

---I U S T I T I A---

Órgano de difusión del Departamento de Derecho del ITESM



Matías Romero

PUBLICACIÓN A CARGO DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
Febrero de 2002. Número 2
CAMPUS MONTERREY



I U S T I T I A

Órgano de difusión del Departamento de Derecho del ITESM



Matías Romero

PUBLICACIÓN A CARGO DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Febrero de 2002. Número 2

CAMPUS MONTERREY

IUSTITIA
ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
Número 2 febrero de 2002

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann
Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem
Rector del Campus Monterrey

C.P. Gerardo Luján Velázquez
Director de la División de Administración
y Finanzas

Lic. Donato Cárdenas Durán
Director del Departamento
y Carrera de Derecho

Responsable de la edición:
CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
Página electrónica: <http://www.mty.itesm.mx/daf/ij>
Correo electrónico: romartín@campus.mty.itesm.mx

IUSTITIA
Revista arbitrada

CONSEJO EDITOR

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

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

ÍNDICE

➤ <i>Nuestra portada</i>	9
➤ <i>Editorial</i>	11
➤ <i>Lineamientos que rigen para la publicación de colaboraciones escritas</i>	13
➤ <i>Concepto y naturaleza de la jurisprudencia</i> Por: Lic. Donato Cárdenas Durán	17
➤ <i>Las marcas ¿una obra de arte? (segunda parte)</i> Por: Lic. Roberto Garza Barbosa	55
➤ <i>El terrorismo a la luz del derecho internacional</i> Por: Drs. Carmelo Cataffi y Luis Eduardo Zavala de Alba	87
➤ <i>La legítima defensa en el derecho internacional</i> Por: Maestra Nicole Huiban	115
➤ <i>La corrupción gubernamental como un ataque frontal al estado de derecho</i> Por: Dr. Rogelio Martínez Vera	131
➤ <i>La evaluación como importante recurso didáctico en el aprendizaje del derecho</i> Por: Dra. Doricela Mabarak Cerecedo	171
➤ <i>El ejercicio de la profesión de Licenciado en Derecho en el siglo XIX</i> Por: Centro de Investigación Jurídica	187

NUESTRA PORTADA

Matías Romero nació en la ciudad de Oaxaca, el día 24 de febrero de 1837; fue hijo de una familia de clase acomodada, dedicada al cultivo del campo. Estudió sus primeros cursos escolares superiores en el Seminario Conciliar de esa ciudad, y sus cursos profesionales de derecho los llevó a cabo en el prestigiado Instituto de Ciencias y Artes del estado, la misma institución por la que ya habían pasado Benito Juárez, Porfirio Díaz e Ignacio Mariscal, importantes personajes en la historia de México. En 1855 se trasladó a la ciudad de México, en donde logró obtener su título de abogado, habiendo aprobado con éxito los TRES exámenes exigidos: Ante el Foro de la Barrera Mexicana de Abogados, ante los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ante los sinodales de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de México.

Hacia esa misma fecha, nuestro personaje ingresó al servicio público en la Secretaría de Relaciones Exteriores, ocupado un puesto burocrático muy modesto. Su capacidad, su apego al trabajo y el estudio de las convenciones y actividades diplomáticas, hicieron de Romero, una persona idónea para ocupar un cargo en la Legación de México en Washington, en donde en los años aciagos de la intervención francesa y la defensa de la República, fue designado por el Presidente Juárez, como el Jefe de la Legación. Ahí fortaleció Romero sus conocimientos diplomáticos y se adentró en el estudio de las finanzas públicas y del derecho tributario.

El conocimiento profundo que adquirió nuestro hombre, sobre el derecho financiero y fiscal, dio como consecuencia, que resultara a la restauración de la República, el funcionario idóneo para reestructurar la maltrecha economía mexicana. Por esta razón fue designado como Secretario de Hacienda y Crédito Público, cartera que desempeñó por casi doce años. Durante su gestión hacendaria se modernizó el sistema fiscal mexicano. Se implantaron nuevas y modernas contribuciones; se realizaron importantes reformas financieras y se reestructuró la deuda pública del Gobierno.

Ya en pleno régimen porfirista, el Presidente Díaz, conciente de los conocimientos de Romero en materia diplomática y de sus amplias relaciones en el mundo estadounidense, lo designó como Ministro de Relaciones Exteriores, cargo que desempeñó hasta su muerte, acaecida en 1899. Así como anteriormente brilló en el Ministerio de Hacienda, lo hizo posteriormente en la Secretaría de Relaciones Exteriores. Como homenaje a tan ilustre internacionalista, tanto la biblioteca como el Instituto de Estudios Superiores en materia diplomática que patrocina esta Secretaría de Estado, llevan desde su fundación, el nombre de Matías Romero.

Abogado brillante y mexicano de excelencia, es quien hoy engalana la portada de *IUSTITIA*. Le rendimos homenaje a un profesional del derecho que supo estar a la altura de su momento histórico.

EDITORIAL

Nos produce una profunda satisfacción aparecer en tiempo, con el segundo número de nuestra revista *IUSTITIA*. El compromiso contraído en el mes de agosto, cuando apareció el primer número, lo renovamos ahora con la más profunda convicción de la responsabilidad que estamos contrayendo con el ITESM, con las escuelas de derecho y con la comunidad estudiosa de la ciencia jurídica. Debido a la respuesta recibida y al entusiasmo despertado entre nuestras autoridades, hemos decidido hacer TRIMESTRALMENTE esta publicación. Por consiguiente, a partir de ahora, serán febrero, mayo, agosto y noviembre, los meses en que saldremos a la luz pública, con estudios jurídicos que procurarán abarcar todos los campos de la ciencia del derecho.

Seguimos firmes en la idea de publicar el producto de estudios e investigaciones de nuestros profesores y desde luego, los trabajos sobresalientes de nuestros alumnos. Invitamos ahora a los profesores de derecho de los 30 campus del Sistema, a que colaboren con nosotros, a que publiquen sus trabajos. La única condición que pedimos es que sean inéditos es decir, que no hayan sido publicados anteriormente. Nuestro Consejo Editorial determinará los trabajos que deban publicarse en cada número. Para tal efecto hemos insertado nuestro número de correo electrónico.

Hacer ciencia jurídica, estudiar las instituciones de derecho es parte del quehacer diario de nosotros los profesores de esta disciplina normativa. Es por ello que con pasión, con entusiasmo y con una gran fe en lo que estamos realizando, hemos entregado una parte importante de nuestro tiempo a esta hermosa tarea editorial.

En ***IUSTITIA*** creemos en el derecho como vehículo necesario para el mantenimiento de las relaciones humanas, para el sostenimiento y progreso del Estado y para la consolidación de la familia y de la sociedad. Pensamos que los ordenamientos jurídicos son la mejor forma de regulación de la conducta, cuando ésta produce consecuencias externas susceptibles de dañar o beneficiar a las personas. El derecho estamos seguros, es la manera más lógica y eficaz, de propiciar la armonía, la interdependencia social y la justicia entre los individuos.

I U S T I T I A

LINEAMIENTOS QUE RIGEN PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES ESCRITAS

Con el propósito de que nuestra revista *IUSTITIA* logre alcanzar la jerarquía que debe tener una *revista arbitrada*, se ruega tomar nota de los siguientes lineamientos aprobados por el CONSEJO EDITOR.

1.- La revista se publicará en forma trimestral y puntualmente, hacia los días 15 de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre de cada año.

1.- Las colaboraciones pueden presentarse en tres tipos de documentos: Crónicas, monografías y tesis.

Por *crónica* se entiende: El estudio detallado pero poco profundo de un tema jurídico o de un ordenamiento legal el cual en el caso del tema, ha sido abordado ya, por uno o varios autores, pero que en relación con él, se hacen comentarios tanto de carácter histórico como de actualidad o puntos de vista del autor de la citada *crónica*, que se consideran importantes. Ejemplo de una crónica: La Legislación Ambiental en el Contexto Mexicano, que apareció publicada en el número 1 de *IUSTITIA*.

La *monografía* por su parte, es una investigación documental, histórica y doctrinal de cierta profundidad, que se hace sobre un tema de conocimiento en este caso jurídico, que le permite al lector profundizar en el aprendizaje, repaso o actualización sobre dicho tema. Ejemplo de *monografía*: La Nacionalidad como Instrumento Fundamental del Derecho Internacional, publicada igualmente, en el número 1 de la revista.

Finalmente por *tesis* se entiende, la investigación minuciosa, cuidadosa y profunda que se hace sobre un determinado tema jurídico en el cual, el autor constata sus conocimientos y puntos de vista con otros, tanto de carácter legal como jurisprudencial y doctrinario, obteniendo una conclusión o resultado novedoso o inédito. Ejemplo de *tesis*: Las marcas, ¿Una obra de Arte?, también publicada en el citado número 1 de *IUSTITIA*.

2.- La extensión máxima recomendable para una *crónica*, es desde 4 y hasta 15 cuartillas, en tanto que la extensión para una *monografía* es desde 8 y hasta 20 cuartillas; finalmente, la extensión que como mínimo y máximo debe tener una *tesis*, es de 20 y hasta 40 cuartillas. Todo ello, a renglón sencillo en letra de 12 puntos. Si por razón del tema, el trabajo presentado para su publicación, requiriera un número mayor de cuartillas, la citada publicación se hará en dos y hasta en tres partes, en números sucesivos de la revista, de acuerdo con el dictamen emitido por el Consejo Editor.

3.- Podrán publicar trabajos en la revista, los estudiosos de la ciencia jurídica, con el siguiente orden de preferencias:

- a) Los profesores del Departamento de Derecho del Campus Monterrey
- b) Los profesores de Derecho de los diferentes Campus del Sistema
- c) Los alumnos de la Carrera de Derecho o aquellos alumnos que hayan cursado alguna materia jurídica en el Campus Monterrey y el trabajo se refiera necesariamente a un tema con contenido jurídico.
- d) Los alumnos de las carreras de Derecho de los diferentes campus del Sistema, así como los alumnos de otras carreras, con la condición de que se refiera el trabajo a algún tema cursado en alguna materia jurídica de su respectiva licenciatura o postgrado y,

- e) Los profesores, investigadores o estudiosos de la ciencia jurídica, independientemente de la institución educativa o jurídica en donde presten sus servicios o estén cursando sus estudios.

4.- En el caso de que se trate de un trabajo escrito de algún alumno, será necesario que se utilice como canal de envío a un profesor de derecho, quien deberá recomendar expresamente dicho trabajo al Coordinador de la revista.

5.- Los trabajos que se envíen para publicación en la revista, deberán ser inéditos, salvo el caso de que por su *alta calidad*, el Consejo Editor apruebe una segunda o ulterior publicación.

6.- Los trabajos que se entreguen con el propósito de que sean publicados, deben reunir los siguientes requisitos:

- a) **Ser originales.** El autor se preocupará porque dichos trabajos no sean simplemente copia de una ley, un decreto, un tratado o cualquier otro documento jurídico, al que simplemente se le hubieren agregado pequeños comentarios.
- b) **Tener rigor metodológico.** Todo trabajo debe, conforme a los principios fundamentales de la metodología jurídica, estar planeado, organizado y dirigido hacia el desarrollo de una idea o de un tema jurídico, el cual se vaya exponiendo con rigor lógico, congruente y ordenado, hasta llegar a propuestas o conclusiones interesantes o novedosas para el lector.
- c) **Bibliografía.** En todos los casos en que se haya hecho uso de bibliografía o material jurídico documental, sobre todo si son monografías o tesis, se deberá *comprobar en el cuerpo* del estudio, con citas de pie de página, el nombre del autor, el título de la obra, la empresa editorial, la fecha de la edición y la página del texto de donde se tomaron las ideas que se expresan. Si se tratare de fuentes de información tomadas de la red electrónica, se deberá citar también oportunamente dentro del texto, la fuente de información documental.

- d) **Formato.** Estar escritos en computadora, en letra tipo times new roman de 12 puntos a renglón sencillo, y presentarlos en forma escrita, con una copia en diskette, al coordinador de la revista, cuando menos 45 días antes de la fecha de publicación del nuevo número de la misma. Las colaboraciones que se reciban fuera de estos plazos, podrán ser tomadas en cuenta para la siguiente publicación.
- e) **Aprobación de trabajos para su publicación.** Dentro de los 45 y 30 días anteriores a la publicación de la revista, el Consejo Editor aprobará las colaboraciones que integren el material publicable en cada caso, cuidando el cumplimiento formal y la calidad de cada una de los trabajos recibidos.

7.- Los originales cuya publicación no sea aprobada, serán devueltos a sus autores.

8.- El Consejo editor está integrado por los siguientes profesores del Campus Monterrey:

*Lic. Donato Cárdenas Durán.- Director del Departamento y de la Carrera de Derecho.

*Dra. Doricela Mabarak.- Investigadora del Centro de Investigación Jurídica.

*Lic. Gabriel Cavazos Villanueva.- Director de la Maestría en Derecho Comercial Internacional.

*Dr. Rogelio Martínez Vera.- Coordinador del Centro de Investigación Jurídica.

Campus Monterrey del ITESM, febrero de 2002.

CONCEPTO Y NATURALEZA DE JURISPRUDENCIA

Por: Lic. Donato Cárdenas Durán*

I. DELIMITACIÓN DEL MARCO TEÓRICO

Este ensayo está compuesto fundamentalmente de dos aspectos: uno, el concepto de la jurisprudencia y el otro, su naturaleza. El primero es particularmente importante, ya que una vez establecido el concepto, se podrá determinar la verdadera naturaleza de la jurisprudencia.

Con el transcurso de la historia, el concepto de jurisprudencia ha sufrido ajustes lingüísticos metonímicos¹ que lo ubican en una idea diferente al término original, pero que incluye elementos relacionados con el mismo.

Con la intención de entrar en materia, sobre el concepto de jurisprudencia, lo primero que se puede determinar es que es un término compuesto de dos palabras: *iuris* y *prudencia*. *Iuris* que se refiere a *ius*, es decir a lo justo y *prudencia* cuyo significado original se refiere al conocimiento, más tarde es utilizado para identificar la cautela con la que actúan los tribunales. Aristóteles define la jurisprudencia como

^{*} Director de la Carrera y del Departamento de Derecho.

¹ La metonimia es una figura lingüística retórica, en la que se transfiere un término a otro y le da significado.

“la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que encaminan hacia la felicidad.”²

Desde el punto de vista de lo jurídico el concepto de jurisprudencia tiene su origen en la Roma Imperial, cuando con la calidad de *iuris prudentis* se reconocía a los más notables juristas mediante el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, por su elevado nivel de conocimientos jurídicos y por su habilidad para indagar sobre cuál era la solución más justa para cada uno de los problemas que se les planteaba.

Para los romanos, la jurisprudencia era el conjunto de opiniones emitidas por los jurisconsultos en la solución justa de casos concretos. Por lo que la jurisprudencia se refería al conocimiento jurídico que se tenía sobre lo justo.

El poder jurídico se concentraba en el *Pretor*, quien era el órgano oficial para la elaboración de los edictos, en los que se otorgaba el ejercicio de las acciones para solicitar justicia. Las opiniones emitidas por los *iurisprudentes*, quienes tenían el conocimiento para analizar y explicar los ordenamientos, no eran oficiales ni de aplicación obligatoria.

Como primer acercamiento al concepto, se deduce el significado de los dos términos de los que se compone la jurisprudencia: *iuris* y *prudentia*; *iuris* que se refiere a lo justo y *prudentia*, virtud de la inteligencia que conduce al conocimiento, es decir, la jurisprudencia es el conocimiento de lo justo.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISPRUDENCIA

Con la intención de delimitar el análisis del concepto y con el riesgo de perder de vista algún elemento esencial, se describe brevemente el desarrollo de 2000 años de jurisprudencia, en cuatro grandes períodos y que de manera definitiva se consideran han influido en la elaboración

² Carlos Ignacio Massini. La Prudencia Jurídica. Introducción a la genealogía del Derecho. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1983, pág. 21.

del concepto y naturaleza actual de la jurisprudencia: el primero, que corresponde a la compilación de Justiniano; el segundo el período del redescubrimiento de las compilaciones del Digesto; el tercero el que corresponde al desarrollo de las ciencias y la intención de elevar al derecho a la categoría de ciencia; y por último el cuarto período, el que identifica la época actual.

II. A PRIMER PERÍODO

En este primero período, el desarrollo e importancia de la jurisprudencia romana, entendida como la doctrina de los jurisconsultos cuya misión original era el análisis y explicación de la voluntad divina, alcanza su máxima expresión en los siglos I y II del imperio romano y no es sino hasta que el Emperador Augusto les otorga *el ius publice respondendi ex auctoritate Principis* a destacados juristas, cuando los escritos de los jurisconsultos se hacen de aplicación obligatoria para los jueces.

Los jurisconsultos asignaban significado a las normas jurídicas, mediante el estudio, análisis, determinación y explicación del derecho. Los jurisconsultos romanos, no sólo poseían el conocimiento del derecho, sino las reglas necesarias para la interpretación y la aplicación de la norma al caso concreto.

El elemento significativo de este proceso, es el análisis privado que del texto de la ley se realiza, y que se traduce fundamentalmente en un proceso de aclarar el sentido o explicar un texto jurídico.

Algunos de los grandes jurisconsultos de la época y constructores de la jurisprudencia clásica son:³

- a. Emilio Papiniano, que en sus obras muestra la fórmula casuística, como la típica característica en la jurisprudencia romana, aplicada a la solución de casos concretos.

³ Sara Bialostosky. Panorama del Derecho Romano. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1990, pág. 40.

- b. Domicio Ulpiano, sus aportaciones fundamentales de compilación, dieron origen al Digesto.
- c. Julio Paulo, sus comentarios acerca de los principios y las normas, establecieron las pautas de conducta que las personas debían seguir. (*Edicta*)
- d. Herennio Modestino, su actividad más importante es el estudio del derecho y sus principales aportaciones fueron los manuales destinados a la enseñanza y a la práctica profesional.

En el Digesto, Ulpiano define la jurisprudencia como “*el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.*”⁴ En esta definición sobre jurisprudencia se observa la separación del derecho romano de cualquier influencia religiosa, pero sobre todo, el carácter de ciencia al conocimiento de lo jurídico.

La jurisprudencia es producto de los criterios y doctrina emanada de las reflexiones de los jurisconsultos, quienes tenían el conocimiento y la práctica de la justicia.

A finales del siglo III la aplicación del *ius civile* es sustituido por el *ius constitutiones*, deja de otorgarse el *jus respondendi* a los juristas y se inicia la decadencia de la jurisprudencia clásica. La resolución de las controversias que se presentan, ahora se reserva fundamentalmente al emperador.

La jurisprudencia deja de ser la solución de casos por vía de la interpretación realizada por los juristas particulares para transferirse al dominio del estado.

En el año 529, Justiniano ordena la compilación y publicación de los escritos de los jurisconsultos de la época. Esta compilación de Justiniano que más tarde se conocería como el *Corpus Iuris Civile*, está compuesta de cuatro partes fundamentales:

1. Las Instituciones,

⁴ Digesto 1.1.10.2.

2. El Digesto o Pandectas,
3. El Código, y
4. Las Novelas.

Así el derecho romano está constituido esencialmente por la doctrina concentrada en la jurisprudencia de los jurisconsultos y no por los ordenamientos emitidos por los Pretores. La compilación de Justiniano constituye una acumulación de experiencias de los jurisconsultos de la época, con lo cual el derecho no escrito pasa a ser el derecho escrito.

La jurisprudencia es considerada como la ciencia del derecho ya que de acuerdo con el concepto y el resultado, implican un conocimiento y un método.

De acuerdo con el concepto tradicional de Ulpiano, la jurisprudencia implica un conocimiento de lo humano en su aspecto jurídico y un método para la solución de los casos que se les presentan, mediante un proceso de interpretación. Estos elementos servirán de fundamento y estudio para la jurisprudencia moderna.

II. B SEGUNDO PERÍODO

A finales del siglo XI, la jurisprudencia tuvo su renacimiento con el redescubrimiento de la compilación, que sobre el derecho romano, fue ordenada por Justiniano.

Se considera que el descubrimiento del *Digesto* en Pisa, fue objeto de los primeros estudios sistemáticos en las escuelas de derecho de Europa, que tuvo en la escuela de Bolonia de Irnerio su principal expositor, quien buscaba fundamentalmente establecer el verdadero significado de la compilación de Justiniano.⁵

⁵ Rolando Tamayo y Salmorán. La Universidad Epopeya Medieval. Universidad Autónoma de México. México. 1987, pág. 29.

Con la intención de lograr la aceptación más generalizada y la aplicación más práctica que teórica del derecho romano, la escuela de los Glosadores, fundamentalmente exegética, interpretan y explican la letra de la ley utilizando elementos del derecho germánico.

A los Glosadores siguen los postglosadores o comentaristas en el siglo XIV, quienes elaboran una nueva ciencia del derecho con base en su doctrina elaborada apenas apegadas al texto romano, e influenciado por el derecho germánico y el canónico.

Los Comentaristas imponen la necesidad de derivar las normas jurídicas de los conceptos, construyendo un nuevo derecho de aplicación práctica y adaptado a las necesidades de la época.⁶

Durante este período cambia el sentido de la jurisprudencia elaborada por los postglosadores, ya que con sus métodos de interpretación modifican el significado del lenguaje original del derecho, construyendo una nueva norma con cada uno de sus comentarios.

La doctrina de los comentaristas o postglosadores sirve de fundamento para el surgimiento de lo que hoy se conoce como la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX.

En este período, se establecen las bases para que la jurisprudencia pase de ser una simple acumulación de experiencias prácticas de los jurisconsultos romanos, a una jurisprudencia construida científicamente.

II. C TERCER PERÍODO

En el tercer período se desarrollaron una serie de métodos y se recomendaban los contenidos que, de acuerdo con los juristas que los proponían, deberían ser utilizados para la formulación de la jurisprudencia moderna. Los conceptos, los fines, el análisis lógico, los valores o los elementos de la realidad social son contenidos que deberán ser utiliza-

⁶ Rodolfo Sohm. Traducción de Wenceslao Roces. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Gráfica Panamericana, S, de R.L México, 1951, pág. 81.

dos para la producción de la jurisprudencia y por lo tanto para la aplicación del derecho al caso concreto.

El período comprendido entre los siglos XVI y XVIII es considerado la época de la recepción del derecho romano, generado no sólo por el *Corpus Iuris Civile* sino adicionado también con las aportaciones de los glosadores y comentaristas. En Alemania no se aceptó la recepción del derecho romano, ya que lo que se pretendía imponer era el *ius gentium* y no el *ius civile*.

A principio del siglo XVIII surge la escuela del Derecho Natural racionalista que influye en el movimiento codificador que trasciende a la jurisprudencia, cuya intención fundamental es elevarla a la dignidad de ciencia mediante el establecimiento de principios generales e inmutables, aplicables a todos los tiempos.

Los principales opositores a la recepción del derecho extranjero estaba fundada en la idea de una recepción del derecho romano puro. Argumentaban que con la glosa y los comentarios, el derecho clásico ya no era el que históricamente había compilado Justiniano. Influenciado por las ideas de Savigny, la jurisprudencia alemana inicia los estudios históricos del *Corpus Iuris Civile*, con lo que se inicia la elaboración de una nueva ciencia del derecho germánico y la decadencia de la escuela del derecho natural.

Los fenómenos jurídicos fueron estudiados como un conjunto sistematizado de proposiciones analíticas de verdades lógicas y contingentes.

Fundamentalmente elaborada por académicos, las ideas acerca de la jurisprudencia fueron evolucionando tomando en consideración los elementos histórico-conceptuales, los intereses controvertidos, los fines, los valores, la realidad social y otros aspectos necesarios para resolver los casos concretos.

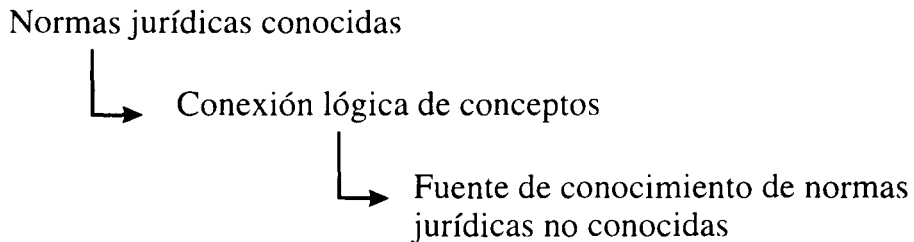
II. C.1 LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

Con la idea del retorno a las fuentes romanas, en que se basa la escuela histórica de Savigny, surge como oposición a la idea de un Derecho Natural común (*ius gentium*) restaurando la idea de buscar fundar y explicar la norma regresando a las fuentes del derecho romano clásico. Savigny y las ideas de la escuela histórica, más tarde influyeron directamente en la elaboración del Código Civil Alemán de 1878.

Las ideas de la escuela histórica de Savigny estimularon el establecimiento de la jurisprudencia formal de conceptos de Puchta. La jurisprudencia de conceptos explica que las normas jurídicas tienen su origen en el espíritu del pueblo y están en conexión lógica unas de otras y además, ésta conexión lógica, es fuente de conocimiento de normas jurídicas no conocidas.

La jurisprudencia, sigue considerándose un conocimiento de lo jurídico, agregándose la idea de una conexión lógica para llegar al conocimiento original.

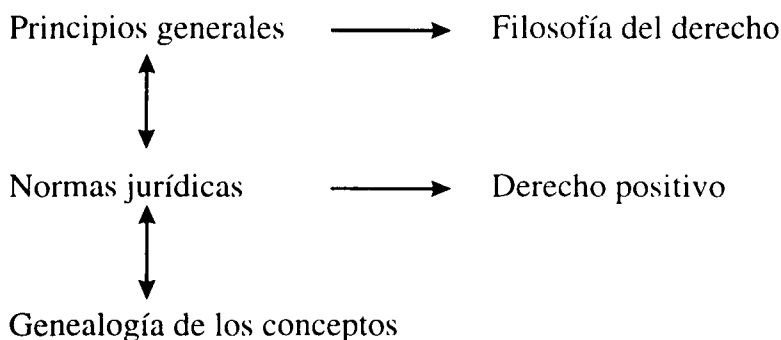
Las características de la jurisprudencia de los conceptos de Puchta se observan en la siguiente gráfica:



Gráfica 1

Escribe Puchta que la misión de la ciencia del derecho es el conocimiento de las normas jurídicas en su conexión orgánica con los principios generales. Es decir, mediante la genealogía de los conceptos que

se expresan en el conocimiento científico del fenómeno jurídico, se observan todos los elementos que han participado para su formulación y como resultado se llega al objeto de la ciencia jurídica:⁷



Gráfica 2

En la gráfica 2 se muestra una pirámide de conceptos en donde se describe un sistema lógico basado en la génesis del derecho de Savigny y relacionado con el pensamiento organológico de Schelling, en donde todo proviene de los principios generales del derecho.

Siendo la ciencia jurídica una ciencia legislativa, histórica y filosófica, para el logro de la fidelidad de los conceptos vertidos por el legislador, es fundamental utilizar la etimología como medio auxiliar para identificar el verdadero sentido del discurso jurídico.⁸

En esta jurisprudencia de la Corte se muestra la utilidad de la jurisprudencia de conceptos en la solución de controversias:⁹

⁷ Karl Larenz. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel. Barcelona, 1980, pág. 26.

⁸ Apuntes de Oscar Correas sobre la Ciencia y la Crítica del Derecho. Universidad Autónoma de Puebla. S/f y s/e, pag. 4.

⁹ Quinta Época. Instancia: PlenoFuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XVII. Página: 1216.

BIENES MUEBLES E INMUEBLES. Los bienes son muebles o inmuebles por su naturaleza o por disposiciones de la ley. Son inmuebles por su naturaleza, aquellos que forman parte de la tierra, que están adheridos a ella; y por disposición de la ley, aquellos que por ciertos efectos civiles, la misma ley reputa como inmuebles. Son bienes muebles por su naturaleza, los que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya por sí mismos, ya por efectos de una fuerza exterior; y muebles por determinación de la ley, las obligaciones, derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal; asimismo, lo son todo los no comprendidos por la ley, en la clasificación de inmuebles.

Amparo civil directo 1171/22. Aguilar María Víctor. 7 de noviembre de 1925. Mayoría de seis votos, en cuanto al primer punto resolutive. Disidentes: Jesús Guzmán Vaca y Francisco Díaz Lombardo. Unanimidad de ocho votos, en cuanto a los puntos segundo y tercero de este fallo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Una de las críticas fundamentales a la jurisprudencia de conceptos es el alejamiento, que en este proceso tuvo la ciencia del derecho de la realidad social, política y económica, ajustándose únicamente al sentido original del derecho clásico.

Hacia 1847 la crítica se acentuó y el ataque a la jurisprudencia de conceptos, cuya principal aspiración era la comprensión de la norma con fundamento en las fuentes del derecho romano y que según Kirchmann, no aportaba nada a la práctica jurídica.

Por lo anterior se deduce que el principal error de la jurisprudencia de conceptos, es la dedicación excesiva a la explicación de situaciones jurídicas de la época con el modelo histórico del derecho romano, lo cual le impidió seguir como derecho civil vigente; pero también influyeron una serie de eventos de carácter históricos, sociales y económicos que predominaban en el XVIII y principios del XIX.

Durante todo este tiempo para el estudio y conocimiento de la jurisprudencia se desarrollaron una serie de métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del derecho vigente.

La Jurisprudencia como ciencia busca la verdad legal y pretende descubrir y elaborar una estructura de **conceptos** y conocimientos cada vez más generales, eliminando los aspectos **accidentales**. Los conceptos son la sustancia, es decir, el elemento que hace que una cosa sea lo que es.

