. Porrúa, 1939.
- CARRILLO FLORES, Antonio. *Estudio de derecho administrativo y constitucional*. México, Ed. UNAM, 1987.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México, Ed. Porrúa, 2001.
- GALVÁN MUÑOZ, Jesús. *Proyecto de decreto que reforma los párrafos primero y segundo del artículo 49 y el primer párrafo del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible [en línea]: [http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lk=155/Iniciativa Art\\_49\\_108Const Organismos Autonomos.html](http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lk=155/Iniciativa Art_49_108Const Organismos Autonomos.html)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La justicia administrativa en el cambio de siglo*. México, Ed. Fundap, 2003.
- y Aurelio Menéndez Menéndez. *El Derecho, la Ley y el Juez*. España, Ed. Civitas, 2000.
- HELÚ SAYEG, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1975. T. IV. P. 125.
- JIRÓN VARGAS, Enrique. *Lo contencioso administrativo*. Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1959.
- MARTÍNEZ LARA, Ramón. *El sistema contencioso administrativo en México*. México, Ed. Trillas, 1990.
- NAVA NEGRETE, Alfonso y Narciso Sánchez Gómez. *Justicia administrativa en México*. México, Ed. Fundap, 2002.
- RODRÍGUEZ R., Libardo. (coord.) *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*. Colombia, Ed. Temis, 1999.
- SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo*. México, Ed. Porrúa, 1992. Tomo II.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*. México, Ed. Porrúa, 1991.
- TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE TABASCO. *Textos Clásicos de Justicia Administrativa*. México, Ed. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Tabasco, 1998.
- TRISTÁN BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?* Argentina, Ed. Víctor P. De Zavalía, 1951.
- VALLARTA, Ignacio L. *Obras*. México, Ed. Porrúa, 1989. Tomo I.

VÁZQUEZ ALFARO, JOSÉ LUÍS. *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*. México, Ed. UNAM, 1991.

YANOME YESAKI, MAURICIO. *Los principios generales del derecho como instrumento de la interpretación jurídica en México* en Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen 2, Número 5 México, 2004.





## NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA *IUSTITIA*

Estas normas fueron elaboradas por el Consejo Editorial de la revista *IUSTITIA* del Departamento de Derecho del ITESM.

1. Sólo se publicarán investigaciones originales e inéditas. El idioma oficial de la revista es español. Sin embargo, se podrán publicar también artículos en inglés.
2. Los trabajos deberán entregarse impresos o por correo electrónico. El archivo que contenga el trabajo deberá tener formato de *Microsoft Word*, versión 6.0 o posterior. Se deberá utilizar el formato de letra conocido como *Times New Roman*, el tamaño de la letra 12, a espacio y medio.
3. La extensión de los trabajos se considerará caso por caso. Sin embargo, se sugiere que si es un artículo o comentario, el número de páginas sea razonable para que el mismo pueda ser publicado en un solo número.
4. Para las citas, y en general para el trabajo, se podrá utilizar cualquier metodología siempre y cuando sea coherente y uniforme.
5. Utilice notas al pie en lugar de notas al final del trabajo.
6. La única nota que podrá aparecer en el nombre del autor, antes del cuerpo de la investigación, será la nota de referencia del autor. Esta incluirá únicamente la siguiente información:

- a. Posición dentro del ITESM o la institución educativa en dónde sea profesor, o una breve nota a manera de título que describa su ocupación jurídica.
  - b. Grados académicos obtenidos a la fecha, incluyendo la institución en la que obtuvo cada uno de ellos.
  - c. Se podrán incluir agradecimientos en la misma nota, siempre y cuando éstos no abarquen más de cinco renglones.
7. El Consejo Editorial revisará los trabajos y los enviará a su autor con los comentarios respectivos, asignándole un plazo para su corrección y envío.
8. El autor, autorizará por escrito al Consejo Editorial a publicar su artículo; asimismo, se someterá a lo establecido por el Manual de Políticas de Derechos de Autor del Sistema ITESM.
9. Lo no previsto aquí será decidido por el Consejo Editorial o por el editor de la revista.

## LINEAMIENTOS DEL CONSEJO EDITORIAL DE LA REVISTA *IUSTITIA*

PRIMERO: El Consejo Editorial estará formado por un número determinado de profesores del Departamento de Derecho del ITESM u otra institución y un editor.

SEGUNDO: Las funciones de los miembros del Consejo Editorial serán las siguientes: a) Revisar los trabajos de investigación propuestos que les asigne el editor de la revista. La revisión de cada trabajo será hecha por tres miembros del Consejo Editorial, pudiendo ser uno de ellos el editor de la revista; b) Diseñar y modificar las normas editoriales de la revista; y, c) Promover la difusión y participación en la misma.

TERCERO: En la revisión de los trabajos de investigación, cada uno de los miembros del Consejo que esté participando podrá: 1° Aprobar el trabajo para su publicación; 2° Rechazar la publicación del trabajo en cuestión; o bien, 3° Agregar comentarios y sugerencias tendientes a la mejora del trabajo para lograr así su publicación. En todo caso, los fundamentos de la decisión se tendrán que entregar por escrito al editor, quien a su vez los hará llegar al autor del trabajo en cuestión.

CUARTO: La decisión de publicar o no un trabajo propuesto, será tomada por la mayoría de los tres miembros del Consejo que esté revisando el trabajo en cuestión. Podrá ser rechazada aquella investigación que no cumpla con lo preceptuado en las normas editoriales. Sin embargo, no podrá ser fundamento de rechazo tener un criterio, escuela de pensamiento o interpretación diferente a la del autor de la investigación.

QUINTO: La asignación del trabajo para la revisión que del mismo harán tres miembros del Consejo será hecha por el editor de la revista. Al momento de hacer la revisión, los miembros del Consejo no tendrán conocimiento alguno sobre su autor. Se procurará que los trabajos sean asignados de manera aleatoria y que la carga de trabajo sea proporcional para todos los miembros del Consejo. En caso de que algún miembro del Consejo presente alguna investigación para su publicación, no podrá ser uno de los tres miembros que den revisión a la misma.

Este número de la revista  
*IUSTITIA* editada por el  
Departamento de Derecho del  
ITESM Campus Monterrey, se  
imprimió en los talleres de Grafo  
Print Editores, S.A. La  
edición consta de 600  
ejemplares.

## **CLAUSTRO ACADÉMICO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO**

Dra. Ana María Alvarado Larios  
Lic. Alberto Francisco Rebolledo Ponce  
Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala  
Lic. Carlos A. Gabuardi Arreola  
Lic. César Luis Aranda Garza  
Dr. Donato Cárdenas Durán  
Dra. Doricela Mabarak Cerecedo  
Lic. Eloisa Fernández Rangel  
Lic. Gabriel Gerardo Farah Piñón  
Dr. Héctor Alejandro González Hernández  
Lic. Jorge Castañeda González  
Lic. Julio César Cruz Chavira  
Lic. Jorge Iván Salazar Tamez  
Lic. Luis Ernesto Aguirre Villarreal  
Lic. Marlon Omar López Zapata  
Dr. Rogelio Martínez Vera  
Lic. Rosa Gloria Alanís Sierra  
Lic. Rosa Aurora Moncayo de León  
Dr. Roberto Garza Barbosa

## **PROFESORES VISITANTES DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO**

Dr. Pedro Serna  
Lic. Carmelo Cattafi Bambaci



**TECNOLOGICO  
DE MONTERREY®**