La jurisprudencia construye el derecho como ciencia y lo convierte en un sistema de conocimientos sobre la sustancia, la esencia, los elementos fundamentales que hacen que el derecho sea lo que es y no otra cosa.

II. D CUARTO PERÍODO

En la época actual, la jurisprudencia es conocida fundamentalmente como las resoluciones que se originan en los tribunales interpretando la norma legislada.

Esta idea de jurisprudencia corresponde a la época del positivismo jurídico, en la que se cree que la solución de todos los casos se alcanza mediante la aplicación de métodos puramente intelectuales, sin recurrir a criterios de valor.

El método propuesto por el positivismo jurídico, para la solución del caso concreto mediante la estricta aplicación de la norma, es el de la hermenéutica jurídica, invocando como medios de interpretación el gramatical, el lógico, el extensivo o el restrictivo, el analógico o el argumento en contrario.¹⁰

Este cuarto período se caracteriza por una serie de estudios doctrinarios que proponen las reglas y fórmulas, que deben observar los en-

¹⁰ Gustav Radbruch. Introducción a la Filosofía del Derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 122.

cargados de resolver los casos que se les presentan, a la luz del derecho codificado.

Como oposición al positivismo jurídico, hacia 1906 surge en Alemania un movimiento que promueve la idea del *derecho libre*, tomando como base no el derecho emanado del estado, sino un derecho positivo considerado como una serie de convicciones sobre lo que es justo en una época y lugar, determinados por la voluntad y el poder de la sociedad, como los elementos esenciales de validez. El derecho positivo no es reconocido sólo como un derecho estatal, sino como un derecho que se ajusta a la realidad social.

Kantorowics, principal promotor de la idea del derecho libre en Alemania, dice que este movimiento tiende hacia la meta más alta de la juridicidad: la justicia.

Con el derecho libre el juez debe resolver el caso concreto que se le presenta aplicando la norma legislada, siempre que ésta ofrezca la solución más justa de acuerdo con las necesidades de la sociedad. En caso contrario deberá resolver el caso tomando en consideración la idea del derecho libre.

En esta fórmula para la solución de casos concretos, la decisión de los tribunales que resuelve la controversia, no deberá tener como fundamento único la aplicación del derecho estatal, sino una serie de elementos originados en la voluntad y en las necesidades de la sociedad.

La siguiente tesis de los Tribunales Colegiados muestra las afirmaciones anteriores sobre la solución de controversias basadas en normas formuladas tomando en consideración las ideas de la jurisprudencia del derecho libre:

DIVORCIO. INTERPRETACION DE LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII. DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La disposición en comento establece como causal de divorcio necesario: "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera" (*sic*) "de ellos". Después de haberse hecho un estudio profundo del con-

tenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las causas reales que la originaron y los fines perseguidos, este Tribunal considera que, la causal de divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casadas sólo mantienen el vínculo formal, el que en la realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentren en esa situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en ésta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos: a) que la separación se da con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como pueden ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación de la especie, etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquiera índole que así lo revelen; y b) que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, o su tramitación en forma voluntaria, o actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio.¹¹

Estas ideas, en las que la jurisprudencia no es sólo la interpretación y aplicación del derecho legislado, sino resultado de una serie de motivaciones cambiantes y ajustadas a las necesidades de la sociedad, trajeron como consecuencia la elaboración de nuevas formas de concebir a la jurisprudencia elaborada por los tribunales, en la solución de los conflictos de intereses que se les presentan.

¹¹ Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 86-2, Febrero de 1995, Tesis: 1.40.C. J/62 Página: 31.

II. D.1 LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

La jurisprudencia de intereses surge como resultado de los estudios jurídicos sobre los problemas acerca de los principios que deben seguir quienes tienen la función judicial de dictar las sentencias.

La función del juez no es sólo una función cognoscitiva sobre la aplicación de la norma legislada, sino que existen casos en los que la propia ley lo comisiona para que resuelva la controversia, tomando en consideración su propio criterio.

Como parte de la influencia de la jurisprudencia de intereses y el positivismo jurídico en nuestro derecho, el artículo 18 del Código Civil Federal establece que: “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.”

El artículo 19 del mismo ordenamiento establece que: “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.”

Con la misma idea, el artículo 20 establece que: “Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.”

Dos aspectos importantes se pueden rescatar de estas normas: uno, el que corresponde a la idea de que el derecho no es una obra hecha, perfecta y acabada, es decir, existe la posibilidad de que el legislador no haya previsto todos los casos que se puedan presentar y que la inexistencia de una norma aplicable, no justifica que el juez para dejar de resolver la controversia. El otro, la determinación de las reglas, principios y formulas que deberá observar el juzgador para resolver el conflicto.

En este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Colegiado ha establecido el siguiente criterio:¹²

JURISPRUDENCIA. CASO EN QUE SU APLICACIÓN ESTÁ SUJETA AL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD. La jurisprudencia puede ser de distintos tipos: confirmatoria, o sea, aquella que simplemente corrobora el sentido claro y preciso de una ley; interpretativa, cuando determina el alcance de una norma legal definiendo su contenido; y supletoria, la que llena una laguna de la ley, por no haber previsto el legislador todas las hipótesis que pudieran presentarse sobre un problema jurídico determinado, caso en el que, ante el vacío de la ley, la jurisprudencia viene a constituir una verdadera fuente formal del derecho, al integrar al orden jurídico una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria. Esta jurisprudencia supletoria tiene su fundamento en el artículo 14 constitucional, que establece que en los juicios del orden civil la sentencia debe ser conforme a la letra o interpretación de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho; así como en el artículo 18 del Código Civil Federal, que prescribe que el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los Jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia. Así, el Juez o tribunal que a falta de una ley aplicable resuelve conforme a los principios generales del derecho, excede la función de mera interpretación, pues crea nuevas normas jurídicas y de esa forma los casos no previstos por las leyes, son resueltos por la jurisprudencia, que adquiere obligatoriedad para ser aplicada por los tribunales. Ahora bien, en esa hipótesis la aplicación de la jurisprudencia está sujeta al principio de no retroactividad consignado en el artículo 14, primer párrafo, de la Constitución Federal, porque, al igual que la ley, su ámbito temporal de validez se inicia en el momento de su emisión y publicación, que es cuando queda integrada al orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial era incompleto, por lo que no puede regir hacia el pasado sin contrariar la garantía de seguridad jurídica que consigna el referido precepto constitucional.

¹² Novena Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, marzo de 2000 Tesis: IV.1o.P.C.9 K Página: 1002.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 655/98. Fianzas México Bital, S.A., Grupo Financiero Bital. 9 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: María Isabel González Rodríguez.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 5/97, resuelta en Diciembre de 2000. Tesis: P./J. 145/2000. Página: 16

Independientemente de la resolución de contradicción de la tesis anterior, se observa como la función de la jurisprudencia no es sólo la interpretación de la ley, sino la de creación cuando exista la obligación del juez de resolver y no exista norma legislada aplicable al caso concreto.

La jurisprudencia de intereses surge como oposición a la escuela del derecho libre y es influenciada por las ideas de Ihering. En el método propuesto por Heck, principal promotor de la jurisprudencia de intereses, se establecen dos funciones elementales de la misma: la elaboración de normas y su ordenación.¹³

Por lo que reconoce la necesidad de formular conceptos clasificatorios para alcanzar dicha ordenación con relación a ciertos valores jurídicos de carácter suprahistóricos.

II. D.2 LA JURISPRUDENCIA DE VALORES

Son evidentes las aportaciones a la ciencia del derecho realizadas por la jurisprudencia de conceptos, independientemente de los elementos históricos que contribuyen a su construcción, en la elaboración de ele-

¹³ Luis Recasens Siches. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Editorial Porrúa. México, 1980, pág. 67.

mentos conceptuales que sirven de base para la solución de casos concretos cuando se interpretan las leyes.

La siguiente jurisprudencia ilustra la afirmación anterior:¹⁴

LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de *ad procesum* y se produce cuando el derecho que se cuestiona en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación *ad causam* que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestiona, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación *ad procesum* es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la *ad causam*, lo es para que se pronuncie sentencia favorable.

En la formulación de la norma, en vistas de regular un caso concreto, es evidente que el legislador tuvo en cuenta una serie de valoraciones y consideraciones de justicia para determinar los intereses en conflicto. Así mismo para la aplicación de la norma es necesario valorar el caso concreto y asignarle significado con miras a resolver la controversia de la manera más justa posible.

La siguiente tesis describe como las controversias que se suscitan en los conflictos de intereses, existen elementos de valoración:¹⁵

INCAPACITADOS AMPARO INTERPUESTO POR LOS. Si se interpone queja contra el auto que admitió la demanda de amparo interpuesta por una persona

¹⁴ Novena Epoca. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VII, Enero de 1998. Tesis: 2a./J. 75/97, Página: 351.

¹⁵ Quinta Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXXXV Página: 723.

declarada, por sentencia ejecutoriada, en estado de interdicción, por incapacidad mental, siendo el estado de interdicción, conforme al artículo 23 del Código Civil del Distrito, una restricción a la personalidad jurídica, que hace que los incapaces sólo puedan ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, es indudable que la agraviada no pudo, por sí misma, promover el juicio de garantías; pero, como puede suceder que, como lo asegura, dicha sentencia de interdicción haya sido pronunciada ilegalmente, sin haberse observado las formalidades esenciales del procedimiento y privándola de defensa, violando por ello, en su perjuicio, garantías individuales, tal situación debe tener un remedio legal. Ese remedio, se encuentra en el artículo sexto de la Ley de Amparo, conforme al cual, el menor de edad podrá pedir amparo, sin la intervención de su legítimo representante cuando, éste se halle ausente o impedido; pero en tal caso, el Juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrar un representante especial para que intervenga en el juicio. Ese artículo es aplicable al caso, por analogía y por identidad de razón. En efecto, tanto el menor, como el privado de inteligencia por locura, imbecilidad, demencia o idiotismo, son incapaces; su personalidad jurídica se encuentra restringida, y no obstante ello, el expresado artículo sexto provee a la defensa del incapaz por causa de minoridad, autorizando el nombramiento de un representante especial. En el caso en que la quejosa lanza cargos a su representante legítimo y forzoso, debe estimarse que, éste se encuentra incapacitado para defenderla en el juicio de garantías; en situación semejante, el artículo 456 del Código Civil dispone, que cuando los intereses de algún incapacitado sujeto a tutela, fueren opuestos a los de su tutor, éste lo pondrá en conocimiento del Juez quien nombrará un tutor especial, que defienda los intereses del incapaz, mientras se decide el punto de oposición, y en su artículo 581, fracción II, ordena que la mujer, en los casos en que pueda querellarse de su marido o demandarlo para asegurar sus derechos violados o amenazados, ser representada por un tutor interino, que el Juez le nombrará. En consecuencia, es innegable la analogía e identidad de razón, que existe entre la situación planteada en el caso y la prevista por el artículo 6o. de la Ley de Amparo. Así pues, para respetar la situación jurídica de la incapacidad, en que legalmente debe presu-

mirse que se encuentra la quejosa, y la presunción de legalidad de la sentencia de interdicción recurrida en el amparo, conciliando esa situación con la defensa de la propia quejosa y darle posibilidades de que demuestre las violaciones de garantías que alega en su demanda, debe declararse fundada la queja y modificarse el auto recurrido, para el efecto de que la autoridad en contra de quien se endereza, teniendo por presentada y admitida la demanda, no ordene su tramitación, sin que previamente proceda a nombrar a la quejosa un representante especial, de reconocida honorabilidad, que intervenga en el juicio constitucional, retrotrayendo los efectos de la queja, tanto en lo principal como en el incidente de suspensión, al momento en que dio entrada a la demanda.

Queja en amparo civil 240/45. Orbe y Urquiza Antonio de, y coagraviado. 30 de julio de 1945. Mayoría de tres votos. Ausente: José, Rebolledo. Disidente: Teófilo Olea y Leyva. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Lo anterior demuestra también como los conceptos y los valores forman una parte importante en la elaboración de la jurisprudencia independientemente que dicho conceptos tengan su origen en elementos contingentes de carácter histórico, presunciones de valores fundamentales o principios jurídicos acerca de la idea del derecho.

II. D.3 LA JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA

La jurisprudencia sociológica aparece a finales del siglo XIX, surge como resultado de los problemas prácticos planteados en la función judicial, motivados por los cambios en las nuevas realidades sociales, en los que las reglas del *common law* debían ser interpretadas, no sólo por la vía del razonamiento deductivo sino por métodos inspirados en las ideas de justicia y del bienestar social.

Los juristas más destacados promotores de la jurisprudencia sociológica son: Roscoe Pound de la Universidad de Harvard y los Magis-

trados de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes y Benjamín Cardozo.

Al igual que en la jurisprudencia romana, la jurisprudencia sociológica pretende averiguar cómo se puede llegar a resolver un caso concreto mediante la solución más justa. La justicia dice Pound, “debe alcanzarse con o sin el derecho”.

La jurisprudencia sociológica trata de conciliar al derecho con las realidades de la vida social, por lo que el derecho cambia cuando cambian las condiciones de la vida social y no está sujeto a principios eternos e inmutables.

En la jurisprudencia por contradicción sustentada por la Suprema Corte de Justicia que se transcribe, se evidencia la influencia de la jurisprudencia sociológica en nuestro derecho.¹⁶

JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta “conformación o integración judicial” no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la

¹⁶ Novena Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Diciembre de 2000. Tesis: P./J. 145/2000. Página: 16.

jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.

Contradicción de tesis 5/97. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 10 de octubre de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: José, de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número 145/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de dos mil.

Se hace notar también la influencia de la jurisprudencia sociológica en el sentido de la “interpretación” que los tribunales hacen cuando aplican la ley a un caso concreto.

III. LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO MEXICANO

La jurisprudencia, como interpretación del texto de la ley, se deja entre ver por primera vez en el artículo 41 de la Ley de Amparo de 1882 cuando establece que las resoluciones que emita la Suprema Corte de Justicia, deberán estar fundadas principalmente en el texto Constitucional o bien en sus propias interpretaciones que sobre el texto constitucional se realiza.

Las ejecutorias de la Corte servirán de fundamento para las sentencias de los jueces, las cuales se fundarán en el texto Constitucional y

en las doctrinas de los autores; así lo establece el artículo 34 de dicho ordenamiento.¹⁷

Dos aspectos que se pueden destacar de lo anterior: uno, el valor que la Ley reglamentaria le otorgaba a la doctrina de los autores; el otro, el sentido que la Corte le haya dado al texto constitucional, con este segundo elemento, se deduce la condición de la jurisprudencia como interpretación del texto de la ley.

La idea de jurisprudencia que establece el artículo 785 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908, se deduce fundamentalmente que en ésta, está contenida en las ejecutorias establecidas por la Suprema Corte de Justicia. De tal suerte que la jurisprudencia es la opinión que sobre determinado asunto emite la Corte y que se expresa en una ejecutoria que resuelve una controversia. Sin embargo las ejecutorias adquirirán el carácter de jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias, votadas por nueve o más de sus miembros, no interrumpidas por otra en contrario.

La observancia obligatoria de la jurisprudencia se extiende a los jueces de distrito y al órgano que la emite; sin embargo la Corte podrá emitir nueva tesis contrariando la ya establecida, siempre que explique las razones de la contradicción.

La Ley de Amparo de 1919, reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Federal sigue la fórmula del Código Federal de Procedimientos Civiles para su establecimiento, modificando lo referente a los votos, disminuyendo a siete o más de sus miembros, agregado la obligatoriedad para Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito y Tribunales de los Estados, Distrito Federal y Territorios.

La Ley de Amparo de 1936 reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal en sus artículos 192 y 193 restringen la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia a la Constitución y las leyes federales, siguiendo la fórmula de cinco ejecutorias no interrumpidas

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Historia del Amparo en México. Tomo IV, México 1999, pág. 627.

por otra en contrario, disminuyendo a cuatro el voto de los Ministros cuando se trate de jurisprudencia de las Salas y a once cuando se trate del Pleno.

Con las reformas de la Ley de Amparo en 1951 se agrega, a las formas reiterativas de formular jurisprudencia, la jurisprudencia por contradicción, rompiendo el esquema original de reiteración, adicionado el de unificación cuando exista contradicción entre las resoluciones emitidas por la Suprema Corte funcionado en Pleno o en Salas y la de los Tribunales Colegiados. Así se establece en los artículos del 193 bis al 195 bis de la ley citada, en las que se incluyen las contradicciones de tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito. La Sala que corresponda deberá resolver la contradicción de los Colegiados, con la misma fórmula de solución a la contradicción de jurisprudencia de la Corte. La contradicción de tesis elaborada por las Salas, deberá ser resuelta por el Pleno.

Las reformas a la Ley de Amparo en 1968 en los artículos 192, 193 y 193 bis, modifican los contenidos en la formulación de la jurisprudencia, agregando la interpretación que se hace, no sólo de la Constitución y las leyes federales sino también la de las locales. También los Tribunales Colegiados establecen jurisprudencia y será obligatoria para ellos mismos y para aquéllos que funcionen dentro de su jurisdicción territorial.

IV. CONCEPTO

La evolución del concepto de jurisprudencia, entendida originalmente como las opiniones de los jurisconsultos romanos, hasta nuestros días considerada como el conjunto de criterios elaborados por los tribunales cuando interpretan el texto de la ley en el proceso de aplicación en la solución de controversias específicas, ha desempeñado un papel fundamental en la determinación del significado de las estructuras jurídicas en nuestro sistema.

Todo lo anteriormente descrito y explicado nos da la idea que desde su origen la jurisprudencia siempre fue concebida como ciencia del derecho. Sin embargo, esencialmente los jurisprudenciosos romanos fueron académicos, por lo que la jurisprudencia se concebía también como enseñanza de la doctrina que se elaboraba como resultado de los casos que se les presentaba a los jurisprudentes. En la concepción moderna, la jurisprudencia se identifica con los contenidos de las resoluciones de los tribunales legitimados para elaborarla.

John Austin considera que la jurisprudencia es una reflexión, explicación y descripción del derecho positivo realizada por los juristas.¹⁸

Es evidente que las ideas de Austin no incluyen la posibilidad de que la jurisprudencia sea fuente creadora de derecho y la reduce a una mera interpretación de la ley tal y como ésta se presenta.

El valor del concepto sobre jurisprudencia de Austin, es precisamente que esa interpretación puede llevarse a cabo, en sentido amplio, por los juristas, es decir, no sólo por quien realiza la función judicial, sino por cualquier que tenga el conocimiento de la ciencia del derecho. Ya desde la Ley de Amparo de 1882 se promovía la idea de que las sentencias de los jueces deberán estar fundadas no sólo en las ejecutorias de la corte y en el texto de la Constitución, sino también en doctrina.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido el siguiente criterio acerca del significado del concepto de jurisprudencia:¹⁹

INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Interpretar la ley es desentrañar su sentido y por ello la jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la de mayor importancia, que tiene fuerza obligatoria según lo determinan los artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo reformada en vigor, según se trate de jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o a través de sus Salas. En síntesis: la jurisprudencia es la

¹⁸ Rolando Tamayo y Salmorán. Elementos para una Teoría General del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pág. 52.

¹⁹ Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, XLIX. Página: 58.

obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley, debiendo acatarse, la que se encuentra vigente en el momento de aplicar aquella a los casos concretos, resulta absurdo pretender que en el período de validez de una cierta jurisprudencia se juzguen algunos casos con interpretaciones ya superados y modificados por ella que es la única aplicable.

Amparo directo 2349/61. Miguel Yapor Farías. 24 de julio de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Tesis relacionada con jurisprudencia 143/85.

Con la intención de analizar el concepto de jurisprudencia elaborado por la Corte se pueden distinguir tres elementos esenciales:

- a. Es interpretación,
- b. Es determinación del sentido de la ley,
- c. Es obligatoria.

En cuanto a la interpretación, éste es un vocablo que significa explicar aclarar el sentido. En su sentido más tradicional está compuesto de dos palabras *inter* que significa entre, es decir, estar en medio y *preto*, supongo que se refiere estrictamente al pretor, quien era el encargado oficial de formulación de la ley en el derecho romano. Así interpretar en sentido literal significa estar entre lo que dice el pretor y el hecho concreto. Es decir quien interpreta esta entre lo que dice el pretor (la ley) y el hecho concreto al que se pretende aplicar la norma formulada.

Si el concepto de interpretación se ajusta a la situación actual en el derecho mexicano, se diría que la función de la jurisprudencia es aclarar o dar sentido a lo que dice el legislador. Esta aclaración o dar sentido implica asignar significado de acuerdo al hecho o situación particular del caso.

Como segundo elemento, la determinación es un término que se utiliza para el establecimiento de límites. Esta determinación de los límites con la intención de no aplicarla a hechos o casos semejantes sino con idénticos supuestos.

Finalmente como tercer elemento, la obligatoriedad está determinada por aspectos contingentes, como por ejemplo el número de resoluciones en el mismo sentido cuando se trata de jurisprudencia por reiteración o cuando se trata de jurisprudencia por contradicción.

Así, con las ideas anteriores se puede afirmar que genéricamente *la jurisprudencia es un proceso mediante el cual se aclara y se establecen los límites de significado de lo que dice el legislador*. El problema surge cuando el legislador no ha dicho nada acerca de la controversia que se plantea.

En este sentido se ha elaborado la siguiente tesis:²⁰

JURISPRUDENCIA. CASO EN QUE SU APLICACIÓN ESTÁ SUJETA AL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD. La jurisprudencia puede ser de distintos tipos: confirmatoria, o sea, aquella que simplemente corrobora el sentido claro y preciso de una ley; interpretativa, cuando determina el alcance de una norma legal definiendo su contenido; y supletoria, la que llena una laguna de la ley, por no haber previsto el legislador todas las hipótesis que pudieran presentarse sobre un problema jurídico determinado, caso en el que, ante el vacío de la ley, la jurisprudencia viene a constituir una verdadera fuente formal del derecho, al integrar al orden jurídico una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria. Esta jurisprudencia supletoria tiene su fundamento en el artículo 14 constitucional, que establece que en los juicios del orden civil la sentencia debe ser conforme a la letra o interpretación de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho; así como en el artículo 18 del Código Civil Federal, que prescribe que el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los Jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia. Así, el Juez o tribunal que a falta de una ley aplicable resuelve conforme a los principios generales del derecho, excede la función de mera interpretación, pues crea nuevas normas jurídicas y de esa forma los casos no previstos por las leyes son resueltos por la jurisprudencia.

²⁰ Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Marzo de 2000, Tesis: IV. 1º P.C.9 K, Página: 1002, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO.

cia, que adquiere obligatoriedad para ser aplicada por los tribunales. Ahora bien, en esa hipótesis la aplicación de la jurisprudencia está sujeta al principio de no retroactividad consignado en el artículo 14, primer párrafo, de la Constitución Federal, porque, al igual que la ley, su ámbito temporal de validez se inicia en el momento de su emisión y publicación, que es cuando queda integrada al orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial era incompleto, por lo que no puede regir hacia el pasado sin contrariar la garantía de seguridad jurídica que consigna el referido precepto constitucional.

Amparo directo 655/98. Fianzas México Bital, S.A., Grupo Financiero Bital. 9 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: María Isabel González Rodríguez.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 5/97, resuelta en el Pleno. Diciembre de 2000. Tesis: P./J. 145/2000. Página: 16.

En la elaboración de la jurisprudencia existen elementos lingüísticos que le dan significado al derecho que en esa época y lugar determinado ha sido considerado por la autoridad como aplicable al caso concreto. Por lo que en un determinado momento histórico lo que es, en otro quizá no sea.

Roberto Vernengo considera que la jurisprudencia positiva consiste, en cuanto fenómeno lingüístico efectivo, “en un conjunto de proposiciones contingentes referentes a ciertas específicas circunstancias de hecho, o ciertos específicos fenómenos normativos; en cuanto la jurisprudencia pretende darse como conocimiento metódico, tales proposiciones deben de haber sido sistematizadas en alguna medida, de suerte que el contorno ideal del sistema, la totalidad de las proposiciones válidas posibles aún cuando inagotable, queda siempre como efectivamente determinable.”²¹

²¹ Roberto J. Vernengo. Investigación sobre la Naturaleza Jurídica del Conocimiento Jurídico. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1973, pág. 14.

Pero ¿cuándo aparece la jurisprudencia? El párrafo segundo del artículo 192 de la ley de amparo establece que: “Las resoluciones constituirán jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.”

Y el párrafo tercero señala: “También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.”

Otro concepto que la corte ha establecido acerca de la jurisprudencia, se expresa en la siguiente tesis:²²

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO Y OBLIGATORIEDAD DE LA. No se puede equiparar la jurisprudencia con el “uso”, “costumbre” o “práctica en contrario” de que habla el artículo 10 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, en virtud de que la jurisprudencia de la Suprema Corte no se origina ni se funda en ellos, sino que emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes; en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración de este Alto Tribunal, conforme a su competencia; y precisamente porque la jurisprudencia es fuente de derecho, de ahí dimana su obligatoriedad en los términos del artículo 193 bis de la Ley de Amparo.

Amparo en revisión 4086/61. Compañía de Fianzas México, S. A. 15 de marzo de 1968. Cinco votos. Ponente: Jorge Iñárritu.

De este criterio se desprenden otros elementos que sirven de fundamento al concepto de jurisprudencia:

²² Sexta Epoca. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Tercera Parte, CXXIX. Página: 28.

- a. Análisis reiterado de las disposiciones legales: es su carácter contingente ya que por un lado establece la fórmula de cinco sentencias en un sentido de manera ininterrumpida y por la otra la que se refiere a una sola resolución cuando se trata de resolver una contradicción.
- b. La obligatoriedad: por disposición de la ley, que establece que la jurisprudencia será obligatoria para la Suprema Corte de Justicia y para los tribunales inferiores cuando la establezca aquélla. Y la jurisprudencia del Tribunal Colegiado será obligatoria para éste y para los tribunales inferiores. En ambos casos deberá cumplir con los requisitos de la reiteración o de la unificación.
- c. Fuente de derecho: se considera que es fuente del derecho por ser análisis reiterado de las disposiciones legales.

El concepto elaborado por la suprema Corte de justicia en verdad queda corto, en cuanto lo que actualmente realiza el tribunal supremo para resolver los casos concretos que resuelve.

El legislador, no siempre ha tenido en mente todas las situaciones jurídicas que se pueden presentar como fenómeno jurídico, entonces la autoridad jurisdiccional deberá resolver el caso, tomando en consideración otros elementos jurídicos que la propia norma legislada le permite, con la intención de cumplir con el deber de encontrar la solución más justa al caso planteado.

Con la información anteriormente expresada se puede formular el siguiente concepto: *la jurisprudencia es la interpretación, análisis, reflexión, explicación, descripción, determinación y asignación de significado de las disposiciones legales vigentes, realizada por los tribunales autorizados por la ley, en función de la aplicación de la norma jurídica general a los casos concretos sometidos a su consideración, conforme a su competencia.*

También puede ser expresado de la siguiente manera: *la jurisprudencia es el proceso mediante el cual la autoridad legitimada por la*

ley de la materia, asigna significado y da sentido a la norma positiva aplicada al caso concreto, con la intención de resolver la controversia que se le presenta de la manera más justa posible, de acuerdo con su propio criterio y tomando elementos conceptuales preexistentes o creando los propios.

La obligatoriedad de la jurisprudencia está determinada por la propia legislación, la cual establece los requisitos necesarios para que se considere obligatoria para las autoridades estatales. Los requisitos de obligatoriedad, no se incluyen el concepto, pues estos como ya se explicó con anterioridad, son de carácter contingente.

La siguiente tesis muestra cuando es considerada obligatoria la jurisprudencia de la Corte:²³

JURISPRUDENCIA. LA OBLIGATORIEDAD

CONSTITUCIONAL DE LA SUSTENTADA POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EXIGE DE LOS JUZGADORES ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO PERMANENTES DE LOS MEDIOS INFORMATIVOS QUE LA DIFUNDEN. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el párrafo octavo de su artículo 94, la obligatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación y remite a la ley la determinación de los términos de dicha obligatoriedad, lo que se regula en el capítulo único, del título cuarto, del libro primero, artículos 192 a 197-B. En el referido artículo 192 se establece la obligatoriedad de las jurisprudencias para todos los órganos jurisdiccionales de la República conforme al orden lógico descendente que se da entre el Pleno y las Salas de la Suprema Corte, los Tribunales Colegiados de Circuito, facultados para establecerla y los restantes órganos que imparten justicia. De acuerdo con ello, es indiscutible que los Jueces de Distrito tienen el deber de cumplir con las jurisprudencias sustentadas por los órganos mencionados y si no lo hacen incurren en responsabilidad cuando, lógicamente, existen elementos suficientes para tener por demostrado que

²³ Novena Epoca. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Agosto de 2000. Tesis: 2a. CV/2000. Página: 364.

tuvieron conocimiento de ellas. Al respecto es indispensable, por una parte, que los órganos que establecen jurisprudencia cumplan celosamente con lo dispuesto por el artículo 195 del ordenamiento citado en cuanto a la aprobación del texto y rubro de las tesis jurisprudenciales, así como de su remisión a la dirección responsable de la publicación del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y a los órganos jurisdiccionales que no intervinieron en su integración. Además, debe hacerse la publicación oportuna de ese órgano informativo y las partes en los juicios de amparo deberán invocar específicamente las jurisprudencias que consideren aplicables. Lo anterior deberá complementarse por todos los miembros de los órganos obligados a cumplir con la jurisprudencia, por un lado, con el especial cuidado en el análisis de los documentos aportados por las partes para determinar si pretenden que se aplique al caso alguna tesis jurisprudencial y, por otro, estableciendo con sus colaboradores profesionales un sistema riguroso de consulta, análisis y seguimiento del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como de los oficios que al efecto se les remitan, a fin de estar oportunamente informados de las tesis jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación que deben cumplir.

Incidente de inexecución 45/2000. Armando Herrera Corona. 7 de julio del año 2000. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

En el artículo 32 de la Ley de Amparo de 1861, se ordenaba publicar las resoluciones de los juicios de amparo en los periódicos. Sin embargo no podía ser alegada por otros como ejecutorias para evadir el cumplimiento de la ley que la motivó, así lo establece el artículo 31 del mismo ordenamiento.²⁴

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Historia del Amparo en México. Tomo III, México 1999, pág. 34.

Por otra parte, en la siguiente tesis sustentada por la Suprema Corte de Justicia, se observa la importancia de la publicación para la determinación de la aplicación obligatoria de la jurisprudencia:²⁵

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO PUEDE EXIGIRSE SU APLICACIÓN A LOS TRIBUNALES, SINO A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, O ANTES, SI DE ELLA TUVIERON CONOCIMIENTO POR OTRA DE LAS VÍAS PREVISTAS EN LA LEY DE AMPARO. De la interpretación adminiculada y armónica de los artículos 192 y 195 de la Ley de Amparo, se obtiene que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para los tribunales y que aprobado el texto de la tesis jurisprudencial, se remitirá al Semanario Judicial de la Federación y a los tribunales de amparo, para su publicidad y difusión. Por tanto, aunque la jurisprudencia es obligatoria en cuanto se integra, sólo puede exigirse de los tribunales su aplicación a partir de su publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, o antes si tuvieron conocimiento de ella por otros medios, entre ellos, los previstos por los artículos 195, fracciones III y IV, y 197-B, de la Ley de Amparo. Por lo tanto, si al momento de resolver una cuestión jurídica aún no se había dado a una jurisprudencia aplicable al caso concreto la debida difusión por los medios señalados, ni existen datos que demuestren su conocimiento previo por los tribunales de amparo, no puede, válidamente, imputárseles su inaplicación.

Incidente de inejecución 179/99. Comercial Mexicana, S.A. de C.V. 9 de junio del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

²⁵ Novena Epoca. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XII, agosto de 2000, Tesis: 2a. LXXXVI/2000. Página: 364.

En conclusión, la obligatoriedad de la jurisprudencia estará determinada no sólo por cumplir con los requisitos de reiteración o de unificación, sino fundamentalmente en la medida que ésta se dé a conocer a las personas responsables de cumplirla, mediante su publicación en el Semanario Judicial de la Federación.

IV. NATURALEZA DE LA JURISPRUDENCIA

La naturaleza es todo lo que puede ser captado de manera sensible y en lo que el ser humano no han participado en su creación. La naturaleza, es el conjunto de características fundamentales²⁶ y comunes que le son propios a un ser o una cosa.²⁷

La Suprema Corte de Justicia ha establecido la siguiente tesis acerca de la naturaleza de la jurisprudencia:

Jurisprudencia, Naturaleza. La jurisprudencia, en el fondo, consiste en la interpretación correcta y válida de la ley que necesariamente se tiene que hacer al aplicar ésta.²⁸

De esta tesis se pueden desprender algunas características fundamentales sobre la naturaleza de la jurisprudencia:

1. En cuanto al fondo se refiere a aquello que sirve de base o fundamento.
2. La interpretación en sentido etimológico proviene de dos vocablos: uno que es *inter* que significa entre y el otro *pretor* que en su sentido histórico sería el que emite la norma. Así que en

²⁶ El fundamento se puede conceptuar como el o los principios que sirven de apoyo, base o soporte de algo.

²⁷ La cosa tiene el carácter de jurídica, ya que se habla de la naturaleza jurídica.

²⁸ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, Segunda Parte, Salas y Tesis comunes, pág. 1697.

su sentido más original sería estar en medio de quien emite una norma. En su sentido conceptual es la explicación o traducción del sentido de algún texto.

3. En cuanto a la ley se refiere a la norma que ha sido elaborada por el poder estatal y vigente en el momento que se realiza la interpretación de la misma.

El que la interpretación sea la correcta y válida esta determinada por el arbitrio judicial, elementos contingentes de la época y la situación particular que se presenta. En los aspectos contingentes, son influenciados por las personas, momentos históricos, dinámica social, situación económica o política. Es correcta para un momento y caso determinado, ya que lo que ahora puede formar jurisprudencia, en otro momento pueda ser contradicho.

La validez de la jurisprudencia proviene de la propia legislación. Por un lado la Constitución Mexicana y la ley reglamentaria, que autorizan a los tribunales a formular jurisprudencia en el proceso de dar sentido a la norma que se aplica.

Dar sentido a la ley se entiende asignarle significado. Mediante esta asignación de significados la autoridad encargada de aplicar la ley, formula modelos y paradigmas que sirven de fundamento para la solución de otras controversias que se presenten.

Así que una de las características esenciales de la jurisprudencia es su carácter paradigmático o dogmático. El dogma es el principio fundamental en el que sustenta la práctica jurídica. Lo que actualmente es obvio e inherente del derecho positivo, no lo era en el siglo XII.

En sentido jurídico, la dogmática se puede definir como la actividad intelectual encaminada a describir, explicar, analizar los principios fundamentales de la ley, mediante la cual se pretenden obtener un conocimiento razonado de los problemas y soluciones del fenómeno jurídico que se plantean en la realidad social.

El lenguaje jurídico dogmático depende del concepto de dogmática, como disciplina práctica, la que ha evolucionado, principalmente, a partir de las ideas de la escuela histórica alemana y del positivismo jurídico.

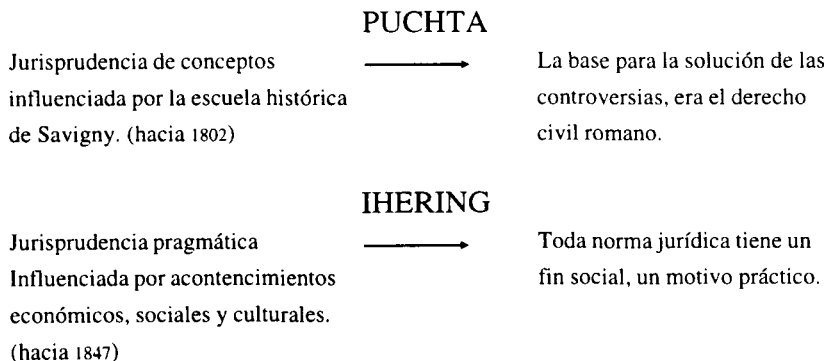
En la escuela histórica, la dogmática se refiere fundamentalmente a las formas de aparecer del derecho elaborado mediante la genealogía de los conceptos, es decir, en el análisis histórico que le da origen a la norma.

En cambio el positivismo se refiere a la forma en que aparece el derecho por medio del poder estatal que se encarga de su formulación.

Gustav Radburch escribe: “La ciencia jurídica en sentido estricto, o sea la ciencia dogmática del derecho, la ciencia sistemática del derecho, puede ser definida como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del derecho positivo”.

De acuerdo con las expresiones anteriores se puede concluir que *la jurisprudencia es de naturaleza dogmática en cuanto le da sentido al texto de la norma vigente en el proceso de aplicación y solución de casos concretos que se presentan, creando paradigmas de solución para otras controversias similares en cierta época y lugar determinado.*

En el siguiente cuadro se observan esquemáticamente algunos de los elementos que han contribuido a la formulación de los contenidos de la jurisprudencia moderna:



HECK

Jurisprudencia de intereses
Influenciado por las ideas de
Ihering.



Facilitar al juez su actividad,
investigando la ley y las
relaciones de la vida, para la
solución adecuada al caso y
la protección de intereses.

ESSER

Jurisprudencia de valores
Engisch y Coing... (1935)
Como la jurisprudencia de
conceptos, basado en principios
sistemáticos permanentes.



Principios jurídicos conocidos
que facilitan la solución del
caso y dan **origen** a nuevos
principios de derecho.

Pound

Jurisprudencia sociológica
Apoyado por las Ideas de Holmes y
Cardozo apoya los métodos de
la lógica, histórico-evolutivo, la
costumbre, la justicia y el bienestar social.



Solución más justa a los
problemas que las nuevas
realidades sociales se plantean.

CONCLUSIONES:

1. En sus inicios, la jurisprudencia estaba constituida fundamentalmente por opiniones de los jurisconsultos sobre la solución más justa a los casos concretos que se les planteaban. Sus opiniones no fueron obligatorias, sino hasta que se les otorgó el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*.
2. Con la decadencia de la jurisprudencia romana, era el Príncipe quien decidía las controversias, con lo que se sustituyó la jurisprudencia de los particulares por la emitida por el estado.

3. Con la compilación de Justiniano, la jurisprudencia pasa de ser compilación doctrinaria elaborada por los particulares, a derecho escrito reconocido por el estado.
4. Con el redescubrimiento del Digesto, la jurisprudencia en los glosadores estuvo constituida fundamentalmente por opiniones que tuvieron como función encontrar su verdadero sentido. Con los postglosadores, se emplearon métodos y reglas para adecuar la norma a la dinámica social de la época.
5. Con la codificación, la jurisprudencia se convirtió en instrumento para la solución de casos concretos que se planteaban en los tribunales, utilizando diferentes fórmulas y métodos en la interpretación del texto de la ley utilizando elementos ya sea lógicos, históricos, gramaticales, de los intereses controvertidos, o de la realidad social de la época.
6. El concepto de jurisprudencia ha evolucionado desde el derecho romano como las opiniones particulares que realizaban los jurisconsultos cuando se le presentaban las controversias, hasta la época actual, en que dichas opiniones son realizadas por las autoridades estatales legitimadas para tal efecto.
7. En México, el modelo paradigmático de la jurisprudencia, se establece por primera vez en la Ley de Amparo de 1882.
8. La fórmula vigente hasta ésta fecha, determina que la jurisprudencia se establece siempre que las opiniones emitidas en las resoluciones de la Corte se sustenten en cinco ejecutorias consecutivas no interrumpidas por otra en contrario.
9. A la fórmula anterior se agrega una nueva forma de elaborar jurisprudencia, derivada de las contradicciones del órgano encargado de emitirla. Será jurisprudencia la que resuelva una contradicción de tesis.
10. Las resoluciones de los tribunales integran jurisprudencia en la medida que cumplen con los requisitos establecidos en la ley reglamentaria de la materia.

11. La obligatoriedad de la jurisprudencia está determinada por su publicación en el Semanario Judicial de la Federación.
12. No obstante la evolución del concepto de jurisprudencia la naturaleza es la misma, en cuanto desde la época clásica en el derecho romano la jurisprudencia tiene como función la generación de paradigmas que sirven de solución a controversias particulares.
13. La jurisprudencia es el proceso mediante el cual los órganos estatales legitimados, asignan significado a la norma formalmente válida en su aplicación para la solución de alguna controversia.
14. La jurisprudencia es naturaleza dogmática en cuanto crea modelos jurídicos para la solución de controversias similares.

LAS MARCAS, ¿UNA OBRA DE ARTE? (Segunda Parte)

Por: Lic. Roberto Garza Barbosa*

III.- DERECHOS DE AUTOR

A. DEFINICIÓN

Veamos algunas definiciones sobre derecho de autor. Esta es dada por un autor norteamericano, sin embargo es aplicable a nuestra legislación: “La Ley de Derechos de Autor es esencialmente un sistema de propiedad. Es como la propiedad en tierra, tu puedes venderla, dejarla a tus herederos, donarla, o rentarla bajo cualquier tipo de condiciones; tu puedes dividirla en partes separadas; tu puedes protegerla de casi cada clase de uso sin permiso. También como la propiedad en tierra, los derechos de autor pueden ser sujetos a ciertas clases de usos públicos que son considerados de ser de interés público.”⁸⁷ Esta definición nos establece más que todo algunos aspectos de lo que en nuestro derecho conocemos como derechos patrimoniales de la obra.

* Profesor del Departamento de Derecho. Campus Monterrey.

⁸⁷ William S. Strong. The Copyright Book: A Practical Guide, cuarta edición, The MIT Press, 1993, pág. 1.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM estima que los derechos de autor son los: “Derechos concedidos por la ley en beneficio del autor de toda obra intelectual o artística.⁽⁸⁸⁾ En ellos se comprende el reconocimiento de su calidad de autor; el derecho de oponerse a deformación, mutilación o modificación de su obra, que se lleve a cabo sin su autorización, así como toda acción que redunde en demérito de la misma o mengua del honor, del privilegio o de la reputación del autor;⁽⁸⁹⁾ el derecho de usar o explotar temporalmente la obra por sí mismo o por terceros, con propósitos de lucro y de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley.”⁹⁰ Aquí podemos ver, como se hace un énfasis muy especial en los derechos morales de las obras artísticas, estos consisten precisamente en lo que el autor refiere en la segunda oración de la definición, por último hace referencia a los derechos patrimoniales como el derecho de usar y explotar las obras. Es importante señalar esta diferencia en cuanto a la legislación norteamericana, ya que los derechos morales de los autores en aquel País son muy restringidos si no es que inexistentes.

Ahora veamos una definición de derechos de autor contenida en un diccionario jurídico estadounidense,⁹¹ esta definición me parece la más acertada de todas las que he analizado, para hacerla aplicable a nuestro derecho sólo habría que agregarle lo relacionado a derechos morales que contiene la anterior definición. El autor del diccionario de referencia, entiende por Derecho de Autor a: “Un derecho intangible, incorpóreo otorgado por ley al autor u originador de ciertas producciones artísticas y literarias, por el cual es investido, por un periodo específico, con el privilegio sólo y exclusivo de multiplicar copias de la obra, publicarlas y venderlas.”

⁸⁸ Estos derechos pueden ser tanto patrimoniales como morales.

⁸⁹ Hasta aquí se hace referencia a los derechos morales del autor de la obra.

⁹⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *supra* nota 2, pág. 1051.

⁹¹ Campbell, *supra* nota 19, pág. 336.

B. QUÉ COMPRENDE EL DERECHO DE AUTOR

Según el artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor, reconoce y otorga derechos de autor sobre las siguientes obras:

- literaria;
- 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 computo;
- 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.

Las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas se incluirán en la rama que les sea mas a fin a su naturaleza.

C. COMO Y CUANDO NACE EL DERECHO DE AUTOR

Es importante saber desde que momento una obra de arte, cualquiera que sea ésta, es protegida por un derecho de autor. Es decir, qué requisitos debe de tener la obra para que reciba la protección. Primero que

nada, como ya lo hemos visto en anteriores líneas, la obra debe ser una de las comprendidas por el artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor. Cumplido esto debemos considerar lo siguiente

1. ORIGINALIDAD

En los Estados Unidos, la ley requiere que la obra sea producto de tu propia imaginación para poder recibir la protección de un derecho de autor.⁹² Es decir, que sea original. De igual manera en México, el artículo 2 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece que las obras protegidas por la ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.

2. FIJACIÓN EN SOPORTE MATERIAL

“Fijación es el acto de proporcionar a una creación una cierta forma tangible por medio de la cual, o por los medios de esta, otras personas puedan percibir la creación.”⁹³ En los Estados Unidos⁹⁴ y en México,⁹⁵ el autor es protegido con un derecho de autor tan pronto su obra ha sido fijada en un soporte material.

Esto es importante establecerlo porque en México el reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento alguno. Es decir, la protección que otorga el derecho de autor nace al momento en que la obra es plasmada en algún soporte material mediante el cual pueda ser transmitida o apreciada por otras personas.

⁹² *Ver en general* Strong, *supra* nota 87, pág. 3.

⁹³ *Ibidem*, pág. 2.

⁹⁴ *Ver en general* 17 U.S.C. 302(a).

⁹⁵ *Ver en general* Ley Federal del Derecho de Autor, art. 5.

3. EXPRESIÓN NO IDEA

Otro elemento para que la obra pueda ser protegida por medio de los derechos de autor es que la misma sea una expresión de una idea y no la idea en sí misma. El artículo 14 de la Ley Federal del Derecho de Autor en su fracción primera establece que no es objeto de protección como derecho de autor las ideas en sí mismas, las formulas, soluciones, conceptos, métodos, sistemas, principios, descubrimientos, procesos e invenciones de cualquier tipo. Esto quiere decir que lo que protege el derecho de autor es la expresión de la idea no a la idea en sí.

Por ejemplo, si Gabriel García Márquez escribe una novela en la que se narra la vida de una familia por varias generaciones, es la expresión de la idea lo que se le protege, no la idea en sí. De manera que si Isabel Allende escribe otra novela en la que se narra la vida de otra familia por varias generaciones no estamos frente a una violación de los derechos de autor. Tal es el caso la relación que existe entre la obra del primero “Cien Años de Soledad” y la de la segunda “La Casa de los Espíritus.”

En los Estados Unidos opera de la misma manera. La protección del derecho de autor nunca se extiende a la protección de las ideas en sí mismas, sólo a su expresión.⁹⁶ De hecho en anteriores líneas⁹⁷ del presente estudio analizamos un caso en el que fue determinado que la protección del derecho de autor se extiende sólo a la expresión particular de las ideas contenidas dentro de un trabajo, no a las ideas mismas. Por otra parte, el autor Daniel R. Kimbell asegura que: “Distinto a la patente, el derecho de autor no otorga a su dueño el derecho exclusivo de la idea revelada, sino mejor dicho sólo protege la expresión particular de la idea.” Es decir, la forma en que la idea es plasmada en el medio material.⁹⁸

⁹⁶ *Ver en general* 17 U.S.C. 302(b).

⁹⁷ Páginas 2 y 3.

⁹⁸ Kimbell *supra* nota 14.

D. PROTECCIÓN OTORGADA

Ya hemos visto el tipo de obras que protege un derecho de autor, también como y cuando nace el derecho de autor, ahora considero importante determinar que protección otorga el derecho de autor. Es decir, hablaré brevemente de los derechos patrimoniales, los derechos morales y la duración de los mismos.

1. DERECHOS PATRIMONIALES

Es indispensable comenzar con lo que establece el artículo 24 de la Ley Federal del Derecho de Autor, este artículo reza de la siguiente manera: “En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales a que se refiere el artículo 21 de la misma.”

Aquí tenemos claro que en virtud del derecho patrimonial el autor puede hacer uso exclusivo de sus obras o transmitir a otros este derecho, sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales de la obra, derechos que más adelante analizaré. Al referirse a la explotación, este artículo refiere a cualquier forma de explotación, claro esta que dentro de los límites de la propia ley. El artículo 27 de la propia Ley determina en que consiste hacer uso exclusivo de sus obras, es decir, aquí se delimita lo que es el derecho de explotación exclusiva.

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

1. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar;

II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;*
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y*
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación;*

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

- a) Cable;*
- b) Fibra óptica;*
- c) Microondas;*
- d) Vía satélite, o*
- e) Cualquier otro medio análogo;*

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así, como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el Artículo 104 de esta Ley,

V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;

VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y

VII. Cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley.

Para los efectos del tema del presente estudio, recomiendo al lector poner especial atención en las fracciones I y IV del anterior artículo.

La regla general nos dice que el titular de los derechos patrimoniales originalmente es el autor de la obra, ya que como fue analizado anteriormente, la protección del derecho de autor comienza desde el momento en que la obra es plasmada en un soporte material.

El autor de una obra puede transmitir los derechos patrimoniales de la misma, u otorgar licencias de uso exclusivo o no exclusivo.⁹⁹ Los actos convenios y contratos mediante los cuales se transmitan derechos patrimoniales o licencias deberán constar por escrito, de otra manera serían nulos. Para que surtan efectos frente a terceros, dichos contratos deberán ser inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor.¹⁰⁰ Otro aspecto importante concerniente a la transmisión de estos derechos es que en dicha transmisión se deberá prever a favor del autor o titular del derecho patrimonial, una participación proporcional en los ingresos de la explotación de que se trate, o una remuneración fija y determinada.¹⁰¹ De manera que el que adquiera los derechos de autor tendrá dos opciones, o le paga al autor, o titular del derecho, una cantidad fija y determinada o, de otra manera, le otorga una participación proporcional de las ganancias que obtenga de la explotación de la obra en cuestión. Lo importante aquí es darnos cuenta que la ley no contempla una transmisión gratuita de derechos de autor entre vivos. El artículo que regula esta cuestión es tajante y termina diciendo que este derecho de participación será irrenunciable. La transmisión de cualquier derecho patrimonial o licencia será hasta por un lapso de 15 años, la ley prevé casos de excepción para el supuesto de que dada la magnitud de la obra se requiera una inversión que justifique una transmisión de los derechos o licencia por más de 15 años.¹⁰² En caso de que no se estipule el tiempo de la transmisión de los derechos o licencia, se entiende, por ministerio de ley, que la transmisión es por 5 años.¹⁰³

⁹⁹ *Ver en general* Ley Federal del Derecho de Autor, art. 30.

¹⁰⁰ *Ibidem*, art. 32.

¹⁰¹ *Ibidem*, art. 31.

¹⁰² *Ibidem*, art. 33.

¹⁰³ *Idem*.

En cuanto al uso de derechos de autor como garantía de un préstamo financiero, la ley establece que los derechos patrimoniales no son embargables ni pignorables. Sin embargo, la propia ley establece que lo que si será objeto de embargo o garantía son las ganancias derivadas del ejercicio de los derechos patrimoniales.

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece lo siguiente: "Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le correspondrán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y colección sobre este tipo de creaciones." Por lo tanto y para efectos del presente estudio, si la empresa comisiona a una persona para que realice una obra que será utilizada posteriormente como marca, el titular de los derechos patrimoniales sobre esa obra será precisamente la empresa y no el artista que realizó la obra.

2. DERECHOS MORALES

En Países de tradición romano germánica como lo es el nuestro, una obra de arte es considerada como una extensión de la mente de su creador. Si la obra es mutilada, cortada o modificada se considera que quien realmente recibe el daño es el autor de la misma puesto que la obra es una extensión de la mente de éste. Es por eso que los derechos morales en nuestra legislación son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables,¹⁰⁴ ya que se les considera muy ligados a la propia dignidad de la persona. Es decir, aunque los derechos patrimoniales se hayan cedido, el autor siempre conservará la titularidad de los derechos morales de su obra.

¹⁰⁴ Ver en general Ley Federal del Derecho de Autor, art. 19.

El ejercicio de los derechos morales corresponde, como ya lo he mencionado al propio creador de la obra y a sus herederos, e incluso en algunas ocasiones corresponde al propio Estado.¹⁰⁵ Ahora bien ya sabemos la finalidad de los derechos morales, sabemos a quienes corresponde su ejercicio, ahora sólo basta saber en qué consisten estos derechos morales. En el Derecho Mexicano los derechos morales consisten en ciertas facultades que poseen los creadores de las obras o sus herederos (o el Estado en algunas ocasiones), dichas facultades están previstas en el artículo 21 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en que forma, o la manera de mantenerla inédita;

II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;

III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;

IV. Modificar su obra;

V. Retirar su obra del comercio, y

VI. Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.

Todos estos derechos pueden ser ejercidos por el creador de la obra, sus herederos o el Estado en ciertos casos, sin embargo, los derechos morales establecidos en las fracciones IV y V sólo respectan al creador

¹⁰⁵ *Ibidem*, art. 20.

de la obra, por lo tanto, en ninguna ocasión ni el Estado ni los herederos del artista podrán modificar la obra o retirarla del mercado, alegando para ello estar en pleno uso de un derecho moral.

La ley da por hecho que los autores que aporten sus obras para su utilización en anuncios publicitarios o de propaganda, han autorizado la omisión del crédito autoral durante su utilización o explotación de las mismas, sin que esto implique renuncia a los derechos morales.¹⁰⁶

3. DURACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

En cuanto a los derechos morales, ya hemos visto que estos son imprescriptibles y que a la muerte del autor de la obra sus herederos los ejercerán y si no hay herederos pues entonces serán ejercidos por el propio Estado. Es decir, estos derechos pueden ser ejercidos en todo tiempo ya que no prescriben.

En lo tocante a los derechos patrimoniales, el artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece que estos estarán vigentes:

- La vida del autor y, a partir de su muerte, setenta y cinco años más. En caso de que la obra pertenezca a varios coautores los setenta y cinco años se contarán a partir de la muerte del último.
- En caso de obras póstumas y las hechas al servicio del Estado la duración será de setenta y cinco años después de su divulgación.

En los Estados Unidos las reglas al respecto son un poco más específicas, sin embargo, el tiempo que dura la protección del derecho patrimonial es menor que en México (75 años después de la muerte del autor). De hecho México otorga mayor tiempo de protección a los derechos patrimoniales de autor que lo exigido por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC o NAFTA), es decir, va más allá

¹⁰⁶ *Ibidem*, art. 23.

de los 50 años de protección desde la publicación o realización de la obra.¹⁰⁷ Las reglas de duración de los derechos patrimoniales en los Estados Unidos son las siguientes:¹⁰⁸

- La regla general es la siguiente: Para los trabajos creados después del 1 de enero de 1978, el tiempo de protección es por la vida del autor y hasta 50 años después de su muerte.
- Para los trabajos hechos por varios autores en coautoría, la protección se extiende 50 años después de la muerte del último sobreviviente.
- Para los trabajos anónimos, seudónimos y trabajos hechos por contratación la protección es de 75 años después del año de su primera publicación o el término de 100 años desde el tiempo de su creación, lo que ocurra primero.
- Cualquier persona interesada puede presentar en la Oficina de Derechos de Autor una declaración de la fecha de la muerte del autor de una obra determinada, o bien, una declaración que afirme que este aún vive.

4. REGISTRO PÚBLICO DEL DERECHO DE AUTOR

A pesar de que no se necesita registrar la obra artística para obtener la protección de un derecho de autor,¹⁰⁹ es posible registrarla en el Registro Público del Derecho de Autor. Considero que tal registro es sólo para crear cierta seguridad jurídica, pero de ninguna manera el registro constituye el acto por medio del cual la obra artística recibe la protección del derecho de autor, mas aún, lo establecido en el registro es rebatible.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Ver en general* Tratado de Libre Comercio de América del Norte, art. 1705 sección 4.

¹⁰⁸ *Ver en general* 17 U.S.C. § 302.

¹⁰⁹ *Ver en general* Ley Federal del Derecho de Autor, art. 162.

¹¹⁰ *Ibidem*, art. 77.

El Registro Público del Derecho de Autor es llevado a cabo por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.¹¹¹

Hay diferencias entre la legislación mexicana y la norteamericana, a pesar de partir de el mismo principio consistente en que el derecho de autor surge al momento de la fijación de la obra, en los Estados Unidos una vez que se ha obtenido el registro, el titular de ese registro podrá poner el símbolo © en el trabajo registrado.¹¹² De hecho ese símbolo significa que la obra de arte está registrada ante la Oficina de Derechos de Autor. En México no es potestativo el uso del símbolo © en las obras sino más bien es obligatorio para las obras que se publiquen, si no se pone ese signo al lado de la frase “Derechos Reservados” o su abreviatura, se comete una infracción en materia de derechos de autor,¹¹³ con su consecuente multa que puede ir desde los mil hasta los cinco mil días de salario mínimo.¹¹⁴ Entonces, tenemos que una diferencia entre ambas legislaciones consiste en que, en el caso de México, una obra no necesita estar registrada para que su titular pueda situar el símbolo © en ella. Más aún, la ley obliga que las obras publicadas contengan lo siguiente “Derechos Reservados ©” o “D.R. ©” sin importar que las mismas estén o no registradas.¹¹⁵ El símbolo que para los norteamericanos significa que una obra esta registrada, para nosotros no significa lo mismo. ¿Cuál habrá sido el objeto de nuestra legislación al obligar utilizar este tipo de distintivos en obras publicadas?, ¿Desalentar la piratería con el impacto psicológico que estos motivos pudiesen causar en la gente?

¹¹¹ *Ibidem*, art. 209-III.

¹¹² *Ver en general* Kimbell, *supra* nota 14.

¹¹³ *Ver en general* Ley Federal del Derecho de Autor, art. 229-V.

¹¹⁴ *Ibidem*, art. 231.

¹¹⁵ *Ver en general* Ley Federal del Derecho de Autor, art. 17.

5. RESERVA DE DERECHOS

Por otra parte y para finalizar voy a explicar brevemente en que consiste la reserva de derechos, esta estriba en la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza de publicaciones periódicas, difusiones periódicas, personajes humanos de caracterización ficticios o simbólicos, personas o grupos dedicados a actividades artísticas y promociones publicitarias. A diferencia del derecho de autor en general, la reserva de derechos protege desde el momento en que el Instituto Nacional del Derecho de Autor expida el certificado de reserva y la inscripción este debidamente hecha. Sin embargo se hace retroactivo al momento de presentación.

IV. TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL

A. EXPLICACIÓN TEÓRICA

La autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual consiste en que no tienen relación directa unos con otros, es decir, los derechos de una marca o de una patente son totalmente distintos e independientes entre sí. Por lo tanto, la pérdida de uno de ellos, en los casos en que se cuente con la protección de varios, no lleva directamente a la pérdida del otro.

Mas aún, una persona puede obtener la protección de una marca, una patente y un derecho autoral sobre una sola cosa, así es, tres derechos totalmente distintos y separados el uno del otro y que todos protegen una sola creación. En los Estados Unidos este hecho es generalmente aceptado, “la presencia o ausencia de una forma de protección para un dueño no excluye su protección sobre otra forma de protección, y la

expiración del término de una forma de protección no expira el término de otra.”¹¹⁶

Aunque el objeto de las diversas formas de Propiedad Intelectual no es el mismo, la protección de un diseño por más de una forma (por ejemplo derecho de autor y además una marca) otorgará a su dueño un mayor arsenal de defensa del mencionado diseño. Esto es, independientemente que una figura de la Propiedad Intelectual proteja otros aspectos que del mismo diseño protege la otra figura.

Me parece importante señalar que a este respecto, es decir sobre la autonomía o independencia de los derechos de Propiedad Intelectual, los Tribunales de este País no han dicho mucho, sin embargo, si han aceptado la independencia existente entre los diversos derechos de Propiedad Intelectual. Veamos el siguiente precedente: “MARCAS. REGISTRO DE.- No puede negarse el registro de una marca sólo por la razón de que se refiere al mismo objeto amparado con una patente de modelo que caducara en fecha posterior a la solicitud de registro de la marca. Amparo en revisión 5003/60. Financiera de Perfumería, S.A. 10. de febrero de 1961. 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.”¹¹⁷ En este precedente, es precisamente en donde un Tribunal Nacional acepta la “Teoría de la Autonomía de los Derechos de Autor.” pero no han establecido un criterio específico al respecto.

Otro ejemplo de la aceptación, aunque sea tácita, de que es posible la protección acumulada o paralela de los derechos de Propiedad Intelectual es el siguiente. En este ejemplo se acepta la independencia de dos Registros que protegían el mismo derecho de autor, es decir, estamos hablando de dos registros de la misma figura jurídica. Esto no es muy común actualmente, es decir dos registros para una misma figura de Propiedad Intelectual. La ley aplicable en este precedente ha cam-

¹¹⁶ Brenda L. Morrison. *Design Protection under Patent, Trademark and Copyright Law*, CBA Technology and the Law Committee Update, July 1994, <http://www.westlaw.com> , 23 Colo. Law. 1531.

¹¹⁷ Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: XLIV, Tercera Parte. Página: 29.

biado, incluso las circunstancias, pero el precedente refleja cierta tendencia de los Tribunales a reconocer la individualidad de los derechos de Propiedad Intelectual. Aquí se llega a una exageración, es como si yo tuviera una marca registrada dos veces, me anulan una y me queda la otra, esto es ilógico pero me parece útil poner el ejemplo. Tomarlo en cuenta hasta donde nos sea útil y dejar lo demás a un lado. "DERECHOS DE AUTOR, REGISTRO DE LOS.- Si aunque se anuló el registro primitivo en el Libro de la Propiedad Intelectual, que se hizo a favor del quejoso, como autor de una composición musical, está demostrado, por un oficio de la Secretaría de Educación Pública, que independientemente de la solicitud de nulidad de ese registro existe otro diferente, en que se reconoce al mismo quejoso su carácter de autor de su composición musical de que se trata, es indudable que esta última constancia justifica los derechos de autor, del repetido quejoso. TOMO XCV, Pág. 1807. García Belisario de Jesús.- 10 de marzo de 1948.- Cinco votos."¹¹⁸

Veamos el siguiente precedente: "MARCAS QUE SE CONSTITUYEN POR EL REGISTRO DE UN ENVASE.- Si el registro se hace por marca (sin denominación) de un envase distintivo en sus caracteres especiales y las reservas se constriñen al uso de dicho envase, el tercero que utilice un receptáculo exactamente igual al ya registrado, infringe el derecho de uso del registro marcario establecido por el artículo 96 de la Ley de la Propiedad Industrial. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 42/75.-Uhu-Werk H. U. M. Fischer.-9 de abril de 1975.-Unanimidad de votos.-Ponente: Juan Gómez Díaz."¹¹⁹ En este caso tuvimos un ligero acercamiento, el envase fue protegido por medio de una marca y pudo haber sido protegido, además, por medio de un Diseño Industrial, aunque su período de existencia no sea renovable. Si el Tribunal que

¹¹⁸ Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: XCV, Página: 1807.

¹¹⁹ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: 76 Sexta Parte, Página: 49.

conoció el caso hubiese determinado exactamente lo contrario, la única salvación posible para el dueño del diseño del envase hubiese sido la protección por medio del Diseño Industrial. El caso no fue así pero nos ilustra la importancia de buscar una protección acumulada o paralela.

En los Estados Unidos se estima lo siguiente: “Es posible por diferentes aspectos de un sólo producto ser protegido por una o más patentes, marcas, derechos de autor y secretos industriales. De hecho, las Cortes generalmente han sostenido que las patentes, marcas, derechos de autor y secretos industriales son separados y formas independientes de Propiedad Intelectual y que la presencia o ausencia de uno de ellos no excluye automáticamente la protección de otro.”¹²⁰ Son diversas las opiniones al respecto, de hecho, Mr. Charles Cervantes, Asesor Jurídico de la Cámara de Comercio México-Estados Unidos, al ser cuestionado sobre la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual, respondió que está de acuerdo con la misma y estima que es posible registrar el dibujo que constituye una marca como un derecho de autor.¹²¹

En México, no veo una razón de peso por la que los Tribunales del País determinen en sentido contrario, de hechos los acercamientos a los que han llegado en ciertas de sus resoluciones no nos permiten decir otra cosa, aparte, esa es la tendencia internacional. Mauricio Jalife Daher opina al respecto que “dentro de este contexto, la “doble protección» constituye uno de los puntos en que se concentra, tanto en el nivel de la teoría como en el de la práctica, de manera más representativa, la superposición de los derechos autorales y la propiedad industrial.”¹²² Sigue aseverando: “Con el sólo propósito de contar con una definición que dentro del campo de este comentario resulte de utilidad, conceptualizamos esta figura como la opción jurídica de la que dispone el titular de una creación que por su naturaleza sea protegible de manera

¹²⁰ Kimbell, *supra* nota 14.

¹²¹ Mr. Charles Cervantes, Conferencia: “Experiencias de Derechos de Autor y Marcas en Internet.” Ciclo de Conferencias: La Propiedad Industrial en el Entorno Internacional, Organizador: Cámara de Comercio México Estados Unidos, 18 de Marzo de 1999.

¹²² Jalife, *supra* nota 11, pág. 146.

paralela en el ámbito de los derechos autorales y de la propiedad industrial, para obtener protección de ambos estatutos. Como término equivalente al de doble protección, la doctrina ha consagrado la expresión protección acumulada, la cual denota también, de manera gráfica, la opción con que cuenta el titular de un derecho contemplado como objeto de tutela en uno de los campos, para “complementar” o “reforzar” su cobertura mediante formas legales de protección reguladas por el otro ordenamiento.”¹²³ Opino que esta doble protección o protección acumulada no sólo opera con figuras jurídicas reguladas por leyes diversas (Ley Federal del Derechos de Autor y Ley de la Propiedad Industrial) sino que también opera con figuras reguladas por la misma ley, así por ejemplo el envase del que hablamos puede constituir una marca y al mismo tiempo puede ser objeto de un Diseño Industrial. Ambas figuras jurídicas están reguladas por la misma ley, la Ley de la Propiedad Industrial. Esta opinión la baso en lo siguiente. Si no existe objeción alguna para que la “protección acumulada” sea posible entre derechos regulados por la Ley de la Propiedad Industrial y Derechos de Autor, pues entonces tampoco habrá problema si la doble protección se da entre figuras reguladas por el mismo ordenamiento jurídico, lo que no esta prohibido esta permitido. El Licenciado Donato Cárdenas Durán, estima que “dentro de la misma Propiedad Industrial también existe la Autonomía, por ejemplo marca, diseño industrial e incluso un derecho de autor.”¹²⁴

Al serle cuestionado sobre la Autonomía de los Derechos de Propiedad Intelectual, el Licenciado Cárdenas Durán respondió lo siguiente: “Es una realidad en materia de Patentes, La Ley de la Propiedad Industrial establece básicamente que solamente abarca el registro y la protección pero no la utilización que se pueda dar de ella en otras áreas. Otras áreas son el caso de los Derechos de Autor. Por otro

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Donato Cárdenas Durán, Director del Departamento de Derecho del ITESM Campus Monterrey, Catedrático de la materia de Propiedad Intelectual de dicha Institución, Entrevista concedida el 17 de Marzo de 1999.

lado los derechos de autor te dicen que no estarán protegidas aquellas obras que tengan utilización o aplicación a la industria. Esto te permite establecer que para que tú puedas proteger cualquier Propiedad Intelectual deberás visualizar protegerla por vía de Propiedad Industrial, a través de SECOFI, a través del IMPI y por vía de Derechos de Autor a través de la SEP o del Instituto Nacional de Derechos de Autor. Definitivamente si existe la posibilidad de poder proteger por dos vías o dentro de las mismas vías incluso un diseño o una reserva de derechos.”¹²⁵ Tenemos, entonces, que el Licenciado Cárdenas Durán, está de acuerdo con la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual en nuestro País.

B. UTILIDAD PRÁCTICA Y ASPECTOS LEGALES

Para ser más claro, me gustaría ilustrar con el siguiente ejemplo: Suponga Usted que una Compañía va a desarrollar una marca tridimensional o más bien una mixta, es decir, una marca que contendrá una forma en tercera dimensión y un nombre. El logotipo o la forma tridimensional la realizará un artista que para esos efectos contrate la empresa dueña de la marca. El artista será pagado por la compañía y será ésta quien le de las directrices de cómo va a querer el trabajo. Bajo esta perspectiva tenemos que la empresa y no el artista será titular de los derechos autorales, ya que está comisionando la producción de una obra artística.¹²⁶ En este caso, la empresa será titular de dos derechos de Propiedad Intelectual totalmente independientes el uno del otro. Estoy hablando de una marca sobre un producto o servicio y de un derecho de autor sobre la obra artística escultórica y de carácter plástico que constituye la marca.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Ver en general* Ley Federal del Derecho de Autor, art. 83.

Se preguntará el lector, ¿Cuál es la utilidad práctica de todo esto? Pues bien, el objeto de la protección de una marca no es precisamente el logotipo o forma material o artística que constituirá la marca sino más bien la relación que esa forma guarda con un prestador de bienes o servicios. Tan es cierto lo que digo, ya lo hemos analizado anteriormente, que una marca registrada puede ser utilizada por otra Compañía que se dedique a otro giro, es decir a mí sólo me protege para los bienes o servicios de la clase en la que la registré. Entonces aquí radica la utilidad práctica de lo que estoy hablando, si la marca no me puede proteger el diseño de la misma, sino sólo la relación de este diseño con ciertos productos o servicios, entonces la obra artística que constituye la marca la podré proteger por medio de un derecho de autor. En este último caso nadie podrá utilizar mi diseño sin mi autorización, independientemente de que se dedique a un giro totalmente distinto al que yo me dedico.

Así las cosas, ¿En dónde queda protegido el aspecto material de la marca si puede ser utilizada por alguien que tenga otro giro que el titular de la marca?, es decir, ¿Dónde protejo el diseño de la misma? Suponga Usted que yo pretendo registrar una marca, contrato un artista para que haga un diseño atractivo y después le pongo un nombre justo abajo del diseño, entonces tengo una marca mixta. Me dedico a fabricar ropa, por lo tanto registro mi marca en la clasificación 25¹²⁷ que contempla el artículo 59 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, con el paso del tiempo obtengo un gran prestigio. Un buen día alguien tiene la idea de registrar mi marca en otra rama de la industria y del comercio, en otra clasificación. Recordemos que la ley no me protege contra un subsecuente registro o uso de mi marca, cuando ésta es utilizada en otro giro distinto al mío. Suponga el lector que inteligentemente el individuo que registra la marca lo hace en la clase 18,¹²⁸

¹²⁷ Clase 25. Vestidos, calzados, sombrerería.

¹²⁸ Clase 18. Cuero e imitaciones de cuero, productos de estas materias no comprendidos en otras clases; pieles de animales; baúles y maletas; paraguas, sombrillas y bastones; fustas y guarnicionería.

ya que se dedica a hacer maletas. En este caso y por las razones que he expuesto en el capítulo II del presente ensayo este individuo no está violando ninguna disposición legal en materia de marcas y libremente puede utilizar mi marca e incluso registrarla con mi logotipo para su venta de maletas.

Bajo estas circunstancias, estoy regalando sin querer a un tercero dos cosas:

- El diseño de mi marca, que tuvo un costo y que probablemente tenga un impacto psicológico positivo en los consumidores.
- Lo más importante, mi prestigio como comerciante. Los consumidores no se van a poner a averiguar si la marca, aunque sea utilizada en otro giro, es mía o no. Lo que si es fácil que deduzcan es que yo soy el dueño de la misma y que si mi ropa (recuerde el ejemplo) es buena las maletas también lo serán. Ahora imagine el impacto entre los consumidores si las maletas son de mala calidad, obviamente me va a perjudicar.

En una circunstancia de este tipo si no tengo una protección extra que me pueda otorgar otra institución de Propiedad Intelectual (digamos un derecho de autor) y decido demandar al individuo que utiliza mi marca, es casi seguro que la decisión de la Autoridad que conozca mi caso sea igual o muy parecida a la decisión tomada en la siguiente jurisprudencia o en el precedente ya citado en el capítulo II del presente estudio:¹²⁹ “MARCAS. CONFUSIÓN EN LAS.- No es verdad que Jabones Finos, S.A., pretenda aprovechar el prestigio de Cluett Peabody and Co. Inc. con el uso de la marca Arrow para ropa de caballero, porque en los establecimientos donde se vende al público pueda éste, por error, adquirir jabones producidos por Jabones Finos, S.A., en la creencia de que son un producto de Cluett Peabody and Co, Inc., pues de la marca no induce al error, sino que la persona que adquiere el ja-

¹²⁹ Ver nota al pie 65.

bón es quien pudiera sufrirlo, ya que es posible que haya ropa Arrow, jabones Arrow y hasta Whisky Arrow, sin que el prestigio de que goce quien fabrica ropa de tal marca pueda aprovecharlo el que produce otra clase de artículos, totalmente diversos, como lo son los que pueden incluirse dentro de los términos genéricos “ropa, perfumería y abarrotes”. En consecuencia, el artículo 7º, fracción IX, de la Ley de Marcas de 1928, que prohibía el registro de una marca que ostensiblemente pudiera inducir al público a error sobre la procedencia de tales artículos que ampara no fue violado.”¹³⁰ Esta jurisprudencia aplica una Ley ya abrogada y un sistema de clasificación que ya no se utiliza más. Sin embargo, refleja el razonamiento que a este respecto puede realizar un Tribunal mexicano. En el ejemplo particular que estoy analizando esto significa una cosa, voy a perder el litigio, sólo cambie el jabón que refiere la jurisprudencia por las maletas que refiero en mi ejemplo y ya está. Ahora bien, vea reflejada esta situación en su empresa o con un cliente suyo. He aquí la importancia del presente estudio.

El resultado de la Jurisprudencia dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación me parece ilógico, no es difícil encontrar en el mercado productos que a pesar de ser de muy diversas categorías son de la misma firma y que el prestigio que tiene la firma en una gama lo arrastra a la otra. Por ejemplo, la marca Calvin Klain de ropa y los perfumes Calvin Klain pertenecen a la misma firma que también ofrece desodorantes. Imagine Usted, ¿Qué pensaría si encuentra en el mercado un juego de sábanas marca Calvin Klain? Los consumidores están acostumbrados a este tipo de cosas, la ley se quedó atrás. Sin embargo, estimo que la Jurisprudencia aplicó correctamente las leyes existentes en su momento. Es decir, el razonamiento aplicó lo que en la ley estaba establecido, le dieron correcta interpretación a la Ley, cuyos principios a este respecto son más o menos lo mismos que la Ley de la Propiedad Industrial en vigor establece.

¹³⁰ Instancia: Segunda Sala, Jurisprudencia, Informe 1963, pág. 19 Amparos en Revisión 9486/43, 374/56, 1832/56, 6718/57 y 2102/61.

Como lo hemos visto la Legislación Mexicana en materia de marcas (Ley de la Propiedad Industrial, artículo 90 fracción XV) otorga una protección extra en caso de que la marca sea “Notoriamente conocida,” sin embargo y como ya lo he mencionado en el presente estudio, no todas las marcas son notoriamente conocidas. Aún si nosotros consideramos que nuestra marca lo es, probablemente la Autoridad determine en sentido contrario.

Ahora bien respecto a la misma situación, si yo decido demandar, puede ser que el Tribunal que analice mi caso me de la razón y gane el Juicio, ¿Por qué no? El Tribunal puede utilizar los mismos argumentos que el siguiente precedente: “MARCAS. PRODUCTOS DE DISTINTAS CLASES. SIMILITUD.- El elemento de confusión que pudiera determinar error en la procedencia del producto amparado por una marca idéntica o semejante a la registrada con anterioridad, puede provenir de muchos factores, encausados a alcanzar un beneficio con detrimento del derecho preferente que trata de resguardarse, y de allí que, la semejanza o similitud a que alude la Ley no quede limitada a artículos clasificados en la misma clase, sino a cualquier otra, siempre que induzca a error, por su finalidad, su composición, lugar de venta o por cualquier relación que entre ambos exista, bien sea de medio o fin o de causa a efecto, sin que, por todo ello, a la similitud indicada se le deba dar una interpretación rígida, sino, como queda dicho y debe reiterarse justa y lógica; pudiendo decirse, entonces, que la clasificación a que alude el artículo 71 Reglamentario, no puede servir de base para concluir que no haya ni pudo haber similitud entre productos de distintas clases. Amparo en revisión 5665/56. The Gillette Company. 22 de septiembre de 1961. Mayoría de 3 votos. Ponente: Octavio Mendoza González. Disidente: José Rivera Pérez Campos.”¹³¹ Parece ser que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambia de opinión de manera repentina. Estos dos casos los resolvió el mismo año, tal vez

¹³¹ Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: LI, Tercera Parte. Página: 64.

en su perspectiva los resultados eran muy diversos, pero si los aplicamos a nuestro caso concreto el resultado es totalmente diferente. Este precedente del 1961 es también incongruente con el precedente que cito en la nota al pie 65. Al contrario de la Jurisprudencia anterior, este precedente me parece lógico, me parece que da una mayor protección a la marca, sin embargo, estimo que aplica incorrectamente las leyes, no creo que un Tribunal lo acepte y lo haga suyo, aunque no descarto la posibilidad. Hay que tener presente si la marca es “Notoriamente Conocida” o no. Si este precedente interpretara lo que en la actual legislación se conoce como marcas notoriamente conocidas, sería correcta la interpretación, ya que los resultados serían los mismos, sin embargo nada menciona a ese respecto.

Todos estos precedentes y jurisprudencia, que a veces se contradicen, interpretaban Leyes ya abrogadas. La pregunta queda en el aire, ¿Cómo interpretarán los Tribunales los artículos 93 y 94 de la Ley de la Propiedad Industrial en vigor. Mi opinión es que una marca protege a todos los productos de una sola clasificación, no a los productos de otra. Esta opinión y los razonamientos que me hicieron llegar a ella ya los he plasmado en la página 25 del presente ensayo, por lo que remito al lector a ella para obviar repeticiones. La única ocasión en que una marca protegería a su poseedor en contra de un registro en una clasificación que no sea en la que se registró es cuando la marca sea “Notoriamente Conocida,” en el ejemplo que analizo, sinceramente no creo que la Autoridad Administrativa o Tribunal competente considere mi marca de ropa como notoriamente conocida.

¿Por qué girar la moneda?, ¿Por qué dar la vuelta a lo mismo en otro sentido? Volvamos a nuestro ejemplo, lo hice simple y sencillamente por si el lector es de la opinión de que aunque estén en diversas clasificaciones podría ser alegado que una marca de ropa es relacionada con una marca de maletas y que se podría ganar un juicio sin más protección que la otorgada por la marca, registrada en la clasificación de ropa (la clase 25). Con esto queda demostrado que la decisión que vaya a tomar un Tribunal no es totalmente predecible, puede ser en un

sentido o puede ser en otro. Si es así la situación ¿Por qué no tratar de obtener una mayor protección?

La Ley no contempla todos los posibles casos en que un derecho de Propiedad Intelectual podría verse afectado. Es decir, otorga ciertas protecciones en cada derecho de Propiedad Intelectual y el interesado tiene que ver y estudiar en que forma puede, o de que forma la ley le permite, protegerse aún más. Las Leyes que regulan la Propiedad Intelectual están hechas en base a una política y es precisamente la consecución de esa política lo que pretenden mediante sus ordenamientos y figuras jurídicas alcanzar.

En nuestro caso concreto, resulta claro que no es el propósito de la Ley sobreproteger a los titulares de las marcas. Sin embargo, de su interpretación infiero que la legislación mexicana, al igual que la norteamericana, deja abiertas las puertas para que el titular de un derecho de Propiedad Intelectual logre más protección de su producto o artefacto mediante la búsqueda de protección por medio de otro derecho de Propiedad Intelectual totalmente independiente de el primero. Incluso una sola cosa pudiese estar protegida por tres o más derechos de Propiedad Intelectual.

C.ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En base a todo lo anterior, tenemos que los elementos de la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual son los siguientes:

- Dado que los derechos que protege cada institución de Propiedad Intelectual son diferentes e independientes entre sí, la pérdida de un derecho no conlleva automáticamente la pérdida de otro u otros;
- Mientras la Ley no determine otra cosa, la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual es perfectamente existente y posible;

- Como es bien sabido, cada derecho de Propiedad Intelectual protege aspectos diferentes, sin embargo, la existencia de dos o más derechos de Propiedad Intelectual sobre una misma cosa (o ente intangible), dará a su poseedor o dueño una mayor protección y más seguridad sobre la cosa objeto de los derechos de Propiedad Intelectual;
- Antes de hacer uso de la protección acumulada que se puede derivar de la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual se debe proteger primeramente e invariablemente en base a la institución de Propiedad Intelectual que más encaje con nuestros propósitos. Por ejemplo: una marca debe ser registrada como marca, antes de pensar en obtener un derecho de autor sobre el diseño que constituye la misma. La ventaja del derecho de autor es que el mismo nace desde el momento en que la idea es plasmada en un soporte material. Tenemos que partir de lo más específico e ir, sobre la marcha, a lo más general. Primero lo que es primero, lo que está explícitamente en la Ley y luego ya podemos hacer uso de otros medios legales para obtener una mayor protección;
- Para que sea útil la protección acumulada, el interesado debe ser titular de todos los derechos de Propiedad Intelectual. Si el titular es otra persona totalmente ajena a él, pues entonces no estamos en frente de una protección acumulada sino más bien de un problema. Por ejemplo yo soy titular de una marca tridimensional y el titular de los derechos de autor de la obra que constituye la marca es totalmente ajeno a mí;
- La protección acumulada no sólo se limita a una marca y un derecho de autor, puede ser entre marcas, derechos de autor, patentes, diseños industriales, modelos de utilidad, dependiendo de cada caso concreto en particular. El número de instituciones que pueden proteger una sola cuestión no es limitado a dos. Por ejemplo, yo puedo constituir una marca, un diseño industrial y un derecho de autor al mismo tiempo. Claro, si la naturaleza de

la obra hace esto posible, la única limitante es la naturaleza del artefacto o artículo en cuestión.

- La naturaleza de las instituciones de Propiedad Intelectual es la que puede frenar la utilización de la protección acumulada basada en la autonomía de las mismas. Así tenemos que la naturaleza de una patente es incompatible con un secreto industrial. No podemos proteger una invención o un proceso con ambas instituciones. Esto debido a que el secreto industrial se perdería si el mismo es revelado, pues ya no sería secreto. Para obtener una patente es necesario revelar todo el procedimiento, invención y contexto de la misma, de manera que mientras en una institución hay que mantener el secreto, la otra opera exactamente en sentido contrario, en la patente hay que revelar la invención, no pueden coexistir.
- Si surge un problema, controversia o litigio, quien está protegido con más de una institución de Propiedad Intelectual, invariablemente tendrá más ventajas que quien no lo está y las posibilidades de que gane son mucho mayores;

D. ARGUMENTOS EN CONTRA

A lo largo de mi investigación no he encontrado en ningún libro, en ningún artículo, en ninguna ponencia a alguien que opine lo contrario a lo que he expuesto. Es decir, la Autonomía de los Derechos de Autor. Como normalmente ocurre en este tipo de investigaciones, después de que se de a conocer este estudio seguramente habrá muchas personas que vayan a pensar lo contrario.

Sin embargo, los argumentos en contrario a lo que he venido argumentando se refieren principalmente a dos cosas:

- Los derechos de autor protegen algo totalmente distinto a las marcas. La Ley Federal del Derecho de Autor es para otra cosa.

- No es necesaria la protección acumulada de las marcas ya que lo que conocemos como “marca notoriamente conocida”, misma que está regulada por la fracción XV del artículo 90 de la Ley Federal de la Propiedad Industrial protege la marca en contra de su inscripción en cualquiera de las 42 clasificaciones.
- Otro argumento en contra de la Autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual podría ser la siguiente pregunta, ¿Es el Espíritu de la Ley o simplemente accidente por descuido del legislador?

A decir verdad, en el Congreso sobre Propiedad Intelectual al que asistí en días pasados¹³² no mucha gente estaba muy de acuerdo con mi punto de vista, algunos pensaban que los derechos de una institución de Propiedad Intelectual no son los mismos que los derechos de otra institución, caso específico, marcas y derechos de autor. Estos abogados estimaban que marcas y derechos de autor son dos cosas totalmente diferentes. No estoy de acuerdo con ellos, estimo erróneo pensar que simplemente con registrar una marca en una sola categoría me va a proteger en contra de su uso en otras categorías. Si lo aplicamos a la obra de arte que constituye la marca, estamos frente a un grave dilema, confiar en que la autoridad determine que mi marca es “notoriamente conocida” para así negar el registro de mi diseño a otra marca en otra clasificación, o hacer uso de los derechos de autor sobre el mismo diseño para impedir que sea utilizado como marca.. Podemos tener una actitud pasiva o una activa.

Si el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial por algún motivo determina que mi marca no es notoriamente conocida y le otorga registro a otro comerciante en otra clasificación del diseño de la marca, es decir, la marca tridimensional o al dibujo de la misma, tengo una opción: Promover un amparo alegando que no se estuvo a la fracción

¹³² Ciclo de Conferencias: La Propiedad Industrial en el Entorno Internacional, Organizador: Cámara de Comercio México Estados Unidos, 18 y 19 de marzo de 1999.

XV del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial. O puedo alegar otros aspectos relativos al procedimiento. Por otra parte, si yo hago uso del derecho de autor que tengo sobre el dibujo u obra plástica que constituirá mi marca, tendré otra acción, es decir, la acción civil¹³³ que deriva de la transgresión a mis derechos de autor sobre el dibujo u obra plástica, independientemente de que hayan sido usados en lo que sea. Es decir, dos acciones en contra de una, más armas para defender la marca. Por otra parte no debemos dar por hecho que la autoridad determinará mi marca como “notoriamente conocida,” basta dar un somero repaso al análisis que sobre este tema realicé en la página 35 del presente estudio. Hay que recordar que los derechos otorgados cuando la marca es “notoria,” son una excepción a la regla general y no debemos fiarnos de ello. La regla general es que una marca sólo protege en la clasificación en la que fue registrada. Tan es así que la propia Coca Cola tiene registrada su marca en las 42 clasificaciones de bienes y servicios.¹³⁴ O Walt Disney protege que sus personajes no sean utilizados como marca mediante un Derecho de Autor o Reserva de Derechos. Si estas grandes Compañías, sobre todo Coca Cola, no se fiaron de la “notoriedad de su marca” para protegerla, pues con menos razón lo debe hacer cualquier otra marca que se le venga a la mente al lector.

Por lo que toca a que los derechos de autor no tienen nada que ver con las marcas puedo decir lo siguiente: Es necesario comprender el alcance de los artículos 24 y 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor.¹³⁵ El alcance es en pocas palabras el siguiente, nadie puede usar una obra artística sin la autorización de su titular. El autor o el titular de los derechos patrimoniales de la misma tiene el exclusivo derecho a utilizar la obra. Ninguna persona puede usarla, ni siquiera para constituir una marca con esa obra artística. Estos ordenamientos jurídicos son más que claros al respecto. Para aquellos que piensan que el dere-

¹³³ *Ver en general* Ley Federal del Derecho de Autor, arts. 24, 27, 77 y 213.

¹³⁴ Cárdenas, *supra* nota 124.

¹³⁵ Artículos relativos a derechos patrimoniales, analizados en el presente estudio, *ver* página 42.

cho de autor no regula lo mismo que las marcas, tienen toda la razón, el derecho de autor, va mucho más allá que el derecho marcario. El artículo 24 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece que el titular del derecho patrimonial le corresponde el derecho de explotar de manera exclusiva las obras, su explotación, en cualquier forma. El precepto es claro y al establecer “en cualquier forma,” refiere precisamente a eso, a cualquier forma de explotación. El artículo 27 de dicho ordenamiento jurídico establece de manera clara que los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir la utilización de la obra, su edición o fijación material en cualquier soporte, la comunicación pública por cualquier medio o bien y para terminar pronto, cualquier utilización pública de la misma (fracción VII). Por lo tanto el derecho de autor es la protección más sensible y amplia que una obra en general pueda tener. Tal vez el logo de la marca pueda ser utilizado para hacer una obra de arte, si es que tal logo no está protegido por un derecho de autor, pero nunca una obra artística o un dibujo que cuente con un derecho de autor podrá ser utilizado como marca sin la autorización expresa de su titular.

Por lo que respecta a si la protección acumulada derivada de la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual fue la intención del legislador o un simple descuido, estamos frente a un problema, si no fue la intención y todo el público en general la comienza a utilizar, probablemente el legislador pretenda enmendar su error descartando la protección acumulada explícitamente de la Legislación. Sin embargo, estimo que no es el caso, la tendencia internacional va hacia la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual.

Se pueden aplicar estos mismos razonamientos a otras instituciones de Propiedad Intelectual que se utilicen. Casi todos los argumentos en contra en cuanto a la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual giran alrededor de la premisa de si es útil esa multiprotección o no lo es. Casi no encontré argumento en contra acerca de la naturaleza misma de la autonomía de los derechos de Propiedad Intelectual.

Dejo al lector la decisión final, creo que los elementos están dados y cada quien puede tomar lo que le sea útil de la presente investigación y desechar lo que no considere útil o acertado. Esa es la base objetiva de todo mi trabajo..

EL TERRORISMO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Por: Dr. Luis Eduardo Zavala* y
Dr. Carmelo Cattaffi*

Los principales diarios del mundo informaron con estos títulos el advenimiento de la primera guerra del siglo XXI: “El día en que el mundo cambió”, “La Guerra llega a América”, “El día oscuro de la humanidad”, entre otros. A partir de ese momento, se libra la primera de las batallas no convencionales que ponen en tela de juicio la efectividad del Derecho y de la justicia internacional. Con ello y de manera subsecuente, el Derecho de los Organismos Internacionales, el Derecho diplomático, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. La guerra contra el terrorismo está en la crónica de una muerte anunciada.

El 12 de septiembre del 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hacía una llamada urgente a todos los Estados para que llevaran ante los tribunales a los perpetradores y organizadores de los ataques terroristas y hacía hincapié en que aquellos responsables de ofrecer ayuda o cobijo a los autores serían considerados responsables. Pero, «debemos confiar más en el derecho que en la guerra», afirma Benjamin B. Ferencz, fiscal en Nuremberg:

* Profesores del Departamento de Derecho.

“Secuestrar aviones de pasajeros, y de manera deliberada e intencionada estrellarlos contra grandes edificios, causando, en consecuencia, la muerte de miles de civiles inocentes, es claramente un crimen contra la humanidad. [...] Se considera que cualquier persona, sin importar su nacionalidad ni en calidad de qué actuó, ha cometido un crimen si fue ejecutor directo o cómplice, o bien dio su consentimiento en este respecto o estaba relacionado con cualquier organización o grupo relacionado con la perpetración del crimen. Según el principio común de la legislación criminal, cualquiera que ayude o incita a un crimen, antes o después de que se cometa, se convierte en consecuencia, en cómplice del crimen y esta sujeto a pena”¹

A partir de este precedente, se debería instar al Consejo de Seguridad, a actuar de acuerdo con la autoridad que le confiere la Carta de las Naciones Unidas y a crear una fuerza militar internacional (según está previsto por la Carta en su artículo 42) para ayudar a cumplir el mandato del Consejo de Seguridad. La fuerza militar puede estar compuesta por voluntarios de la OTAN u otras naciones, similar a la fuerza utilizada en la Guerra del Golfo. La decisión interventora tiene que justificar plenamente los motivos en que se funda: humanitarios en el caso de genocidio o de restablecimiento de garantías básicas del ser humano.

En el caso, desafortunado, de que no exista ningún tribunal criminal internacional permanente, el Consejo de Seguridad, siguiendo sus propios precedentes, puede establecer de manera urgente un tribunal criminal internacional *ad hoc* para procesar a los acusados –como se hizo con el apoyo de Estados Unidos– para los crímenes contra la humanidad cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda. Los juicios deberían ser totalmente imparciales.

Afirma Federico Reyes Heróles,

¹ Benjamin B. Ferencz, en *La información es un servicio de Solidaridad Urgente*, editado por el Equipo Nizkor, Septiembre del 2001.

*"Puesto que una de las conquistas de la humanidad para administrar lo más racionalmente posible el uso de la violencia es la invención del proceso. Sólo se accede a la verdadera justicia cuando se cruza por un proceso. Es allí y sólo allí que se permite al inculpado la exposición de su defensa. Justicia no es que un individuo muera a consecuencia de alguna atrocidad o crimen cometido, sino que la pena sea aplicada después de un proceso"*²

El proceso está ya contenido en el Estatuto de la Corte Penal de Justicia Internacional que se encuentra en el horizonte del Derecho Internacional Positivo y que amplía las facultades de persecución contra los delitos de lesa humanidad. Lo lógico sería que esa instancia fuera la facultada para perseguir por arriba de las fronteras nacionales a los terroristas y someterlos a juicio.

Ahora bien, el primer escenario con sus respectivas tendencias que se nos plantea desde el punto de vista del Derecho Internacional es el de la jurisdicción universal. La doctrina de la jurisdicción universal afirma que algunos crímenes son tan horribles que sus perpetradores no deben escapar a la justicia invocando doctrinas de inmunidad soberana o la sacrosanta naturaleza de las fronteras nacionales.

El concepto mismo de jurisdicción universal fue acuñado recientemente. De hecho, es poco probable que se pensara que los jueces nacionales los utilizaran como medio para las solicitudes de extradición en torno a los presuntos crímenes cometidos fuera de sus jurisdicciones. Incluso con respecto a ratificar compromisos como la convención sobre el genocidio, nunca se pensó que los líderes pasados o futuros de una nación serían sometidos a juicio por parte de magistrados de otro Estado donde no se hubieran cometido las violaciones. En estos tiempos han surgido dos enfoques específicos para aplicar el principio de jurisdicción internacional. El primero busca aplicar los procesos de justicia criminal nacional a las violaciones de normas universales, algunas de las cuales están contempladas en las convenciones de las

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

Naciones Unidas, al autorizar a los fiscales de cada nación a llevar a los transgresores a sus jurisdicciones mediante la extradición desde terceros países. El segundo enfoque es precisamente el de la Corte Penal de Justicia Internacional³.

Dos corrientes sobresalen en este planteamiento: Una, la de Henry Kissinger, quien señala que “las trampas de la jurisdicción internacional residen en la interpretación de las leyes internacionales, generalizada y sin precedentes, que otorgaría a cualquier magistrado de cualquier lugar del mundo la facultad de exigir la extradición, sustituyendo los procedimientos de reconciliación por el juicio de los propios magistrados. De ahí que cuando se otorga a los fiscales nacionales discreción en cuanto a qué crímenes se hallan sujetos a la jurisdicción universal y a quiénes hay que procesar, el alcance de la arbitrariedad sea muy amplio”⁴. Y la otra, la de los defensores ideológicos como Ferencz y aquellos que aportan mucho del ambiente intelectual para que surja la CPJI. Su propósito es penalizar ciertos tipos de acciones militares y políticas y, con ello, dar al derecho y las relaciones internacionales una gestión más humana. En la medida en que la CPJI suplanta las aspiraciones de los jueces nacionales a una jurisdicción universal, se fortalece el derecho internacional

Para los defensores de la CPJI, la doctrina de la jurisdicción universal se basa en la premisa de que los individuos o casos que ante ella se presenten han sido identificados cabalmente⁵.

³ Cr. Henry A. Kissinger, *Las trampas de la jurisdicción universal*, en *Foreign Affairs en Español*, vol 1 Num. 3, 87.

⁴ *Idem.*, 93.

⁵ Amnistía Internacional apoyó una queja que un grupo de profesores de derecho, europeos y canadienses, presentó a Louise Arbour, entonces fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Según la queja, se cometieron crímenes de lesa humanidad durante la campaña aérea de la OTAN en Kosovo. Arbour ordenó una inspección interna del personal militar, lo que implicaba que ella tendría jurisdicción si se demostraba que, de hecho, existieron tales violaciones. Su sucesora Carla del Ponte, acabó por desistir de enjuiciar a cualquier funcionario de la OTAN debido a una incapacidad general de señalar cualquier responsabilidad individual. (Ver H. Kissinger, *Las trampas de la jurisdicción internacional*).

De hecho, éstos sostienen que el Estado es la causa básica de la guerra y no puede confiarse en él para impartir justicia.

La respuesta al problema de la jurisdicción universal estaría en los procedimientos definidos con precisión por el Consejo de Seguridad, en donde el acusado debería contar con las salvaguardas de un proceso adecuado, convenido en jurisdicciones comunes. De esta manera, los procedimientos acordados por consenso internacional para lidiar con casos de crímenes de guerra, genocidio u otros actos de lesa humanidad podrían alcanzar un grado institucional.

El segundo escenario que se nos plantea es el del papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el Sistema Legal Internacional. Partiendo de la pregunta que establece una de las principales tendencias: ¿Es el Consejo de Seguridad un órgano productor del derecho? Existen dos razones por las cuales surge la cuestión. La primera parte del hecho de que cuando nos referimos al Consejo de Seguridad la tendencia es a considerar su papel político. Y la segunda es la intensa actividad que ha desempeñado en estos últimos tiempos.

Ningún órgano internacional está investido con un poder legislativo a menos que los Estados miembros lo establezcan. La Carta de las Naciones Unidas no establece esta competencia al Consejo de Seguridad. Por otra parte, una resolución del Consejo de Seguridad puede ser considerada como una norma, puesto que el Consejo de Seguridad adopta resoluciones, se puede asumir que éste se involucra en la creación de normas en el marco institucional que está definido por la Carta, esto lo hace creando derechos y obligaciones para todos los países miembros de las Naciones Unidas.

Ahora bien, en cuanto a los poderes del Consejo de Seguridad, siendo éste un órgano político produce resoluciones que tienen consecuencias legales. De ahí que el artículo 39 provea que el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas de seguridad serán tomadas de conformidad con

los artículos 41⁶ y 42⁷ para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Este poder cuasi discrecional se extiende hasta determinar si una situación constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

Ya que las resoluciones del Consejo de Seguridad son una fuente de derechos y obligaciones para los Estados miembros de las Naciones Unidas, este presupuesto jurídico aparece desde el momento mismo en que uno interpreta la Carta de las Naciones Unidas en concordancia con la práctica reciente del Consejo de Seguridad. Para ilustrar este punto basta mencionar las dos fuentes que ocupan nuestro estudio: La Corte Penal de Justicia Internacional y el Terrorismo como fuentes de derechos y obligaciones que emanan de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

En el caso del terrorismo: La Resolución 731 del Consejo de Seguridad del 21 de Enero de 1992, que se refiere al atentado al vuelo 103 de Pan Am sobrevolando la población escocesa de Lockerbie. El Consejo de Seguridad invocó al Derecho de los Estados, en conformidad con la Carta y los principios del Derecho Internacional, con el fin de proteger a sus nacionales de actos de terrorismo, lo cual constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales. Del mismo modo, la Resolución 748 del 31 de Marzo de 1992, subrayando en su preámbulo que “la supresión de actos internacionales de terrorismo, incluyendo aquellos Estados involucrados directa o indirectamente, es esencial para el

⁶ El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no implique el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

⁷ Si el Consejo de Seguridad estimara que las medidas de que trate el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerza aérea, navales o terrestres de los Miembros de las Naciones Unidas.

mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”. Ambas resoluciones impusieron un embargo a Libia con el fin de crear derechos y obligaciones tanto para Libia como para los Estados al cumplir con el embargo.

Finalmente, la Resolución 1373 del 30 de Septiembre del 2001 sobre la erradicación del terrorismo. Apoyada en el capítulo séptimo de la Carta (Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamiento de la Paz o Actos de Agresión) ésta impone obligaciones a los Estados miembros cuidando todos los pasos procedimentales. La delación de grupos terroristas, con toda información del caso y su persecución interna dejarán de ser un acto voluntario y discrecional para convertirse en una obligación de derecho supranacional. Esta es una nueva categoría de derechos y obligaciones, pues los estados miembros han sido llamados a un nuevo deber persecutorio impuesto de manera global, pero ellos también podrán acudir a la resolución 1373 en búsqueda de protección.

En conclusión, teniendo en cuenta las resoluciones que emanan sobre el terrorismo y el Derecho Internacional de los derechos Humanos expresados en el Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad no sólo implementa el derecho, sino que también lo produce. Asimismo juega un papel significativo en el sistema legal internacional. Aunque materialmente no tiene el poder de crear la ley, sí lo tiene para crear derechos y obligaciones para los Estados miembros de las Naciones Unidas tal y como lo implementa e interpreta la Carta. Asimismo, cualifica algunos actos como ilegales dentro del Derecho Internacional, tal es el caso de la resolución 674 del 29 de octubre de 1990 al considerar la invasión de Irak a Kuwait como ilegal. Además, está por encima de los tratados, de acuerdo con el Artículo 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de la Naciones Unidas manifestadas en la presente Carta y sus obligaciones en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la dicha Carta.

De ahí que las resoluciones del Consejo de Seguridad tengan un impacto considerable en el orden legal internacional. Además, las resoluciones del Consejo de Seguridad en el campo de la paz y seguridad internacionales han promovido un progresivo desarrollo del Derecho Internacional. El resultado: un Derecho del Organismo Internacional llamado Naciones Unidas que si bien es perfectible, establece un sistema de normas asignadas con diferentes propósitos: el mantenimiento del orden público internacional a través de la paz y seguridad internacionales (aquellas leyes relacionadas con el no uso de la fuerza), la transformación de un orden basado en la justicia (el derecho a la autodeterminación), la incorporación de un derecho sobre ciertos valores morales universales (que es el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario) así como de protección física y de sobrevivencia de la humanidad como es el caso de las normas de protección ambiental. Todos estos contenidos operando en diferentes campos del derecho internacional tienen diferentes propósitos y producen diversos efectos legales.

Y el tercer escenario que se nos plantea con su respectiva tendencia es el del derecho domestico, particularmente, el enjuiciamiento del Bin Laden y la organización Al-qaeda por violaciones del Derecho Internacional y demandas civiles por parte de varias víctimas.⁸ El enjuiciamiento es posible bajo el Acta Antiterrorista de 1990. La sección 2332 (a) particularmente la limitación contenida en la frase “mientras un nacional se encontrare fuera de los Estados Unidos” que cubriría el enjuiciamiento por homicidio en el extranjero perpetrado contra nacionales de los Estados Unidos en el extranjero, tal es el caso del ataque a las embajadas de los EU en Kenya y Tanzania. La sección (b) de este mismo artículo cubre las figuras de la tentativa y la conspiración en conexión con el asesinato de un nacional de los EU y las secciones (c) y (d) con la causal de graves daños físicos a un nacional de los EU. Esto re-

⁸ Cf. Jordan J. Paust, en *La información es un servicio de Solidaridad Urgente*, editado por el Equipo Nizkor, Septiembre del 2001.

quiere de certificación escrita del Fiscal General de los EU en el sentido de que tales ofensas estaban dirigidas a ejercer coacción, intimidación o venganza sobre un gobierno o población civil. El enjuiciamiento es también posible a tenor de la legislación estadounidense por la que se desarrolla el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971.

Dado que el terrorismo es un crimen de carácter internacional sobre el que existe la jurisdicción y la responsabilidad universal de iniciar al enjuiciamiento, extraditar a las personas razonablemente acusadas de tal crimen, ha quedado patente en la resolución 1373 de la de las Naciones Unidas. Es por ello que ante la indefinición de la tipificación de los delitos que establece el estatuto de la Corte Penal Internacional se incluya los actos de terrorismo.

Los tres escenarios que se presentan señalan las tendencias del derecho internacional desde una jurisprudencia sociológica, que tiene como base un proceso de decisiones antes que un sistema de reglas y, desde una crítica legal, esto es, como los Estados justifican su conducta. Estos dos elementos son indispensables para la creación de una Corte Penal de Justicia Internacional.

NECESIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CPI

Lo primero es normar un criterio sobre un solo punto:

El sistema jurídico de la comunidad internacional se ve obligado a desarrollar una regulación y a crear organismos que vislumbren más allá de los acontecimientos que se presentan en los tiempos actuales. El *individuo como sujeto excepcional* del Derecho Internacional es siempre menos excepcional y esta más vinculado al acercamiento de aquella utopía representada por *una justicia penal* que se impone a la soberanía de los Estados en favor de la legalidad y el respeto de los derechos humanos.

Y no debe entenderse por derechos humanos, el conjunto de normas “eurocéntricas” vueltas a la occidentalización del mundo, sino que deben de ser entendidos como valores que unan al mundo en toda su diversidad a través de la armonización de las legislaciones cuyas directivas y finalidades sean dictadas para un gobierno democrático superior; un núcleo de valores de gran importancia por toda la humanidad.

IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Evolución histórica

Durante el paso de la historia mundial han ocurrido acontecimientos con graves consecuencias políticas, jurídicas y económicas que han afectado sin duda el curso de la vida de diferentes naciones, aún sin que estos acontecimientos fueran tipificados como delitos internacionales. Gracias a la evolución del Derecho Internacional Público, estos actos son perfectamente reconocidos como delitos, pero ha hecho falta la presencia de un organismo coactivo, con indiscutible presencia y carácter imperativo entre los Estados que sancione adecuadamente dicho actos ilegítimos en contra de los derechos fundamentales del hombre. La primera tentativa de crear una Corte penal internacional a nivel puramente teórico se produjo inmediatamente después de la primera guerra mundial y continuó con mayor vigor e intensidad después de terminado el segundo conflicto.

La Convención para la Prevención y el castigo del Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre 1948, prevé en su Art. 6, que *los actos de genocidio sean procesados por un tribunal penal internacional*, y fue entonces invitada la Comisión de Derecho Internacional (un organismo de la Asamblea General de las Naciones Unidas), para elaborar un proyecto con el fin de instituir una Corte Penal Internacional permanente.

El clima político internacional de los años '60, '70 y '80 complicó las cosas y solo en los años '90 se pudo retomar en consideración la vía del diálogo, principalmente por iniciativa de unas delegaciones de estados interesados en la creación de una Corte Penal internacional.

- La Asamblea General, con la resolución 47/33 del 25 Noviembre 1992, solicitó a la Comisión sobre el Derecho Internacional preparar un proyecto que consistía en la elaboración del Estatuto de una Corte Penal Internacional permanente estableciendo como fecha de presentación el mes de Julio de 1994.

Sin embargo, numerosos crímenes pasaron sin castigo y los hechos ocurridos en la Ex Yugoslavia y Ruanda movilizaron a la Comunidad Internacional. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituyó bajo la *presunta autorización* del capítulo VII de la Carta de San Francisco, dos Tribunales *ad hoc* para los Crímenes de guerra: el primero por la ex Yugoslavia en 1993 y el segundo por Ruanda en 1994; sólo una Corte permanente pudo constituir una disuasión a los crímenes más graves.

- En 1994, la Comisión sobre Derecho Internacional presentó a la Asamblea General un proyecto y ésta decidió sobre la institución de un Comité *ad hoc* para la creación de una Corte Penal Internacional "*abierto a todos los miembros de las Naciones Unidas o que formen parte de sus agencias especializadas para examinar las principales cuestiones conceptuales y administrativas cubiertas por el proyecto de Estatuto*" (AG resolución 49/53).
- En 1995, la Asamblea General, con su resolución 50/46, instituyó una Comisión Preparatoria para analizar el texto unificado de una Convención para la Corte Penal Internacional, el primer paso para la presentación de un proyecto en ocasión de una futura Conferencia de los plenipotenciarios.

- El 16 de Diciembre 1996, con recomendación de la Comisión sobre Derecho Internacional, la Asamblea General en su resolución, 51/207 estableció que una conferencia diplomática de plenipotenciarios se desarrollaría en 1998, con el objetivo de terminar y adoptar una convención para la institución de una Corte Penal Internacional.
- El Estatuto de la Corte fue aprobado en Roma, el 17 de julio 1998 luego de la prevista Conferencia diplomática de los plenipotenciarios (de 15 de junio a 17 de julio en la sede de la FAO en Roma, donde participaron representantes de 148 Estados. Los votos a favor fueron 120, en contra 7 con 21 abstenciones). El Estatuto entrará en vigor cuando por lo menos 60 países lo ratifiquen y así será instituida definitivamente la Corte Penal Internacional que permitirá juzgar a los culpables de aquellos crímenes contra la humanidad hasta hoy no castigados por su carácter y naturaleza internacional.

En lo que se refiere a las ratificaciones, Senegal y Trinidad y Tobago empezaron, respectivamente en febrero y abril de 1999, a mostrar interés en esto y ratificaron el Estatuto. Cumplieron después con dicha ratificación las Islas Fiji y Ghana (cabe destacar que se trata de países que tienen problemas en cuanto al respeto de los derechos humanos);

El primer país europeo a ratificar fue San Marino, luego Italia en julio 1999 pero hasta febrero 2000 solo 6 Países habían ratificado el Estatuto de la Corte.

Falta mucho aún: Para su entrada en vigor el Estatuto predispone la ratificación de 60 Estados. Hasta el 14 de octubre 2001 solo 43 lo hicieron. (140 estados lo han firmado mostrando un cierto interés en comprometerse en un futuro *esperamos*, cercano) y faltan muchos *grandes* en la lista, para que no se acuse de hipocresía la política adoptada para los *justicieros*.

La Corte Penal Internacional es ya una necesidad básica como parte de la indiscutible globalización jurídica que debe tenerse entre las

Naciones del mundo. A continuación se mencionan los conflictos a los que se enfrentan actualmente los Estados sin la existencia de dicho organismo:

- La institución de Tribunales especiales (*ad hoc*) no ha sido suficiente para respetar los principios fundamentales del derecho penal como la aplicación de la **retroactividad** en materia penal, o el **juicio sin un tribunal preconstituido**.
- La relación reforzada entre justicia y política desemboca en un tipo de **justicia politizada**. La justicia en su estado puro es el primer paso en un sistema basado en el mantenimiento de la paz, pero si otros aspectos se mezclan con ella, el resultado es la presencia de tribunales especiales para países como la ex Yugoslavia y Ruanda y ninguno para Algeria, Camboya, Afganistán o Chechenia.
- La necesidad o emergencia de la creación de un tribunal especial puede llevarnos a asistir a la creación de **tribunales con características diferentes** y el riesgo de perder confianza en la justicia universal. La participación de todos los Estados en la construcción de la Corte penal internacional sería la manera más directa para facilitar al mismo tiempo la democratización de la política internacional.
- Un Estado puede encontrarse en una condición de escasez económica y la insuficiencia de recursos es un obstáculo para la persecución de crímenes internacionales y la investigación, que a veces cubre un amplio espacio geográfico y añade a este problema la injerencia en la jurisdicción interna de otros Estados, límite que la Corte podría superar.
- La aplicación de la justicia puede llegar a ser paradójica en caso de que haya o no cambio de las partes al gobierno. Esto trae como consecuencia el minimizar las penas juzgando como crímenes comunes los crímenes más graves (en el caso de permanencia del viejo régimen), o de hacer justicia por sí mismo aumentando

- el riesgo de imparcialidad (en el caso de cambio de régimen y poder en las manos de las partes que sufrieron los crímenes).
- La responsabilidad penal es personal y no colectiva. Un pueblo entero no puede ser considerado autor de crímenes. Culpar una nación significaría producir peligrosos sentimientos nacionalistas y xenófobos.
 - Existen crímenes que ofenden a la comunidad en su conjunto y no solo los ciudadanos de unos Estados: imagínese si un Estado “A” iba a ocuparse de los crímenes cometidos en un Estado “B” en contra de ciudadanos del Estado “B”, y ahora póngase ciudadanos del Estado “A” entre las víctimas: el nacionalismo de cada Estado tomaría un carácter más universal.
 - La justicia favorece la reconciliación, la cual es una de las mejores formas preventivas de nuevos conflictos.
 - Es obligación de la Comunidad Universal castigar a los responsables de los crímenes más graves para el respeto de las víctimas, para que no caiga en el olvido la dignidad humana.

Algunos países que todavía no ratifican el Estatuto, justificaron la intervención en Kosovo (En esta ocasión con referencia a la participación de la ONU, un artículo de Virginia Rosas –diario “El Comercio”, 25.03.1999– fue titulado “La ONU se fue de vacaciones”, lo cual es muy expresivo y revelador para juzgar su escaso protagonismo), o el bombardeo en Irak como acciones para el respeto y la defensa de las libertades fundamentales de los seres humanos.

La Corte Penal Internacional es el fruto de un proceso histórico dirigido hacia una justicia penal internacional efectiva y, a diferencia de lo que ocurrió para la institución de los tribunales *ad hoc*, esta vez se escogió el instrumento del acuerdo *multilateral*. Si de una parte hay alarmas debido al miedo de la pérdida de soberanía de los Estados, de otra parte hay alarmas debido a los límites que dicha Corte encontrará como obstáculo: su competencia se refiere sólo a los crímenes más graves, lo que significa que todavía no hay una verdadera corte penal internacional.

En la siguiente parte se encontrará un breve análisis del estatuto.

ANÁLISIS DEL ESTATUTO

En el preámbulo se identifican las características de la nueva Corte:

En particular, la voluntad de crear una Corte Penal Internacional *de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,*

Que será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, que garantizará... que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera

Art. 1

- *La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.*
- La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta
- La sede de la Corte estará en La Haya, Países Bajos
- La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos
- La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.
- La competencia de la Corte se limitará a los *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su*

conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
 - b) Los crímenes de lesa humanidad;
 - c) Los crímenes de guerra;
 - d) El crimen de agresión.
- *La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.*

Para cada crimen se trató de dar una definición más o menos atenta. Así el **genocidio** es interpretado como: *actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:*

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo

“El genocidio es, en el derecho internacional, el equivalente al homicidio en el derecho interno, así como no se puede concebir un ordenamiento estatal que no castigue el homicidio, tampoco se puede concebir un ordenamiento internacional que no castigue el genocidio⁹ eso muestra como el concepto de crimen contra la humanidad se adop-

⁹ FERRAJOLI Luigi, *Il crimine di genocidio e la nascita di un diritto penale internazionale*,

tó en un período donde los vencedores del segundo conflicto mundial querían castigar a los vencidos; contrariamente el término *genocidio* se adoptó en un momento sucesivo tratando de poner de lado el *derecho de Nuremberg*.

Uno de los instrumentos más importantes para castigar la práctica del genocidio es la Convención por la Prevención y la Represión de los Crímenes de Genocidio del diciembre 1948 entrada en vigor el 12 de enero de 1951. El límite de la normativa existente es otra vez la competencia de los tribunales de los Estados donde se cometieron los crímenes o de la corte penal internacional competente solo si los Estados partes han reconocido su competencia. En la práctica esto se traduce en un gran límite o como dice el ex juez del Tribunal penal internacional para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, Antonio Cassese, *una garantía puramente platónica, porque el crimen de genocidio normalmente es obra directa o indirecta de las autoridades estatales que con mucha facilidad "neutralizan" los tribunales.*¹⁰

En su **artículo 7** el Estatuto prevé la definición de los **Crímenes de lesa humanidad**:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;

¹⁰ Cassese, A., *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, 17.

- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenúen gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Los Crímenes de guerra se encuentran en el **artículo 8**. A continuación se presenta la primera parte de la lista:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) Matar intencionalmente;

ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

- iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;*
- iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;*
- v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;*
- vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;*
- vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;*
- viii) Tomar rehenes; [...]*

El **artículo 11** relativo a la competencia temporal, pone un freno a la retroactividad disponiendo que “*La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto*”.

ANÁLISIS DE LOS VOTOS AL PROYECTO

Analizando el Estatuto, cabe destacar que el proyecto del texto presentado a la conferencia estaba lleno de opciones opuestas y tenía alrededor de 1400 paréntesis (cada paréntesis era un punto de desacuerdo en relación con el texto), queda claro el abandono al **compromiso extremo y la influencia** de algunas entidades en lo dispuesto de varios artículos, en particular:

- La influencia de Amnistía Internacional es evidente para la presencia de violación y esclavitud sexual en la parte relativa a los crímenes de lesa humanidad o la previsión de indemnizaciones para las víctimas, la exclusión de reservas, las garantías del derecho a un debido proceso y la exclusión de la pena de muerte.

- La influencia de los países de Sudamérica para la parte del **Artículo 7** relativa a la categoría de los Crímenes de lesa humanidad cuando en la letra **i)** se habla de: “...por “*desaparición forzada de personas*” se entenderá la *aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*”.

Explícitamente los estados que no firmaron o se abstuvieron, motivaron su elección en particular:

CONTRARIOS

India: consideró, votando en contra, que el Estatuto concedía demasiados poderes al Consejo de Seguridad. La corte ya había tenido una víctima: la convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Su representante criticó además, la ausencia de normas relativas al uso de armas nucleares o a la utilización de armas de destrucción de masas.

EEUU: firmaron el 31 diciembre del 2000 pero votaron en contra al momento de la aprobación. No aceptaron el concepto de jurisdicción contenida en el estatuto. Pidieron más poder para el Consejo de Seguridad.

China: no quiso aceptar la competencia universal de la Corte sobre los Crímenes fundamentales y tampoco la facultad de *mutuo proprio* concedida al Fiscal que según la interpretación de su representante, permite a un individuo violar arbitrariamente la soberanía de un Estado.

Israel: no entendió la necesidad de incluir en la lista de crímenes de guerra la parte viii) *El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocu-*

pa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ABSTENCIONES

Turquía: aún siendo favorable a la institución de la Corte, motivó su abstención criticando la ausencia del terrorismo en la categoría de los crímenes contra la humanidad. Manifestó su oposición a la autonomía del Fiscal.

Singapur: criticó la ausencia en el Estatuto de las armas químicas y bacteriológicas y la falta de la pena de muerte.

Sri Lanka: se abstuvo también por la ausencia de un crimen como el terrorismo.

Filipinas: apreció la concesión al Fiscal de la facultad de actuar mutuo proprio

México: pidió más transparencia en el Estatuto, debido a la enorme importancia del argumento y criticó entre otras cosas la ausencia de referencias a las armas nucleares.

Trinidad y Tobago: aceptó la inclusión sucesiva del crimen de tráfico de drogas pero se abstuvo para la ausencia de la pena de muerte (ratificó en abril 1999)

A FAVOR

Brasil: votó a favor no obstante que el Art. 87 del Estatuto va contra la ley nacional y su constitución no prevé la cadena perpetua

Reino Unido: Terrorismo y narcotráfico pueden ser incluidos en la primera revisión del Estatuto.

Italia: “*En Roma amaneció la esperanza de las futuras generaciones*”. Dijo su representante.

“[...Solo la paciencia de los diplomáticos y la responsabilidad política junto con la sabiduría jurídica pueden conducir a un crecimiento moral de la convivencia internacional...] [...] Espero que los plenipotenciarios reunidos en Roma estén conscientes de la importancia de la creación de la Corte penal internacional” “La posición de Italia ha sido dirigida a obtener una Corte fuerte, es decir autorizada, independiente y con amplias competencias”] (**La Repubblica** 15 giugno 1998 *IL DIRITTO CONTRO LA FORZA* di Lamberto Dini, traducción del autor)

Austria: en nombre de la UE, su representante dijo que el mundo necesita esta Corte.

Venezuela: El Estatuto no es perfecto pero si equilibrado (su Constitución no prevé la cadena perpetua).

Federación Rusa: favorable sobretodo a la armonización de los diferentes sistemas jurídicos (firma en septiembre 2000).

Afganistán: votó en favor pero no ha firmado todavía y naturalmente tampoco ha ratificado. Se declaró a favor lamentando el retraso en la institución de una Corte, que si hubiera existido hace unos años, no habría dejado a Afganistán como víctima de muchas agresiones.

Benin: definió como *meta histórica* a lo que se añadió, pero consideró el Estatuto imperfecto y pidió la razón por la que el Consejo de Seguridad tiene el poder de bloquear la Corte.

Cuba: juntándose a la opinión de la mayoría mostró mucha flexibilidad y comprensión. Su representante hubiera querido mayor consideración para las armas de destrucción de masas y la independencia total de la Corte en relación con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Un importante *auto cumplido* que resulta del análisis cubano es que a pesar del hecho de haber sufrido un crimen comparable al exterminio de masas como lo es el embargo económico, participó de manera constructiva en los trabajos.

Una resolución del Parlamento europeo sobre la Corte invita a los plenipotenciarios a considerar que la competencia de la Corte sobre crímenes graves tiene que ser aplicada a la misma categoría de actos

criminales independientemente del hecho de que se trate de conflictos internacionales o internos. [GU C 210 del 6.7.1998]

Una conclusión al análisis de estas declaraciones puede acercarnos a la comprensión de las exigencias y las tendencias del nuevo siglo. Decía Montesquieu que no hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia y se añadiría que abandonar la vía supranacional sería una omisión que implica responsabilidades para los crímenes futuros que no serán sancionados.

Si se necesita observar y respetar las normas que son justas y luchar para cambiar las que no son justas, hay que luchar para prever e incluir las que faltan y aplicar las que existen ya.

JURISDICCIONES SUPRANACIONALES

La CPI tendría entonces jurisdicción supranacional pero no sería la única;

Actualmente existen varios órganos que pueden considerarse jurisdicciones supranacionales en sus particularidades y con competencias diferentes:

A pesar de que no podemos todavía considerar la presencia entre estos de la Corte Penal Internacional, tenemos seis ejemplos:

La **Corte internacional de justicia** (CIJ): es el órgano judicial de las Naciones Unidas; es competente para regular las disputas entre los Estados que acepten someterse a su juicio; los particulares no pueden plantear un recurso ante este tribunal. Da dictamen sobre cuestiones de derecho a solicitud de los Estados o de las OI. No tiene jurisdicción sobre asuntos que involucren la responsabilidad individual en un crimen. Tiene su sede en La Haya (Países Bajos).

La **Corte de justicia de las Comunidades Europeas** (CJCE): vela sobre la conformidad de los actos adoptados por las instituciones europeas a los Tratados europeos. Castiga a los Estados que no respetan las obligaciones derivadas del derecho comunitario; instituciones, estados miembros, particulares, asociaciones, empresas, pueden recurrir a tal

Corte. Tiene su sede en Luxemburgo. Un tribunal de primera instancia de la Comunidades Europeas se instituyó a partir de 1988.

La **Corte europea de los derechos humanos**: vigila sobre el respeto de la Convención Europea de salvaguarda de derechos humanos y libertades fundamentales. Juzga las violaciones de este tratado y pueden recurrir los estados partes y los particulares. Tiene su sede en Estrasburgo.

La **Corte interamericana de derechos humanos**: constituida por la Asociación de los Estados Americanos (OEA) interpreta y vigila sobre la aplicación de la Convención americana de derechos del hombre. Tiene su sede en San José (Costa Rica).

El **Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia (TPIJ)**: constituido en 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con la resolución 827, juzga a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de año 1991, tiene su sede en La Haya y es el primer organismo internacional a tener competencia sobre los crímenes de guerra después de los procesos de Nuremberg y Tokio al final del segundo conflicto mundial. Los Estados de la exYugoslavia no participaron en la creación de este tribunal.

Tiene como mandato la persecución de personas que se presumen culpables de violaciones graves al derecho internacional humanitario desde el 1991. La *Competencia rationae loci* considera al sólo territorio de la exYugoslavia. Aplica el principio *nullum crimen sine lege*, ocupándose de crímenes cometidos durante el conflicto armado. El Presidente del Tribunal es el juez francés Claude Jorda y el fiscal Carla Del Ponte, dos casos importantes han ya sido concluidos, como es el caso Tadic primer condenado por el Tribunal con 20 años de cárcel, y Blaksic con 45 años de cárcel y primer general del ejército a ser juzgado en marzo 2000; muy interesante el actual procedimiento en contra del ex presidente de la ex República federal de Yugoslavia Slobodan Milosevic que sigue sin querer reconocer la competencia del Tribunal)

El Tribunal penal internacional para los crímenes en Ruanda:

Fue creado en Noviembre de 1994 con sede en Arusha, Tanzania. Fue formado a petición de Ruanda quién solicitó al Consejo de Seguridad constituir un tribunal Internacional. Su creación fue aprobada por un voto en contra (Ruanda), ya que no estaba de acuerdo en que este Tribunal no considerara la pena de muerte y no juzgara crímenes cometidos antes de 1994. Los procuradores y jueces eran los mismos que los del Tribunal para Yugoslavia, por lo que no se consideraba independiente.

Tiene como mandato la persecución de personas que se presumen culpables de violaciones graves al derecho internacional humanitario, cometidos en el año 1994. Su *Competencia rationae loci* considera al territorio de Ruanda y de los Estados cercanos cometidos por ciudadanos rwandeses. Este Tribunal juzga también los crímenes cometidos fuera del conflicto armado. Tienen la obligación de aplicar el Derecho Humanitario existente. Como el TPIJ tiene primacía sobre los Tribunales nacionales, aplica el principio *non bis in idem* y no pueden juzgar en caso de contumacia; las lenguas oficiales son el francés y el inglés mantiene una instancia para apelar. Entre las sentencia dictadas por este Tribunal cabe destacar la condena a la cadena perpetua en octubre 2000 del ex premier Kambanda.

Los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda han contribuido a través de su jurisprudencia de una manera decisiva al desarrollo de las normas humanitarias relativas a la salvaguarda de los derechos de las personas civiles cuando se encuentren en poder del enemigo, ya se trate de un conflicto armado internacional o interno.

“En relación con la antigua Yugoslavia, el TPIY ha contribuido a adaptar las disposiciones del IV Convenio de Ginebra de 1949 a las nuevas características de los actuales conflictos armados y a precisar el alcance y contenido de muchas de sus disposiciones. A este respecto, hemos de destacar el valor esencial atribuido al principio de trato humano, como piedra angular del sistema de protección de las perso-

nas civiles. Al mismo tiempo, la jurisprudencia del TPIY ha permitido constatar las interrelaciones existentes entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que el tribunal no ha dudado en emplear como elementos de interpretación los convenios sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia de los tribunales existentes en este ámbito a la hora de precisar el contenido de distintos crímenes. Esto significa el reconocimiento de que la defensa de la dignidad humana ha de producirse tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, y que las violaciones de los derechos humanos esenciales son idénticas con independencia del contexto donde se produzcan. Con ello, el TPIY –y también el TPIR– ha contribuido a la elaboración de un estándar mínimo de humanidad" que podemos encontrar en la lectura del Estatuto de la Corte Penal Internacional.¹¹

En resumen, es urgente considerar que hay derechos que no tienen fronteras como hay valores que están por encima de la ley y que pertenece a los tres órdenes de los Derechos Humanos, su universalidad, su incondicionalidad y su inalienabilidad y por ellos la democracia no puede matarse a sí misma, la democracia no está legitimada a tolerar los crímenes graves. Si el derecho estatal hubiera sido capaz de garantizar el respeto de los derechos humanos, no se hubiera presentado la necesidad de una jurisdicción universal. ¿Cuál es el papel de los jueces nacionales entonces?

La justicia es universal, un juez tiene el deber de reconstruir una justicia universal, él no representa la justicia nacional ni la de la autoridad constituida, por lo tanto no puede convertirse en un juez arbitrario sino en representante de la potestad universal él representa la justicia y como tal la humanidad.

"Los tiempos son malos porque nosotros no somos buenos", dijo Confucio contestando a la pregunta ¿porqué hay tanto sufrimiento?

¹¹ URBINA Julio Jorge. Revista Internacional de la Cruz Roja N° 840 31 diciembre 2000.

El derecho internacional positivo se encuentra en un proceso constante de innovación jurídica desde su fundamentación Ius-naturalista, historicista y ética de la comunidad internacional, se debe creer en el Derecho Internacional y en la voluntad de los Estados a favor de los derechos fundamentales del hombre.

CONCLUSIONES

Hoy en día y después de los acontecimientos del 11 de septiembre, las acciones por relegar el uso de la violencia organizada dejaron de ser un monopolio interno de los Estados-nación, a los gobiernos establecidos. La resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pretende dar facultades a la Corte para perseguir por más allá de las fronteras nacionales a los terroristas y seguirles juicio. De hecho, la definición misma de terrorismo está todavía en manos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin embargo, la determinación de responsabilidades ya está dada a los Estados y a otros actores del derecho internacional. Se ha dado un cambio de carácter sustancial en la justicia internacional que se ve reflejado incluso en las negociaciones para crear tribunales para los crímenes cometidos en Camboya y en Sierra Leona. El problema de la jurisdicción universal ha sido superado sobre el concepto de la voluntad de los Estados de cumplir con una obligación de compromiso a favor de los derechos fundamentales del hombre.

El escenario jurídico internacional es muy distinto ahora y con ello se pretende crear un orden legal que ya no dependa exclusivamente del poder de algunos Estados, superando toda rivalidad política en el seno del Consejo de Seguridad. No debe ser tampoco un problema de rivalidad ideológica, puesto que en esencia, el papel del Consejo de Seguridad como la creación de una Corte Penal de Justicia Internacional pretenden emerger de una iniciativa por la aplicación y consolidación de la justicia internacional. Es imposible hoy en día pensar en una justicia universal ausente de principios fundamentales inscritos en la naturaleza

de los individuos y de los Estados expresados en la ampliación de mayores esquemas de cooperación en materia de paz y seguridad, en materia de problemas de seguridad común y del sostenimiento de valores comunes universales como la promoción y defensa de los derechos humanos. Sin estos, no se puede concebir un nuevo orden legal internacional, que cumpla con las exigencias de las Naciones modernas y resuelva los presentes y futuros conflictos.

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

Por Maestra Nicole Huiban *

¿Cuál es la repuesta que nos da el Derecho Internacional frente al ataque armado ocurrido en Estados Unidos el 11 de septiembre 2001?

¿La repuesta de los Estados Unidos tiene una base jurídica, una legitimidad internacional?

¿Existe un derecho a la legítima defensa? ¿Y en caso que si, como se articula al nivel internacional?

Para tratar de contestar a estas preguntas, me concentraré en una primera parte en la Carta de San Francisco, luego en la Carta del Atlántico del Norte en una segunda parte y terminaré sucintamente con la repuesta Europea a estos acontecimientos

I. LA LEGITIMACIÓN DE LA REPUESTA ESTADO UNIDENSE CON LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS:

Empezaré recordándole que uno de los principios mas importantes y fundadores de la Carta de las Naciones Unidas es la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza armada (Artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas). Para llevar acabo lo anterior, le compete al Consejo

* Profesora del Departamento de Derecho.

de Seguridad –autoridad más alta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) – la facultad de mantener la Paz y Seguridad Internacional y el Arreglo pacífico de las controversias.

Según el **Artículo 1.1** de La Carta de las NU, los *propósitos* de las Naciones Unidas son:

“Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

El **Artículo 2.4** de la misma Carta nos enumera los principios necesarios a la Organización y sus Miembros para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1.

El Artículo 2 dice:

“1. La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y

se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.

6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

(se refiere a las “Acciones en caso de amenaza a la Paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”).

Estos principios fueron confirmados y desarrollados en la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625- XXV) de la Asamblea General de 24 de Octubre de 1970.

Ahora bien, la Carta contempla *una excepción* a este principio básico de no uso de la fuerza, en su artículo 51 que facilita al Estado lesionado a ejercer su derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva.

En el caso concreto que nos interesa, el de Estados Unidos, para dar repuesta a estos actos de terrorismo del 11 de septiembre, los Estados Unidos justificaron la legitimidad (confirmada por el Secretario General de la ONU, aunque muy criticada por los medios) de su repuesta cumpliendo con los requisitos de este Artículo que les voy a analizar.

Este derecho contenido en el Artículo 51 de la Carta en su Capítulo VII tiene un doble valor jurídico reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en su Asunto “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986). No sólo es de naturaleza convencional sino también de naturaleza consuetudinaria, ya que este derecho sufrió una

cristalización del Derecho Internacional consuetudinario y más aun tiene validez universal.

De este caso están extraídos todos los criterios o principios que se aplican al uso de la fuerza.

Además, se le reconoce a este principio fundamental del orden internacional (el de no uso de la fuerza) un carácter imperativo o el valor de norma de IUS COGENS.

Este Capítulo VII de la Carta poco utilizado por el Consejo de Seguridad fue por primera vez puesto en marcha con la Guerra del Golfo en 1990 y desde entonces a sufrido varias aplicaciones.

El **Artículo 51** del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Acciones en caso de amenazas a la paz, quebramientos de la paz o actos de agresión) dispone que:

“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”

Este Artículo de suma importancia contiene varios elementos que es necesario analizar para proceder a la justificación jurídica de los actos de Estados Unidos.

1- La noción de “ataque armado”:

Conforme a lo que dispone este Artículo 51, el derecho de legítima defensa puede ser ejercido únicamente cuando el Estado interesado haya sido víctima de un ataque armado. Supone por lo tanto una amenaza o quebramiento a la paz o un acto de agresión.

El problema que nos plantea la situación actual es determinar si estamos realmente en presencia de un ataque armado según las normas de Derecho Internacional Clásico, que sería un ataque mediante la invasión de las tropas en el territorio, o el ataque por mar, tierra o aire con su arsenal bélico según lo define la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General del 14 de diciembre 1974 (Artículos 1 y 3).

En la situación de Estados Unidos, el secuestro de aviones comerciales americanos con el fin de estrellarlos contra sus propias instituciones públicas y privadas no podría considerarse ataque armado conforme al Derecho Internacional Clásico. Sin embargo, debido a la constante evolución de las Relaciones Internacionales, debemos interpretar a las normas y principios del Derecho Internacional de forma teológica y dinámica. Así que en la presente situación nos enfrentamos a una nueva modalidad de ataque armado.

En la agresión terrorista perpetrada en Estados Unidos, el hecho de emplear como instrumento de ataque aviones comerciales repletos de pasajeros, vulnera radicalmente los principios esenciales de humanidad y justicia. La magnitud del daño causado resulta equiparable al provocado por el arsenal bélico convencional, por lo cual sí podemos cualificar la agresión como una modalidad de ataque armado.

Corresponde al Consejo de Seguridad, órgano político que tiene la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz, el determinar la existencia de tal acto y en caso de que decida actuar, determinar las medidas que se pueden tomar así como a quién corresponde el cumplimiento. De hecho el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, afirmó la legitimación de la acción estadounidense. No hay que olvidar el amplio margen de discrecionalidad, derivado no solo del carácter político del Consejo sino de su proceso de formación de voluntad (la necesaria unanimidad de los miembros permanentes) a la hora de determinar la existencia de una amenaza a la paz o un acto de agresión.

Una vez aclarado que estamos frente a un ataque armado, la legítima defensa queda supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones de ejercicio, como son las de necesidad - proporcionalidad e inmediatez.

2- El carácter inmediato y proporcional:

La legítima defensa tiene un carácter restrictivo. Y más aún, el incumplimiento de alguna de sus condiciones de ejercicio puede desvirtuar la licitud de las medidas defensivas y hacer incurrir al Estado en Responsabilidad Internacional.

El criterio de “necesidad” se refiere a que –el uso de la fuerza– es el único medio que tiene el Estado para detener la agresión. Además, la agresión defensiva debe de ser proporcional a la naturaleza e intensidad del ataque sufrido. Aquí no sólo se refiere al tipo de fuerza utilizada sino también de la finalidad de la legítima defensa: desactivar el ataque armado o el terrorismo internacional que se este dando.

De ahí, la repuesta de Estados Unidos en su legítima defensa ha de ser inmediata y proporcional y ha de dirigirse contra el agresor o agresores, los responsables del ataque y ;no contra los sospechosos de serlo!

En el caso concreto no sólo los dirigentes y activistas del grupo (organización Al Caída y su líder Osama Bin Laden) serán los responsables sino que también lo serán aquellos Estados que directamente o indirectamente hayan apoyado tales actos. (el principio de la Declaración sobre las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, recoge “el deber de todo Estado de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos”).

La inmediatez de la respuesta estadounidense debe ser considerada a la luz del tiempo necesario para que éste prepare la repuesta armada y estrategia que pueda dar la existencia de un sistema de seguridad colectiva. Este criterio no se tiene que enjuiciar en términos absolutos.

Ya que se demuestra la violación de una obligación internacional por parte de algún “Estado”, se podría hacer uso del derecho a la legítima defensa.

Así el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, ha afirmado que los bombardeos americanos y británicos en Afganistán eran justificados por legítima defensa de conformidad con la Carta.

Es en este contexto que Estados Unidos empezó sus bombardeos en contra de los terroristas, pudiendo llegar a atacar otros Estados u Organizaciones Internacionales en caso de que se justifiquen.

En fin, otro criterio que se tiene que cumplir es el de subsidiaridad –“Siempre y cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se mantenga al margen del asunto”.

Es decir que si el Consejo de Seguridad decide actuar, los Estados miembros dejan sus acciones propias. Hasta ahora no ha existido alguna acción emprendida por el Consejo de Seguridad. Este requisito justifica a su vez, que el Estado o Estados que ejercen su legítima defensa tengan que comunicarlo de forma inmediata al Consejo de Seguridad.

3- Cualquier decisión de los EUA tiene que ser del conocimiento inmediato del Consejo de Seguridad.

Hay que precisar que no es necesario un conocimiento previo, ni una autorización del Consejo de Seguridad para la adopción de tales medidas. Un conocimiento ex-post-facto es suficiente.

Este criterio ha sido y sigue siendo criticado por una parte de la doctrina ya desde el famoso caso Nicaragua; además debemos destacar la dificultad de determinar el momento en que se produce una actuación del Consejo de Seguridad encaminada a mantener o restablecer la paz internacional al utilizar éste un conjunto de medidas seguidas (ref. Conflicto Irak-Kuwait 1990-91).

Ahora bien, la legítima defensa puede ejercerse de manera individual o colectiva. El cumplimiento de las medidas coercitivas de forma colectiva podrá realizarse a través de la misma Organización de las Naciones Unidas, por conducto de sus miembros (Art. 48), o por medio de Acuerdos regionales (Art. 53 Carta).

En efecto, la legítima defensa se articula en la senda de Tratados de defensa mutua, Tratados bilaterales o multilaterales, que regulan las condiciones en que los Estados partes se obligan a prestar su asistencia o ayuda cuando uno de ellos es objeto de un ataque armado. La celebración de un Tratado de este tipo convierte al “derecho” de legítima defensa en una “obligación”.

Así, de esta manera, el Artículo 51 ha servido de base para la celebración de acuerdos como el Tratado del Atlántico Norte (1949) creando a la OTAN y para establecer a detalle, en el Artículo 5, el supuesto de actuación solidaria. Al igual que se puede hacer referencia al Tratado Interamericano de Asistencia Reciproca (Pacto de Río, 1947) o al Tratado de Bruselas creando a la Unión de Europa Occidental (UEO), 1948.

En el caso de la OTAN como de la UEO: se identifica en sus Tratados constitutivos la zona geográfica dentro de la cual el ataque armado de un tercero desencadena la legítima defensa colectiva; pero no son organismos regionales como los descritos en el Capítulo VIII de la Carta de San Francisco, ya que no tienen que actuar previa autorización del Consejo de Seguridad.

Estos atentados del 11 de septiembre fueron reconocidos como un ataque armado en contra de TODA la Comunidad Internacional. Partiendo de la calificación de los acontecimientos de ataque armado y justificando la legítima defensa, los Estados Unidos invocaron el Artículo 5 de la Carta del Atlántico Norte para poder beneficiarse de su apoyo logístico.

II. LA LEGITIMACIÓN DE UNA ACCIÓN COLECTIVA POR LA OTAN:

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), única Organización en donde coopera Estados Unidos, Canadá con el continente Europeo, fue creada por el Tratado del Atlántico Norte en Washington el 4 de Abril de 1949 entre 12 naciones y consta hoy día de 19 miembros. (Bélgica - Francia - Estados Unidos - Islandia - Noruega - Turquía -

Canadá - Alemania - Italia - Gran Bretaña - Grecia - Luxemburgo - Portugal - Dinamarca - Países Bajos - España - Checoslovaquia - Hungría - Polonia).

El papel fundamental de la OTAN es la salvaguarda de la seguridad y libertad de sus miembros.

La activación del Artículo 5 del Tratado de Washington:

Hay que retrasar un poco la evolución de los hechos ocurridos desde el 11 de septiembre en relación con la OTAN, o sea, el proceso para poner en aplicación el artículo 5.

El pasado día 12, el Consejo Atlántico de la OTAN, formado por los 19 embajadores ante la Alianza, condenaba el ataque terrorista y expresaba su solidaridad con Estados Unidos. Al igual que en el lado Europeo donde los 15 Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea (UE) expresaban su solidaridad.

Así, Los Ministros de Defensa de los 19 países aliados hablarán por primera vez en su historia de la posibilidad de la activación del artículo 5 del Tratado, según el cual, todos ellos tienen que acudir en ayuda del que haya sufrido un ataque exterior.

Este paso está condicionado a que Washington confirmara que los atentados habían sido ‘dirigidos desde el Exterior’. Después de que dicha confirmación tuviera lugar, al dar a conocer “lo que considera como” las pruebas contra Osama Bin Laden, la OTAN invocó la cláusula de defensa mutua.

El 2 de Octubre 2001: activación del artículo 5 de la Carta del Atlántico Norte.

¡Se pone en marcha este artículo!

¡Es la **Primera vez en la historia de la Alianza**, en 52 años, que se activa este Artículo 5! ¡Nos enfrentamos a un caso sin precedente! ¡Es un nuevo caso jurisprudencial de suma importancia!

Estados Unidos aportó pruebas a la Alianza de haber sufrido un ataque 'desde el extranjero'. Tras conocer las pruebas contra Bin Laden la OTAN invocó la cláusula de defensa mutua.

¿Qué es el Artículo 5?

El **artículo 5** dice textualmente:

“Las Partes acuerdan que **un ataque armado contra una** o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un **ataque dirigido contra todas ellas**, y en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ayudará a la Parte o Partes atacadas, adoptando seguidamente, de forma individual y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer la seguridad en la zona del Atlántico Norte.

Cualquier ataque armado de esta naturaleza y todas las medidas adoptadas en consecuencia serán inmediatamente puestas en conocimiento del Consejo de Seguridad.

Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las disposiciones necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales.”

Este Artículo contiene uno de los **principios fundamentales** de la OTAN.

Estipula que si uno de los miembros de la OTAN es víctima de un ataque armado, todos y cada uno de ellos considerarán este acto de violencia como un ataque armado hacia todos los miembros y tomarán las acciones necesarias para asistirle.

Este es el “Principio de Defensa Colectiva”.

La puesta en marcha de dicha cláusula, contenida en el artículo 5 del Tratado, obliga a los miembros de la Alianza a acudir en ayuda del que haya sufrido un ataque del exterior.

No obstante, este artículo está a su vez sometido a la comprobación de varios criterios.

Primero, se tiene que determinar –como mencionamos anteriormente– si el ataque viene **“desde el exterior”**.

Estados Unidos aportó las pruebas y después de una serie de consultas con los miembros de la OTAN, la Alianza declaró que Estados Unidos había sido objeto de un ataque armado, y lo necesario para activar el artículo 5 era determinar si el ataque venía desde el exterior.

[Nota: 1. En la letra del texto, el caso específico de un ataque terrorista no está contemplado, pero en el artículo 24 de la Declaración de la Cumbre de la Alianza Atlántica de Washington, celebrada en abril de 1999, se incluyó una referencia al terrorismo como una eventual amenaza a la seguridad de la OTAN.

2. Estados Unidos envió las pruebas a todos los aliados y a los países árabes con la intención de conseguir el apoyo de todos ellos en la lucha contra el terrorismo.

El primer ministro británico, Tony Blair, afirmó el pasado domingo poseer “pruebas plenas” que relacionan a Bin Laden con los atentados contra Estados Unidos.]

El secretario general de la OTAN, George Robertson, ha sido el encargado de anunciar la decisión tras considerar que las pruebas presentadas por EEUU convierten los atentados del 11 de septiembre en “acciones cubiertas por el artículo 5”. Lord Robertson ha explicado que la documentación aportada por el embajador itinerante de Estados Unidos y coordinador de la lucha antiterrorista, Francis X. Taylor, establecen “claramente” la relación entre la organización Al-Qaïda, Osama Bin Laden y el régimen afgano –aunque las pruebas son muy criticadas por una parte de la opinión pública. Las pruebas se han considerado “información secreta”, por lo que no han ofrecido detalles al respecto.

Una vez que ha sido claramente determinado que los individuos que atacaron Estados Unidos pertenecían a la red de terroristas de Al-Quaïda, gobernada por Osama Bin Laden y bajo protección del régimen Taliban en Afganistán y que el SG de la OTAN, Lord Robertson anunció que el ataque venía “desde el exterior”, y se tenía que informar de la decisión de la Alianza al SG de la ONU.

Segundo, el Artículo 5 dispone que un “ataque armado contra uno o varios miembros será considerado contra todos” y con ello existe una **obligación moral y solemne de asistencia** de los miembros.

No obstante, El dirigente aliado ha precisado que la invocación de ese artículo no significa que existan ya planes de la Alianza para una intervención militar contra la organización de Osama Bin Laden y ha subrayado que “corresponde a Estados Unidos elaborar los planes” para la respuesta sobre la base del compromiso de consultar y “coordinar” las acciones con los aliados.

De ahí, que se empezaron consultas entre los Aliados. Toda colectiva defensa está determinada por el Comité Norte Atlántico pero eso no impide a los Estados Unidos llevar a cabo acciones independientes, siempre considerando el respeto de los derechos y obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Los Aliados tienen la obligación de asistir a Estados Unidos y para ello pueden dar todo tipo de asistencia que les parezca oportuna para contestar la situación. La asistencia de cada uno no es sólo militar y siempre depende de los recursos materiales de cada Estado. Cada país, en acuerdo con los demás, toma la acción que juzga necesaria pudiendo llegar a la fuerza; y así cada Estado puede determinar en qué condiciones participará, y cómo va a contribuir. En cada una de sus intervenciones los miembros tendrán en mente que el objetivo final es “restaurar y mantener la Seguridad del área Norte Atlántico”.

Invocando a este Artículo 5 los miembros de la OTAN demuestran su solidaridad para los EEUU y así mismo condenan el ataque terrorista del 11 de septiembre.

En fin, se tendrá que respetar en toda acción la Carta magna, y el **principio de proporcionalidad** en las acciones emprendidas.

Los Estados Unidos tienen tres posibilidades: actuar solo / actuar en coalición / o llamar al Consejo de la OTAN.

De hecho, la Alianza Atlántica no dirigirá ninguna acción militar como repuesta a los atentados sufridos por EEUU. Será de represalia. Proporcionará fuerza naval y aérea. La Alianza Atlántica será un actor mas entre los aliados internacionales, ya que EEUU establecerá diferentes coaliciones.

Por su parte los 18 aliados si que han confirmado su apoyo directo a la Lucha contra el terrorismo internacional hasta con aportaciones militares y cooperación diplomática. Aportaron su apoyo en especial a través de la lista de peticiones solicitadas por EEUU. En esta lista se trata de cuestiones como el uso ilimitado del espacio aéreo, aviones de alerta rápida, el incremento de las fuerzas estadounidense en Europa, la fuerza naval en el Mediterráneo oriental, así como efectivos que pudieran ser movilizados desde los Balcanes.

Para concluir con este punto, quisiera destacar que es **¡la primera vez que los Estados están confrontados a tal situación en 52 años!** “Este caso no es como la guerra del Golfo, cuando se tomaron decisiones en conjunto en el seno de la OTAN sobre contribución de tropas, misiles, espacio aéreo o combustible”, ha dicho Lord Robertson. “Probablemente estamos ante un caso de *coalición a la carta*, en la que habrá países que participarán directamente en algunas acciones y otros en otras”, añade.

Tales acontecimientos también tuvieron y siguen teniendo una réplica por parte de la Unión Europea; además que influyen de manera amplia en el desarrollo mismo de sus políticas.

III. LA REPUESTA EUROPEA

Antes que nada, Javier Solana el Alto Representante de la PESC (Política Exterior y de Seguridad común), y Prodi Presidente de la Comisión Europea, declararon el apoyo total de la Unión Europea y su unidad en la lucha contra el terrorismo internacional, además que reconoció la legitimidad de la repuesta de los Estados Unidos, respetando la Resolución 1368 de las Naciones Unidas. Javier Solana insistió en la necesidad de una repuesta coordinada en Europa.

La UE quiso también dejar claro que las operaciones militares no se dirigen contra el Islam, ni contra los árabes o los musulmanes sino que forman parte de una campaña contra el terrorismo internacional. No hay que mezclar el hecho de “ser o no” a favor de los Estados Unidos y la lucha contra el terrorismo internacional.

Por ello, la Comisión Europea ha vuelto a reiterar su apoyo de ayuda humanitaria a Afganistán por medio de su presidente, Romano Prodi. En atención a ello, destinó 316 Millones de Euro a la ayuda Afgana distribuida a través de la Agencia de Cooperación Europea ECHO y de la ACNUR (Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Refugiados). Sin embargo, se han dado críticas con la forma de ayuda humanitaria utilizada por el Gobierno norteamericano. Un informe de un grupo de expertos criticó la fórmula de “ayuda desde el aire”. En efecto, hicieron constar que las autoridades de la Casa Blanca aportaban importante ayuda a los ciudadanos, aunque la forma que utilizaban era soltar los víveres desde el aire. La UE, por su parte, hace llegar la ayuda a través de ONGs presentes en la zona y en los campos de refugiados. Así, desde 1991, la Comisión Europea ha destinado 430 millones de euros para satisfacer las necesidades de la población.

Por otra parte, estos acontecimientos tuvieron un gran impacto a nivel europeo, ya que se dio la urgencia de respetar la Resolución Onusiana 1373 sobre “el ataque de los terroristas” y la necesidad de que los Estados miembros ratifiquen urgentemente la Convención de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

Una serie de medidas se tienen que llevar a cabo al nivel europeo.

Francia y España acordaron sobre la necesidad de acelerar la creación de un espacio judicial europeo. La lucha será una de las prioridades de la Presidencia española de la UE que empieza en 2002. A este respecto se destacan, las **Conclusiones del Plan de Acción del Consejo Europeo Extraordinario del 21 septiembre 2001** (Consejo Europeo de Tampere) dando un impulso determinante contra la lucha al terrorismo a escala mundial, contando con la colaboración de Europol e Interpol.

Se hizo énfasis en la necesidad de ampliar la legislación europea. Los Estados miembros han decidido ponerse de acuerdo sobre una definición común del delito de terrorismo y sobre la creación de un "orden de detención y entrega europea". La UE refuerza sus instancias de defensa y los 15 muestran su solidaridad.

Se insistió en la colaboración plena y cooperación de la UE con Estados Unidos, apoyado en especial por España: van a trabajar juntos en estos próximos meses en una amplia coalición para combatir el terrorismo. Además, se reforzó la seguridad en materia aérea.

Los líderes europeos abordarán en su Agenda de Gante (el 18 de octubre 2001) los temas del futuro de Europa, lucha contra el terrorismo, ampliación y llegada del euro. En este Consejo se buscará de forma definitiva la ratificación de todos los Estados miembros al apoyo en la lucha contra el terrorismo y el avance de la orden de detención y entrega europea, la revisión coherente de la Declaración de Laeken, pero sobre todo, el mantenimiento de los pactos de estabilidad y crecimiento económicos para asegurar la entrada de un euro que se hace fuerte ante la inestabilidad del dólar por la crisis afgana y las oscilaciones en el precio del crudo. No hay que perder de vista las repercusiones, del impacto de los hechos del 11 de septiembre a nivel económico y en sectores específicos (mercados financieros, sector de los seguros y los reaseguros, industria del turismo: destinos turísticos y transportes). Estamos en un momento de incertidumbre económica mundial. Aquí, se espera un papel apreciable y intensificado por parte del BEI (Banco Europeo de Inversión).

En fin, cabe destacar que entran en discusión los tres pilares de la política europea, el papel de la PESC y la posibilidad de nuevas variaciones, especialmente las que apuntan a la integración de defensa de forma operativa. La Unión Europea alcanzará su mayor eficacia, su mayor representación en la escala mundial, desarrollando su PESC y dotando de operatividad lo antes posible su política de defensa (PESD).

Ahí reside un tema de alto y delicado nivel político.

LA CORRUPCIÓN GUBERNAMENTAL COMO ATAQUE FRONTAL AL ESTADO DE DERECHO

Por: Dr. Rogelio Martínez Vera *

INTRODUCCIÓN

El concepto *ESTADO DE DERECHO* posee diferentes y hasta multívocos significados. Así para algunos, *estado de derecho* significa: Legalidad es decir, cumplimiento obligatorio de los gobernantes, pero sobre todo de los gobernados, de los preceptos jurídicos que rigen la vida institucional de una nación. Para otros, significa armonía, interdependencia, libertad y seguridad jurídica. Para otros más, por *estado de derecho* debe entenderse que las organizaciones gubernamentales, para existir y funcionar, deben quedar sujetas a ordenamientos jurídicos expedidos por los representantes de la población –El Congreso General–, que es en primera instancia, el depositario de la soberanía nacional.

Es indudable que la soberanía, la democracia, la política, la ciencia de la administración y el derecho como elementos iniciales, y las garantías de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica, así como la enorme pléyade de derechos humanos emanados del derecho natu-

* Coordinador del Centro de Investigación Jurídica y Profesor del Departamento de Derecho.

ral, son ingredientes consustanciales a un verdadero *estado de derecho*. Sergio García Ramírez¹ señala a este respecto:

“El estado de derecho es un tema fundamental del hombre, que tiene en el Estado a su aliado o a su verdugo. Será aquello, cuando haga su parte en el trabajo de la justicia. Y será lo segundo, cuando emprenda el camino contrario, sea por la acción que agobia al ciudadano sea por la omisión que lo deja en la intemperie. Leviatán navega en ambos mares: el del estado “máximo” y el del Estado “mínimo”, dos rutas para que se desarrolle el hombre”.

Indistintamente del enfoque y los matices que se den al concepto estado derecho, es indudable que el Gobierno y sus atribuciones, los gobernados y sus obligaciones y derechos, las funciones públicas sujetas al orden constitucional y legal, los servidores públicos y su actuación ajustada a los ordenamientos que la rigen, así como la lealtad que deben al Estado, la eficacia y eficiencia de sus actividades, la honestidad en su actuación y la existencia de los instrumentos y medios de control gubernamental que verifiquen las actividades de los servidores públicos, son elementos indudablemente pertenecientes a un adecuado y más eficazmente planteado *estado de derecho*.

OBJETO DE ESTE ESTUDIO

Este trabajo tiene como objetivo fundamental, hacer una serie de planteamientos que contribuyan a comprender cabalmente la función pública, su régimen legal y la actuación de los servidores públicos que conduzcan a evitar, o al menos a reducir la profunda corrupción gubernamental que ha penetrado hasta la esencia misma del Estado. Desde

¹ García Ramírez, Sergio.- El Estado de Derecho. Trabajo monográfico publicado en la obra denominada precisamente: *Estado de Derecho*, patrocinada por la Barra Mexicana de Abogados y editada por Themis. México, 1997. El estudio de este autor se ubica en las páginas 47 a 60 de esta importante obra.

luego, no se pretende hacer un estudio exhaustivo ni integral del problema; no se abarcarán las actividades de los servidores públicos en los Poderes Legislativo y Judicial –aunque muchos de los conceptos que aquí se estudiarán, les son aplicables–, puesto que eso requeriría un trabajo de mayores alcances y de más minucioso estudio jurídico y técnico. En consecuencia, el análisis se concretará al espacio del Poder Ejecutivo, por considerarse el área del Gobierno más amplia, de mayor cobertura en sus relaciones con los gobernados, y en dónde ha penetrado de manera más grave, el fenómeno de la corrupción, el cual sin duda, ha trastocado gravemente el *estado de derecho*.

LA CORRUPCIÓN EN EL ESPACIO GUBERNAMENTAL DEL PODER EJECUTIVO

El vocablo *corromper*, de conformidad con su significado gramatical, significa: Alterar, dañar, pudrir, echar a perder, depravar. (Diccionario Enciclopédico Larousse). En consecuencia, por *corrupción*, debe entenderse, la acción de alterar, dañar, pudrir o echar a perder la función pública, con daño directo al Estado de Derecho.

En el sistema constitucional y jurídico de México se han puesto en práctica, a través de las diversas etapas de la historia política del país, numerosas medidas, tanto legales como administrativas para el control de este grave mal que aqueja a la República, sobre todo en la etapa contemporánea.

En las etapas gubernamentales recientes, aquellas que cubren los últimos veinte años, los distintos regímenes gubernamentales, también han instituido importantes programas anticorrupción, y han promovido la expedición de ordenamientos jurídicos que tengan por objeto combatir este grave cáncer público. No obstante, estas legislaciones, programas, surgimiento, desaparición y transformación de organismos administrativos de control, han mostrado insuficiencia para frenar este delicado mal social.

Para comprender el alcance, las dimensiones y la significación que han revestido y revisten el marco jurídico anticorrupción, los programas, instrumentos y autoridades encargadas del control y manejo de este delicado mal social, es importante hacer una serie de consideraciones a través de las cuales, se establezca cómo y en qué forma la el Poder ejecutivo Federal y sus órganos, que son el motor más importante del Gobierno, tienen que someterse a una serie de estudios, escrutinios y reformas tanto de fondo como de procedimiento, que permitan que sus servidores públicos realmente trabajen en un ambiente de transparencia y honestidad republicana.

En consecuencia, el estudio de la estructura, organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo en general, y de la Administración Pública en particular, sus antecedentes más cercanos, su basamento constitucional y las leyes marco que la regulan, pueden conducir a una análisis global, pero adecuado de los órganos públicos, de la función pública y sobre todo, de las personas que los representan. Este estudio se enfocará por lo tanto, a hacer un recorrido legal-documental de la citada Administración Pública, hasta llegar a establecer la responsabilidad administrativa sus causas, sus consecuencias y sanciones a que se pueden someter los servidores públicos que aparezcan como sujetos activos de las actividades gubernamentales.

Asimismo, se enfocará este estudio al marco regulador del control de la función y de los servidores públicos, colocando en la balanza de la discusión, algunas propuestas de modificación legislativa y reglamentaria, que permitan que los órganos de autocontrol de la Administración Pública Federal, realicen una tarea más eficaz en el abatimiento de los altos niveles de corrupción gubernamental que enfrenta la sociedad mexicana, a fin de que cristalice el anhelo de vivir dentro de un real *estado de derecho*, en el cual todos –gobernantes y gobernados–, cumplamos con nuestras obligaciones y ejercitemos adecuadamente nuestros derechos.

MARCO CONSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

El Poder Ejecutivo Federal es de tipo unipersonal y presidencialista. Para tal efecto, es importante tener presente lo que al efecto establecen los artículos 49 y 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primer precepto citado señala que “*El Supremo Poder de la Federación, se divide, para su ejercicio en **Legislativo, Ejecutivo y Judicial***”. Este precepto continúa señalando que para hacer posible y aplicable la teoría sobre la división de Poderes, que: “*No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo*”. El citado precepto constitucional culmina señalando dos casos de excepción en los cuales, el Ejecutivo de la Unión puede ser investido de facultades legislativas: Cuando se trate de suspensión de garantías individuales, y cuando se trate de facultades para prohibir, restringir o autorizar la importación o exportación de mercancías, o de modificaciones a las tarifas arancelarias de importación o exportación, en cuyos casos, el Presidente de la República puede recibir facultades extraordinarias para legislar, en los términos previstos por los propios artículos 29 y 131 de la Carta Magna.

El artículo 80 de la Constitución Federal por su parte, establece que en México existe un sistema de Poder Ejecutivo unipersonal, representado exclusivamente por el Presidente de la República. Por estructura constitucional el Presidente de la República tiene un doble carácter: *Es Jefe de Estado y Jefe de la Administración Pública Federal*, simultáneamente. A este respecto Miguel Acosta Romero² señala:

“El Presidente de la República en los Estados Federales con régimen Presidencial, tiene el doble carácter de Jefe de Estado y jefe de Gobierno, se reúnen

² Acosta Romero, Miguel.- *Teoría General del Derecho Administrativo*.- Editorial Porrúa. México, 1995. p. 187.

en una sola persona esas dos investiduras, que en los regímenes parlamentarios, las desempeñan distintos funcionarios”

Ignacio Burgoa³, al abordar este mismo tema, señala que:

“La representación interna y externa del estado corresponde obviamente al presidente en el sistema respectivo. Por ello, se le suele designar con el nombre de “jefe de Estado”... Como jefe de Estado, al presidente incumbe la dirección de la política nacional e internacional... Como autoridad administrativa suprema del estado, al multicitado funcionario compete asimismo la planeación de las actividades socioeconómicas que deban desarrollarse...”

Como Jefe de la Administración Pública Federal. El Presidente se sujeta a lo dispuesto por los artículos 90 a 93 de la Constitución, los cuales establecen en síntesis, que: La Administración Pública Federal puede estructurarse bajo dos sistemas: La centralizada y la paraestatal. Dentro de la Administración Pública Centralizada se ubican a las diferentes secretarías de estado, las cuales tienen vida jurídica y las atribuciones señaladas por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF).

La Administración Pública Paraestatal se encuentra representada por los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos públicos. Estas entidades se encuentran reguladas por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (LFEP).

En el moderno sistema gubernamental del Poder Ejecutivo Federal, existen organismos que se rigen por sus propias leyes, como la Procuraduría General de la República y los llamados organismos autónomos como el Banco de México, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos o el Instituto

³ Burgoa, Ignacio.- Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 694.

Federal Electoral. Estos organismos no se pueden colocar dentro de la Administración Pública Federal sino dentro del área que corresponde al Poder Ejecutivo Federal como Jefe del Estado Mexicano. Es cierto, estos organismos generalmente son estudiados por los administrativistas y no faltan algunos que los consideran como órganos pertenecientes a la Administración Pública. Sin embargo, por no estar considerados dichos organismos dentro de lo previsto por los artículos 90 a 93 de la Constitución y en consecuencia, por no quedar regulados por las leyes administrativas antes referidas (LOAPF y LFEP), es incuestionable que no pueden ser ubicados dichos organismos, dentro de las áreas correspondientes a los ámbitos de aplicación de dichos ordenamientos jurídicos, por poseer características especiales y diferentes a aquellos organismos y entidades.

Miguel Acosta Romero⁴ hace un estudio muy afortunado de estos organismos, a los cuales considera como descentralizados, pero no de la Administración Pública, sino del Poder Ejecutivo Federal, quien en su carácter de Jefe de Estado, y con facultades otorgadas en diversos preceptos constitucionales, promueve iniciativas de ley para la creación de este tipo de organismos. Se considera que en este mismo tenor se pueden ubicar a los tribunales administrativos que dependen del citado Poder Ejecutivo, como lo son: Los tribunales agrarios y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Sobre este tema, hay mucho por hacer y por estudiar, con el fin de establecer de manera armónica, criterios legales, jurisprudenciales y doctrinarios sobre este importante tema, que definan dentro de un *real y eficaz estado de derecho*, esta importante cuestión.

Tan complejo resulta el tema de la descentralización, que a pesar del avance que ha tenido el derecho administrativo, aún hay mucho por estudiar y precisar en torno a esa importante institución jurídica.

⁴ Acosta Romero, Miguel.- *Op. cit.* pp. 621 a 628.

Así por ejemplo, Manuel María Díez⁵, eminente tratadista argentino de la materia, señala a este respecto:

"...Se clasifican también las organizaciones en superiores e inferiores El Estado es una organización superior frente al municipio. La organizaciones inferiores pueden tener, de acuerdo con la doctrina, tres características: Ser autárquicas, cuando se autoadministran; ser autónomas, cuando además de administrarse por sí mismas, poseen autonormación y, por último, pueden tener autodefensa o autocrinia, cuando la autonomía es no solamente del poder ejecutivo, sino también del judicial, es decir, cuando tienen tribunales independientes del Estado para juzgar sus divergencias."

Para el despacho de los asuntos administrativos, la LOAPF faculta al Jefe del Ejecutivo a contar con comisiones intersecretariales, que pueden ser creadas por ley o por Acuerdo del Presidente. Podrán ser permanentes o temporales. A este tipo de estructuras administrativas, el propio Acosta Romero⁶ les llama **organismos intermedios**. Estas comisiones serán presididas por el Secretario de Estado que la ley determine, o en su caso, por el Secretario que indique el Presidente (art. 21 LOAPF). Miguel Acosta Romero realiza un importante estudio sobre estos organismo intermedios, dentro de los cuales cita a las *comisiones intersecretariales* y a algunas otras *comisiones* creadas por ley o por acuerdo del Ejecutivo.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACTUAL ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

La actual estructura de la Administración Pública Federal, se inicia con la vigencia de la Constitución Política de 1917. Este documento

⁵ Díez, Manuel, María.- Derecho Administrativo tomo II. Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1987. p. 28.

⁶ *Ibidem. Op. cit.*, pp. 457 a 461.

político se erige en un parteaguas entre las anteriores y las actuales estructuras gubernamentales del Poder Ejecutivo Federal. El sistema centralizado de la Administración Pública Federal, en la historia gubernamental mexicana, se inicia con el reglamento para el Gobierno interior y exterior de las secretarías de Estado y del Despacho Universal, de 8 de noviembre de 1821, con el cual surgieron cuatro Secretarías: De Relaciones Exteriores e Interiores, de Justicia y Negocios Eclesiásticos; De Hacienda Pública y la Secretaría de Guerra. Gabino Fraga⁷ realiza en su libro un recuerdo histórico sobre este tema:

"...apenas iniciado el movimiento de Dolores, y en medio de la confusión de los primeros momentos, Don Miguel Hidalgo intentó en Guadalajara, en el mes de diciembre de 1810, la organización de un gobierno con dos Secretarías, uno con el carácter indeterminado de Estado y del Despacho y el otro de Gracia y Justicia,..."

Sin duda, este esfuerzo del Padre de la Patria, es un documento de una gran valor histórico, pero carente de eficacia política y sobre todo jurídica, por virtud de que hacia esas fechas, el país aún no se configuraba como tal, por virtud de que tuvo todavía que transcurrir más de una década, para que se proclamara la independencia.

En el inicio de la vida independiente de México en consecuencia, tiene que señalarse el Reglamento de 8 de noviembre de 1821 antes referido, como el primer ordenamiento de tipo jurídico referido a la organización administrativa del Poder Ejecutivo. Como también se señaló en un párrafo anterior, se crearon inicialmente cuatro secretarías de Estado, las cuales fueron aumentando durante el siglo XIX, hasta llegar a finales de dicho siglo, con siete Secretarías de Estado: Relaciones Exteriores, Gobernación, Justicia e Instrucción Pública, Fomento, Hacienda y Crédito Público, Comunicaciones y Obras Públicas y Guerra y Marina. En efecto, en las épocas anteriores a la vigencia de la actual

⁷ Fraga, Gabino.- Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México, 1988, p. 182.

Carta Magna, la Administración Pública Federal tenía espacios reducidos de actuación por varias razones: a) El país se encontraba sumamente desvinculado, debido a las defectuosas vías de comunicación con las que contaban los habitantes de los diversos espacios geográficos del territorio; b) Aunque las necesidades de la población eran numerosas, los recursos públicos eran escasos; c) Se tenía poca experiencia en materia de Administración Pública y d) Se vivió en una gran parte de ese siglo, bajo el sistema liberal o individualista (dejar hacer, dejar pasar), en el cual el Estado sólo existía para expedir ordenamientos jurídicos que regulaban las relaciones sociales y con los cuales se obligara a los particulares a cumplir sus compromisos o a sancionarlos, en caso de violación de éstos (estado policía, estado guardián).

El inicio del nuevo siglo, en plena etapa porfirista, las Secretarías de Estado permanecieron prácticamente sin cambio, salvo la creación en 1905, de la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes, Cartera que inauguró y desempeño durante el resto del gobierno de Díaz, un eminente educador: Don Justo Sierra, quien recibió una merecida denominación: ***El maestro de América.***

Así se llega a la expedición de la Constitución Política de 1917. Con la terminación de la lucha armada, y con la vigencia de la citada Constitución, se inicia en México una nueva era de vinculaciones jurídicas entre la Administración Pública Federal, las entidades federativas, los municipios y desde luego, con los administrados. A partir de 1917 se incrementa la creación de más secretarías de estado. Hacía esa época, y con el fin de poner en práctica sistemas y modelos administrativos ya en vigor en otros países, bajo el gobierno del Presidente Carranza, fortalece la estructura de los primeros Departamentos de Estado o Administrativos, los cuales para entonces, funcionaban con características diferentes y pretensiones y alcances jurídicos menores a las Secretarías. Así fue como en su informe de Gobierno correspondiente al 1º de diciembre de 1918, Don Venustiano informó al Congreso sobre la creación de los Departamentos: Universitario, de Salubridad,

de Establecimientos Fabriles y Aprovechamientos Militares y de otros dos departamentos muy importantes, creados para combatir la ya existente y notoria corrupción gubernamental: El Departamento de Aprovisionamientos Generales y el Departamento de Contraloría. Con relación al Departamento de Aprovisionamientos, Carranza señaló en el citado Informe Presidencial⁸ lo siguiente:

“Anteriormente, cada Secretaría o Departamento que por razón de sus funciones necesitaba mercancías de distinto género, tenía establecida una sección de compras, que se prestaba a inmoralidades de parte del personal administrativo, cuyos empleados eran especiales para cada dependencia. Además, siendo parciales las frecuentes compras, el precio a que se obtenían las mercancías era desproporcionadamente mayor que el que se podría fijar para operaciones de más cuantía. En tal virtud, por razones de moralidad, de economía y de expedición, fue instituido el Departamento de Aprovisionamientos Generales”.

En lo tocante a la creación del departamento de Contraloría, el Jefe del Ejecutivo Federal, en el mismo informe de gobierno⁹, indicó textualmente:

“La Secretaría de Hacienda tenía antes a su cargo, la recaudación de los impuestos y de las rentas nacionales y el pago de los egresos; más a la vez dependía de ella el departamento encargado de la Alta Contabilidad y de la revisión del manejo de los fondos, recaudación y egresos, de tal suerte que la Secretaría actuaba a un mismo tiempo como manejadora de los fondos públicos y revisora de sus propios actos. Para evitar esta anomalía, y como una más de las más trascendentales reformas introducidas al sistema administrativo por el Gobierno, se creó el Departamento de Contraloría, encar-

⁸ Los Presidentes de México ante la Nación. Edición de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. 1966. Tomo III. p. 290.

⁹ *Ibidem*. pp. 290 y 291.

gado de vigilar todas las operaciones hacendarias, incluyendo los contratos que afecten al Erario Nacional. En consecuencia, la Secretaría de Hacienda ha conservado únicamente las funciones administrativas y las de índole financiera que le son propias, ejerciendo en control la fiscalización indispensable, por lo que este Departamento constituye una positiva salvaguarda de los intereses fiscales, en capacidad de exigir las responsabilidades en que incurran los empleados y funcionarios con manejo de fondos. La fiscalización que practica la Contraloría se apega a los procedimientos modernos y en rigurosa forma preventiva, de modo de poder evitar que se consumen actos en perjuicio del Erario, a diferencia de los antiguos métodos, dentro de los cuales y frente a los actos consumados, no restaba otro recurso que el de la acción penal contra causantes o infractores, sin que se previniese oportunamente el delito”.

Este departamento surgió a la vida jurídica del país, mediante la expedición de la Ley Orgánica del Departamento de Contraloría, de 24 de enero de 1918¹⁰. La existencia de esta unidad administrativa de control del gasto público federal despertó numerosas críticas y no poca oposición, a tal grado, que el Ing. Alberto J. Pani, Secretario de Comercio e Industria, autor del proyecto, escribió una apasionada defensa de esta dependencia del Ejecutivo la cual, de manera inusual, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de enero de 1918. Ahí, entre otros argumentos el Secretario Pani¹¹ expresó que:

“...esto constituye indudablemente uno de los pasos más importantes de los gobiernos que han existido en México, desde la fecha en que se consumó la

¹⁰ Sierra J. Carlos y Martínez Vera, Rogelio.- Historia de la Tesorería de la Federación. Edición de la Dirección General de Prensa, Memoria, Bibliotecas y Publicaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, 1972. En esta importante obra hacendaria, los autores detallaron cómo surgió y qué obstáculos venció este Departamento de Estado, así como, cuándo y porqué desapareció. pp. 157 a 165 y 181.

¹¹ *Ibidem.* pp. 158 a 162.

Independencia Nacional, hacía LA EFICIENCIAECONOMÍA Y MORALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

Resulta importante resaltar, por los comentarios que se harán posteriormente, toda la fuerza tanto presidencial, como opositora inclusive, de algunos sectores del Gobierno, que se desarrollaron durante los doce años de vida jurídica de esta Contraloría.

Hacia finales de esa década de 1910-1920, y desde luego en las dos siguientes, empezaron a surgir algunas entidades paraestatales, sobre todo los organismos descentralizados y los consejos y comisiones dependientes del Ejecutivo de la Unión. Entre los organismos y entidades más importantes creados entre 1920 y 1940, se encuentran: La Comisión Nacional Agraria, creada por la Ley Agraria de 6 de enero de 1915, pero que empezó efectivamente a funcionar, después de la vigencia de la Constitución Federal de 1917; El Banco de México y el Banco Nacional de Crédito Agrícola, La Comisión Nacional Bancaria y la Comisión Nacional de Irrigación, creados en 1925; la Oficina para la Defensa Agrícola y la Comisión Nacional de Aranceles, creadas en 1926; La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, creada en 1927; la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1929; el Tribunal Fiscal de la Federación y el Banco Nacional de Comercio Exterior, se crean en 1936.

Para esas fechas, ya eran muy numerosos los organismos y entidades paraestatales. La Administración Pública Federal abandona la simplicidad, y se vuelve en la década de los años treinta, una organización compleja la cual, al inicio de la década 1940-1950, se integraba en el área centralizada, con ocho Secretarías de Estado, ocho departamentos administrativos y cerca de cincuenta entidades paraestatales. Dentro de esta organización, ya no existía el Departamento de Contraloría creado en 1918 con fines de control y fiscalización del gasto público federal, Este Departamento desapareció en 1932. El principal impulsor de esta desaparición fue la misma persona que doce años atrás había sido su creador y el más agresivo de sus defensores: El Ing. Alberto J. Pani.

En ese año de 1932, el Ing. Pani ocupaba la Cartera de Secretario de Hacienda y Crédito Público. De la misma manera en que hizo un estudio técnico de defensa, que como se dijo, de manera inusual se le dio difusión, publicando en el Diario Oficial de la Federación, el texto del citado estudio en 1918, tiempo después, en 1932 se dio este personaje de la política mexicana, a la tarea de elaborar argumentos en contra del citado Departamento de Contraloría. Las ideas del Ing. Pani quedaron plasmadas en la Exposición de Motivos del Decreto de 22 de diciembre de 1932, que reformó la entonces Ley de Secretarías y Departamentos de Estado. Estas ideas se copian de la obra de Sierra y Martínez Vera¹²:

“En la exposición de Motivos de este decreto, se señalan los razonamientos necesarios en que se apoyó la supresión de este departamento de Estado. Se dijo al respecto lo siguiente: 1) Que la Contraloría no informaba oportunamente si el ejercicio fiscal cerraba con superávit o con déficit; 2) Que los informes que presentaba, a veces hasta con ocho meses de retraso más que orientar, propiciaban la comisión de errores; 3) Que las Secretarías y Departamentos de Estado no podían frecuentemente desempeñar sus funciones, debido a la creciente y rigurosa intervención de la Contraloría; 4) Que esa intervención rigorista no propiciaba la moralidad y el control que se esperaba con el funcionamiento de esta dependencia, ya que no se había podido evitar que hicieran uso indebido de los caudales públicos de la Federación los altos funcionarios, para quienes equivalía a un finiquito, la visa de la Contraloría, y en cambio se habían venido fincando responsabilidades a empleados subalternos, a veces, por simples errores de tramitación; 5) Que después de promulgada la ley relativa a la creación del Departamento del Presupuesto, el mecanismo administrativo se había complicado todavía más, pues se había duplicado las labores sobre este aspecto; 6) Habría una considerable economía en los gastos públicos al suprimirse este departamento de Estado; 7) Al reasumir esta funciones la Secretaría de Hacienda,

¹² *Ibidem.* p. 181.

las dependencias y organismos federales quedarían sujetos a la revisión de una dependencia que se crearía, denominada: Contaduría de la Federación; 8) Que la dualidad de mando existente en las oficinas recaudadoras sujetas a la Secretaría de Hacienda y a la Contraloría, provocaba también serios trastornos que se traducían en pérdidas para el Erario y quebranto en la disciplina, debido a los conflictos y controversias que suscitaba”

Para mediados del siglo XX, las llamadas entonces, leyes de Secretarías y Departamentos de Estado, habían sido rebasadas por otras leyes administrativas, decretos y acuerdo del Ejecutivo Federal mediante los cuales, se crearon numerosos organismos y entidades paraestatales, motivados varios de ellos, por la presencia de numerosas necesidades administrativas, políticas, económicas o sociales, que la administración Pública centralizada era incapaz de satisfacer. Con motivo de estos cambios en los sistemas administrativos tradicionales, mantenidos hasta inmediatamente antes de la Revolución Mexicana, se genera en el campo del derecho administrativo, una revolución de ideas, principios, ordenamientos jurídicos, conceptos y desde luego, organismos y entidades, que por una parte, enriquecieron el sistema político y administrativo de México pero por otra, ocasionaron desorden y conflictos, que desembocaron precisamente, hacía mediados del siglo XX, en una creciente e incontrolable corrupción gubernamental, cuyos efectos los está viviendo de manera lacerante, el país entero.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL EN LA ETAPA CONTEMPORÁNEA

Esta etapa se inicia propiamente en 1976, cuando se expide la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal la cual, con numerosas reformas, continúa vigente. Es cierto que esta ley vino a poner un poco de orden el sistema centralizado de la Administración Pública. Dentro de la reforma del Estado que se hizo con la expedición de esta ley, fue

la creación de la Secretaría de Programación y Presupuesto, que en poco tiempo demostró que esa decisión gubernamental no fue afortunada. En esta Secretaría de Estado se depositaron las atribuciones consistentes en la planeación del Presupuesto y operación del gasto público federal, así como la fiscalización del mismo, mediante la creación de una unidad de auditoría gubernamental dentro de la propia dependencia.

Para hacer más operable el nuevo modelo denominado *Presupuesto con orientación Programática*, se expidió una nueva ley denominada: de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, que tuvo como finalidad no sólo reorientar las técnicas del gasto público, sino establecer actividades de control y fiscalización a cargo de esta dependencia del Gobierno Federal. Esto significó en términos relativos, un avance en materia de planeación y operación del gasto público, pero también creó un grave problema de falta de consensos, por la división orgánica que se hizo, de separar en dos diferentes dependencias, los ingresos de los gastos públicos. Esta situación causante de diferencias entre una dependencia y otra, persistió hasta 1991, año en que mediante una reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, desapareció la Secretaría de Programación y Presupuesto, retornando las atribuciones de esta dependencia, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en donde siempre habían residido y de donde nunca debieron salir.

Durante los períodos gubernamentales que abarcaron el lapso comprendido entre 1970 y 1982, sistema paraestatal creció en forma desproporcionada y gigantesca, al grado de considerarse que para 1982, los organismos descentralizados y demás entidades paraestatales rebasaban el número de 2,500; la mayoría de ellos no eran autosuficientes es decir, se apoyaban sus faltantes frecuentemente, con recursos fiscales y desde luego, la corrupción gubernamental había alcanzado proporciones nunca antes vistas por tres razones explicables: El manejo indebido e ilícito de los ingresos financieros provenientes de esos organismos y entidades, la falta de control y vigilancia de tan numerosos organismos

y entidades y la falta de decisión política para atacar los problemas crecientes de corrupción gubernamental que alcanzaba a los más altos niveles de la Administración Pública Federal.

La situación anteriormente descrita se había tornado insostenible, por lo que, al comienzo de la gestión gubernamental del Presidente De la Madrid, era impostergable la realización de un esfuerzo supremo de moralización de la gestión pública. Tan pronto se inicia este régimen presidencial, se trazan importantes líneas de acción, las cuales se sintetizan en torno a este tema de estudio en lo siguiente:

- a) Evaluación y redimensionamiento de las dependencias centralizadas de la Administración Pública Federal;
- b) Reducción drástica de organismos y entidades paraestatales, cuyas actividades no fueran propias y características de la función pública y,
- c) Elaboración de ordenamientos jurídicos referidos al establecimiento de controles sobre una adecuada prestación de la función pública y,
- d) La creación de órganos encargados de un combate frontal a la alarmante corrupción gubernamental.

Dentro de las medidas que se pusieron en práctica a partir de diciembre de 1976, pero sobre todo, a partir de 1982, para enfrentar la corrupción de la gestión pública, se encuentran:

- 1.- Reformas constitucionales.
- 2.- Creación de un nuevo marco legal.
- 3.- Establecimiento de organismos de control y fiscalización.

1.- Reformas constitucionales. En relación con este importante renglón, se reestructuraron los artículos 108 a 114 de la Carta Magna. Dentro de la Iniciativa de reforma constitucional, se insertó la Exposición de Motivos elaborada por el Poder Ejecutivo, la cual, y en relación

concreta con las modificaciones que se propusieron a la Ley Suprema, se manifestó literalmente lo siguiente:

“La libertad individual para pensar y hacer es cuestión de cada quien. No corresponde al Estado tutelar la moralidad personal que la inspira. Pero el Estado tiene la obligación ineludible de prevenir y sancionar la inmoralidad social que es la corrupción. Ella afecta los derechos de otros, de la sociedad y de los intereses nacionales. Y en el México de nuestros días, nuestro pueblo exige con urgencia una renovación moral de la sociedad que ataque de raíz los daños de la corrupción en el bienestar de su convivencia social.”

Las reformas que se efectuadas al artículo 108 Constitucional, consistieron en modificar el concepto de funcionario público y su responsabilidad, para hacer recaer ésta en todos los servidores públicos es decir, en cualquier persona que desempeñe un cargo o comisión en la Administración Pública Centralizada o Paraestatal.

Las reformas al artículo 109 de la Constitución fueron en el sentido de la obligación que se atribuyó al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados, para que dentro del marco de sus respectivas competencias, elaboraran leyes de responsabilidades de los servidores públicos, para sancionar las conductas de éstos, que fueran contrarias a los establecido por las leyes y que afectaran la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

La reforma al artículo 110 constitucional consistió básicamente en reestructurar el juicio político de que pueden ser objeto determinados servidores públicos, el cual en ocasiones sucesivas se ha venido reformando, para incluir en dicho precepto, la posibilidad de juicio político para servidores públicos de algunos otros organismos que se han venido creando.

El artículo 111 de la citada Carta Magna se reformó también para también incorporar dentro del proceso de desafuero llamado **juicio po-**

lítico, a servidores públicos de los citados organismos creados en época reciente.

El artículo 113 de la propia Constitución, tuvo importantes reformas, para exigir que las leyes de responsabilidades que al efecto se expidan, deberán determinar las obligaciones de los servidores públicos, a fin de salvaguardar el cumplimiento de sus responsabilidades; deberán establecer los procedimientos de determinación de éstas, por incumplimiento o violación, las sanciones aplicables, así como las autoridades encargadas de ambas situaciones. Se indica en la Carta Magna que las sanciones aplicables por responsabilidad podrán consistir en: suspensión, destitución e inhabilitación y en sanciones económicas, además de otras que establezcan las leyes correspondientes.

Finalmente, el artículo 134 de la Carta Magna tuvo en 1982, también importantes reformas para señalar que en lo sucesivo los recursos económicos de los entes públicos se deberían administrar con eficiencia, eficacia y honradez y se deberán destinar a satisfacer los objetivos para los cuales se instituyeron. Se indicó asimismo, que toda adquisición, enajenación o arrendamiento de toda clase de bienes, la prestación de servicios o la contratación de obra, se adjudicarán o llevarán a cabo mediante licitaciones públicas, excepto en aquellos caso en que las leyes de la materia establezcan que hay falta de idoneidad para una licitación en cuyos casos, se establecerán reglas y procedimientos para llevar a cabo esas actividades, como forma de excepción. La Constitución asigna responsabilidad directa a los servidores públicos, en caso de incumplimiento de estas disposiciones constitucionales.

2.- Creación de un nuevo marco legal. El marco legal referido a la puesta en práctica de medidas y procedimientos anticorrupción, se da de la siguiente manera:

- a) ***Ley Orgánica de la Administración Pública Federal***, expedida el 31 de diciembre de 1976 que, como ya se indicó al principio de este apartado, fue el primer ordenamiento legal expedido

dentro del marco de una reforma administrativa de fondo, fue la citada LOAPF de 31 de diciembre de 1976. Se cambia la denominación de la ley que hasta ese momento había venido regulando la vida jurídica de las dependencias de la citada Administración Pública Federal¹³

- b) **Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su Reglamento.** Estas disposiciones jurídicas fueron expedidas: La ley, el 31 de diciembre de 1976, que con importantes reformas, continúa vigente, el Reglamento: El 18 de noviembre de 1981, y que también con reformas, aún continúa rigiendo. De estos dispositivos jurídicos es posible destacar las siguientes partes: De la Ley: El Capítulo II, en cuanto se refiere a la forma en que necesariamente tendrá que efectuarse el gasto público federal; el Capítulo III, en lo correspondiente al ejercicio del gasto público federal; el Capítulo IV, en lo que corresponde a la Contabilidad gubernamental y sus reglas; y el Capítulo V, en cuanto se relaciona con las responsabilidades. En lo que respecta al Reglamento, es importante citar: El Título Segundo en lo que se refiere a la programación-presupuestación del gasto público federal; el Título Tercero en lo referente al ejercicio del gasto público federal; EL Título Cuarto, que regula procedimientos y formalidades de la contabilidad gubernamental y, finalmente, el Título Quinto, que hace referencia al control y la evaluación del gasto público federal. Sin duda, en materia de responsabilidades de los servidores públicos en materia de manejo y ejercicio del gasto público, se encuentran contenidos en el Capítulo V de la ley (artículos 45 a 49) y, Capítulo IV del Título Quinto del Reglamento (artículos 156 a 186) del Reglamento.
- c) **Ley de Planeación.** Esta ley fue expedida el 5 de enero de 1983, y obliga a los servidores públicos, sobre todo a los titulares de

¹³ Esta ley abrogó la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, de 23 de diciembre de 1958.

las diversas dependencias, organismos y entidades del Ejecutivo Federal, a efectuar una ordenación racional y sistemática, de las acciones que en base a las atribuciones de dicho Poder, se enfoquen a actividades económicas, sociales, políticas y culturales del país. El Capítulo Séptimo de esta ley indica los servidores de la administración Pública Federal, que en el ejercicio de sus funciones, contravengan los preceptos contenidos en esta ley, se les impondrán las medidas disciplinarias de apercibimiento, amonestación, suspensión o remoción del cargo. Se indica asimismo, que estas sanciones serán independientes de las de orden oficial, civil, o penal que puedan derivar de tales hechos.

- d) ***Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos***, de 31 de diciembre de 1982. Esta ley abrogó un ordenamiento jurídico semejante, de 27 de diciembre de 1979, con el fin de hacer mayor énfasis en los diversos tipos de responsabilidad administrativa de todos los servidores públicos de la Federación, así como en las sanciones aplicables. En esta ley se regulan: A los sujetos de responsabilidad administrativa, a las obligaciones de los servidores públicos, a las responsabilidades y sanciones, a las autoridades competentes para aplicar los presupuestos de esta ley y al registro patrimonial de los servidores públicos (Título Primero de la ley). El juicio político que puede seguirse en contra de los servidores públicos expresamente determinados en el ordenamiento legal, así como el procedimiento que deberá instaurarse en cada caso, se insertaron en los títulos Segundo. De la misma manera, el Título Tercero se ocupa de regular las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, señalando al efecto quiénes son sujetos de esta responsabilidad, cuáles son las obligaciones de los servidores públicos, así como cuáles son las sanciones aplicables y el procedimiento para aplicarlas y finalmente, se regula aquí, el tema referente al registro patrimonial (propiedad, adquisición y enajenación de bienes) de los citados servidores públicos.

- e) **Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento**, expedida la ley, el 14 de mayo de 1986¹⁴ y el reglamento, el 26 de enero de 1990. En estos ordenamientos jurídicos se insertan todas las disposiciones reguladoras de la estructura, organización y funcionamiento, tanto de las entidades paraestatales y sus diferentes estructuras, formas de organización, integración de sus órganos directivos, y las normas aplicables a su operación., así como el control y evaluación de dichos organismos y entidades. Aquí se expresa que los órganos de control y vigilancia estarán integrados por un comisario público propietario y un suplente, designados por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, dependencia a la que se hará referencia. posteriormente, cuando se haga el análisis de los órganos de control gubernamental.
- f) **Ley Federal de Procedimiento Administrativo**. Esta ley fue expedida de 4 de agosto de 1994. El objetivo fundamental de esta ley consistió en reordenar los principales aspectos del procedimiento aplicable a los actos administrativos, a su implementación, emisión y resolución. Por tal motivo, se expresó en el artículo 2º transitorio de este ordenamiento legal, que se derogaban las disposiciones que se opusieran a lo dispuesto en esta ley. De lo anterior se colige que, este ordenamiento legal **no tiene carácter supletorio**, como lo afirman no pocos estudiosos de la materia, y hasta servidores públicos, que caen en el error de señalar que dicho ordenamiento legal aplica sólo en caso de que la ley específica no tenga un procedimiento instaurado en su texto, situación que es notoriamente errónea. Esta ley es de carácter taxativo y no supletorio, situación que se confirma con la lectura de su artículo Segundo Transitorio. No obstante, presenta defectos de aplicación, y debido a ello, no se le ha dado a

¹⁴ Esta ley abrogó la Ley para el Control por Parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, de 31 de diciembre de 1970.

esta ley la jerarquía que merece, dentro del complicado procedimiento administrativo mexicano, en donde los actos de corrupción gubernamental, encuentran importantes oportunidades de realizarse hasta con cierta impunidad.

- g) ***Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y servicios del Sector Público, de 4 de enero de 2000***¹⁵ En esta ley se establecen disposiciones relacionadas con los procedimientos de contratación, de la elaboración de los contratos, de la información y verificación que se deba realizar, de las infracciones y sanciones susceptibles de ser cometidas por los licitantes o proveedores y finalmente del trámite de los participantes en una licitación pública y los medios de conciliación de intereses.
- h) ***Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, de 4 de enero de 2000***¹⁶, y su reglamento. Esta ley, que está íntimamente vinculada a la mencionada en el inciso g), guarda una estructura semejante a la anterior así, en el cuerpo de este ordenamiento se establecen normas relacionadas con: Los procedimientos de contratación, con la estructura de los contratos otorgados a los particulares, de la administración directa como una forma de contratación, de la información y verificación de las inconformidades y procedimiento de desahogo de las mismas, y de la conciliación.

En esta dos últimas leyes se establecen lineamientos a los cuales deben necesariamente ajustarse los servidores públicos que en unos de sus atribuciones y con cargo al Presupuesto, contraten bienes, servicios y obras públicas a favor del Gobierno Federal, o con cargo a partidas presupuestarias federales, aún cuando los encargados de hacer las contrataciones, sean servidores públicos estatales o municipales. Estos dos

¹⁵ Este ordenamiento abrogó la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1º de enero de 1994.

¹⁶ Esta Ley derogó la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en lo referente precisamente a obra pública.

últimos tipos de servidores públicos ajustarán su actuación, a lo que al efecto señalen las leyes federales aplicables.

3.- Establecimiento de organismos de control y fiscalización. Este tipo de organismos siempre han existido dentro de las estructuras gubernamentales, pero sus logros y la influencia ejercida en materia de combate a la corrupción gubernamental, ha sido siempre discutible, en ocasiones por defectos de estructura jurídica y en otras, por falta de voluntad política para hacer frente a los citados actos de corrupción. Un estudio detallado sobre la existencia, estructura y operación que han tenido estos órganos en las diversa etapas históricas del país, podría ser tema adecuado para otro estudio importante sobre el tema. Aquí, por razones de los límites previamente marcados para este documento, sólo se hará referencia los actuales órganos que realizan labores de control y fiscalización sobre la función pública, y desde luego fundamentalmente con el tema de las responsabilidades de los servidores públicos, muchos de los cuales caen precisamente dentro del campo de la corrupción gubernamental, como se ha señalado, provocando un grave quebranto al *estado de derecho*. Dentro de los más importantes organismos y unidades administrativas que actualmente se encargan del control gubernamental de las funciones y en contra de los actos ilícitos de servidores públicos, se pueden dividir: en órganos internos y externos de las actividades de la Administración Pública Federal.

- a) *Unidades administrativas internas y propias, de control.* De conformidad con los reglamentos interiores de las diversas dependencias de la Administración Pública centralizada, las primeras y más cercanas unidades administrativas de la función pública, relacionadas con una adecuada organización presupuestal y un correcto ejercicio del gasto público federal, se encuentran: Las oficialías mayores de las dependencias, así como las correspondientes unidades administrativas de Programación, Organización y Presupuesto. En el caso de los organis-

mos descentralizados y demás entidades paraestatales, se ubican las direcciones generales de administración u órganos equivalentes, así como las unidades de programación, organización y presupuesto, u organismos de funciones similares. Estas unidades administrativas ejercen una función primaria preventiva y documental sobre el gasto público programado y operado por cada dependencia o entidad.

- b) *Unidades administrativas y técnicas internas ajenas, de control.* En este caso se ubican las contralorías internas de cada dependencia, organismo o entidad paraestatal, así como los auditores externos y comisarios de estos organismos y entidades. La contraloría interna es una unidad de fiscalización, que aunque perteneciente a la estructura administrativa de la dependencia o entidad, los servidores públicos de dichas contralorías internas, son designados por una Secretaría de Estado encargada directamente del control y vigilancia de las dependencias, organismos y entidades de la Administración Pública Federal: La Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM). Los auditores externos y los comisarios, son profesionales independientes que son contratados por la SECODAM para que en su auxilio, y conforme a la normatividad dictada, realicen actos de control y fiscalización sobre los citados organismos y entidades paraestatales. Estas atribuciones la ejerce la dependencia citada, con fundamento en lo dispuesto por la fracción XII del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF).
- c) *Unidades administrativas y técnicas externas de control.* En los organismos descentralizados y demás entidades paraestatales, existen unidades externas de control de los mismos. Estos unidades, que tienen un carácter tanto técnico como administrativo, reciben el nombre de auditores externos y comisarios. El fundamento jurídico de su existencia legal se ubica en lo señalado por las fracciones X y XI del artículo 37 de la LOAPF.

Estas personas son profesionales independientes, contratados por la SECODAM, para que en los términos previstos por la LOAPF y el Reglamento Interior de la dependencia, así como con apoyo en las demás disposiciones y normas administrativas de control, fiscalicen las actividades de dichos organismos y entidades, en lo que se refiere al ejercicio del gasto público.

- d) *Dependencia administrativa externa de control del gasto público federal.*- De conformidad con lo dispuesto por las fracciones VII, XVI, XVII, XXIII y XXIV de la LOAP, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene atribuciones de fiscalización y control directo del sistema bancario del país, que abarca a la banca central y a la de desarrollo; evaluar y autorizar los programas de inversión pública de las dependencias y entidades de la administración Pública Federal; efectuar las tramitaciones y los registros que requiera la vigilancia y evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los presupuestos de egresos; opinar sobre los proyectos de normas y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos, desincorporación de activos, servicios y ejecución de obras públicas federales o con cargo al Presupuesto Federal y, ejercer el control presupuestal de los servicios personales, así como conjuntamente con la SECODAM, aprobarlas estrategias orgánicas y ocupacionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y sus modificaciones, así como establecer normas y lineamientos en materia de administración de personal.
- e) *Dependencia administrativa externa de control del gasto público y de la legalidad de la función pública.* La Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo a través de las VEINTICINCO fracciones que contiene el artículo 37 de la LOAPF, tiene atribuciones para: Organizar y coordinar el Sistema de Control y Evaluación Gubernamental; expedir normas que regulen los instrumentos y procedimientos de control de la Administración Pública Federal; vigilar el cumplimiento de las

normas de control y fiscalización; establecer las bases generales para la práctica de auditorías en todas las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; vigilar que las dependencias y entidades de esta Administración, den cumplimiento cabal a las normas vigentes en materia de planeación, presupuestación, ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio, fondos y valores; organizar y controlar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; realizar auditorías, inspecciones y evaluaciones de las diferentes actividades de las unidades administrativas, con el objeto de promover la eficiencia; colaborar con la Auditoría Superior de la Federación, para lograr mejores procedimientos y sistemas de control del gasto público federal. Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales de bienes de los servidores públicos legalmente obligados a ello.

- f) *Dependencia legislativa externa de control de la Administración Pública federal.* Esta dependencia es la Auditoría Superior de la Federación, dependencia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, quien tiene facultades para controlar y vigilar el ejercicio del gasto público federal, creada mediante reforma Constitucional de 30 de julio de 1999, que lleva a cabo sus funciones de acuerdo con la Ley de Fiscalización de 30 de diciembre de 2000. Se trata de un órgano técnico que tiene como gran objetivo, fiscalizar la cuenta pública que anualmente rinde el Ejecutivo de la Unión. Esta dependencia tiene facultadas para: Determinar los programas de auditorías; para llevar a cabo dichas auditorías; para coordinar la sinergia que deberá existir entre las unidades superiores fiscalizadoras y los órganos internos de control; para evaluar las políticas fiscales, especialmente las de endeudamiento público; para fiscalizar los ingresos y egresos, el manejo y la custodia y la aplicación de los fondos públicos, de todos los entes públicos federales, y de las

entidades federativas y municipios, cuando hubieren operado gasto público federal.

La Auditoría Superior de la Federación cuenta con autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones, así como para decidir sobre su organización interna, su funcionamiento y sus resoluciones. A diferencia de su antecesora, la Contaduría Mayor de Hacienda, este nuevo cuerpo técnico de fiscalización de la Cámara de Diputados puede no sólo fincar responsabilidades a los servidores públicos, sino también fijar directamente indemnizaciones y sanciones, cuando se determinen daños o perjuicios al Erario Federal.

Como claramente puede deducirse de los dos capítulos precedentes, México cuenta con importantes leyes encargadas de regular la función pública en lo correspondiente a la planeación, operación y ejercicio del gasto público, y de las demás funciones públicas, a las cuales se les pueden sumar ordenamientos jurídicos ya existentes, como el Código Civil Federal, en materia precisamente de responsabilidad civil de los servidores públicos, la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado, en materia de responsabilidad laboral de los mismos servidores públicos; la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y la Ley sobre el Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores de la Federación, en materia de responsabilidad económica; la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en materia de responsabilidad administrativa y finalmente, el Título Décimo del Código Penal Federal, en lo referente a la responsabilidad penal o delitos de servidores públicos. El marco jurídico regulador de las funciones y responsabilidades públicas, es en consecuencia, es amplio.

Por los que respecta a los órganos de control, ya se hizo también una enumeración detallada de ellos, los cuales convergen en muchos aspectos para controlar y regular la función pública, sobre todo en materia de planeación, operación y ejercicio del presupuesto público.

En consecuencia, aquí cabría preguntarse: ¿Qué hace falta entonces, para hacer más eficaz el control de la función pública, a fin de reducir drásticamente la corrupción gubernamental?

La respuesta es compleja y requiere de importantes consideraciones sobre el marco legal, para contemplar las oportunidades de mejora, evitando lagunas y contradicciones; estudiar a los órganos fiscalizadores, a fin de que en verdad, coordinen sus funciones de control y fiscalización; preparar a los fiscalizadores para que sean verdaderamente competentes en sus funciones de control y fiscalización, y no incurran en omisiones o desvíos legales, que a la larga, anulan la eficacia de los actos de control. Estas son tareas permanentes que tiene que realizar los responsables de los órganos de control y fiscalización. Aquí solamente, al final de este estudio en un capítulo especial se harán propuestas encaminadas a lograr un más eficaz control de la corrupción gubernamental.

También se requiere hacer un estudio más a fondo sobre la función pública, sobre su integración, la definición de sus características, así como el perfil e idoneidad de las personas físicas encargadas de realizar esa función, por una parte. Se piensa que en México sobre todo, poco se ha abordado el tema de la función pública. Por ello, se expondrán a continuación algunas reflexiones sobre este importante tema, no sólo del derecho administrativo, sino quizá con mayor propiedad, de otras importantes áreas de conocimiento científico. Se hará pues a continuación , un poco de reflexión al respecto.

LA FUNCIÓN PÚBLICA

La función pública es una institución que, como antes se señaló, debe se examinada no sólo a la luz de su raíz constitucional, ni del ordenamiento jurídico general, sino también a través de la ciencia política, de

la ciencia de la administración y una parte fundamental de la ética denominada: **moral pública**. Stephen K. Bailey¹⁷ expresa a este respecto:

“El gobierno es moral en cuanto induce a los servidores públicos a supeditar lo específico a lo general, lo privado a lo público, el interés preciso al juicio moral rudimentario. Dentro de este contexto, toda decisión pública moral es una decisión en la que “la acción se conforma a los procesos y símbolos hasta ahora creados para la protección general de la libertad política, en tanto ésta es agente de la libertad más general...; deja abierto el camino para la modificación o inversión por decisión pública...; se la decide dentro de una jerarquía de mandos donde la responsabilidad de la acción puede ser fácilmente identificada por el público...; e incorpora, en tanto que contribuciones de la función dirigente la estructuración concreta de respuesta a las necesidades sentidas por el pueblo, y no simplemente respuestas a las necesidades privadas y personales de los dirigentes”.

Veáse en esta reflexión, la importancia de la función pública con un profundo contenido moral: La satisfacción del interés general, por encima del interés privado. Es importante también precisar que esta conceptualización es efectuada por un estudioso de la ciencia de la administración de nacionalidad estadounidense, aplicable al sistema gubernamental de aquél país.

Por ello, la función pública como acción gubernamental, no se podrá nunca equiparar a la función que se realiza en una empresa privada. Un país no es una negociación en donde se persiga el propósito de lucro y en donde la fórmula mercantil de costo-beneficio, encuentren campo propicio. Una actitud de este tenor, haría nugatoria el objetivo muy importante de la citada función pública. Es cierto que la eficacia, la eficiencia, la lealtad, la imparcialidad y la honestidad son factores

¹⁷ Bailey, Stephen K.- Ética y Servicio Público.- Estudio publicado dentro de libro denominado: Administración Pública, que contiene valioso material recopilado por Roscoe C. Martin. Editoriall Herrero, Hnos, Sucs. México, 1967. p. 347.

de mucho peso específico en la función pública, pero la moralidad de esa función es un intangible de alcances incalculables, que necesariamente repercute en aquellas otras características.

En uno de sus informes de Gobierno, el Presidente Calles¹⁸ expresó:

“...resulta muy cómodo para multitud de personas considerar la Hacienda Pública como un fácil medio de vida parasitaria. El criterio sano es distinto: ni la Administración Pública es una institución de beneficencia, ni los altos funcionarios del Gobierno tienen el derecho de favorecer con los fondos del Erario a los parientes, amigos o partidarios políticos.”

Con respecto a la moralidad, a la ética como ingrediente importante de la función pública, Rafael Bielsa¹⁹ expresa el siguiente juicio:

“Una administración (pública) homogénea e inteligentemente organizada y vitalizada por una savia moral que circula por todo el organismo, y que procede de la sustancia ética que se acumula cada día, como si generara nueva energía, es eficiente y resiste ante las transformaciones de orden social, económico y político;”

El Dr. Agustín Basabe²⁰ afirma, con respecto al ejercicio democrático como uno de los ingredientes fundamentales de la moral pública, que: “antes que una forma de gobierno, la democracia es una forma de convivencia humana, y antes que una forma de convivencia humana es una vocación del hombre”. Lo anterior infiere que la moral gubernamental, la moral pública o moral republicana, no es un ideal simplemente, sino un ingrediente muy poderoso que impulsa, que le da

¹⁸ Segundo Informe de Gobierno del Presidente Plutarco Elías Calles. Los Presidentes de México Ante la Nación. *Op. cit.*, Tomo III, p. 731.

¹⁹ Bielsa, Rafael.- Ciencia de la Administración. Editorial Roque Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1955. p. 22.

²⁰ Citado por: Serra Rojas, Andrés.- Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México, 1988, p. 495.

sostén y *razón de ser*, a otros factores medibles, tangibles o cuantificables de la citada función pública. Cuando esta moral pública trasciende al campo de los gobernados, la misma se ensancha en su contenido, hasta recibir la denominación de *moral social*. Se cree firmemente, que para abatir los altos índices de corrupción gubernamental se tiene que trabajar intensamente en el campo valorativo, tanto de la moral pública como de la social.

DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El ejercicio de la función pública requiere de la participación de personas físicas, de seres humanos que en nombre y representación del Estado, realizan las actividades que conforman a la citada función pública. Esos seres humanos llamados servidores públicos, son quienes investidos de una designación oficial, llevan a cabo ya jurídica o ya materialmente, las funciones públicas.

La función pública, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, se encuentra organizada en relación directa con tres factores importantes. Uno: El sistema jurídico- político del país. Dos: El grado de desarrollo técnico de cada institución. Tres: El grado de civilidad (educación cívica o moral social), tanto del gobernante como del gobernado. El tercer factor mencionado en el párrafo anterior, es tan importante como los dos primeros. La civilidad, la moral social no se puede dar por “decreto”. Requiere de arduos años de trabajo, de esfuerzo y dedicación para conseguirla. Trabajar en favor de este logro, significa tener una idea clara de la función pública, contar con un marco regulador de óptima calidad y preparar servidores públicos con perfiles adecuados a las funciones que se les encomienden.

Los citados servidores públicos, de acuerdo con los elementos que se han mencionado, deben satisfacer los requisitos tanto materiales, como técnicos y valorativos, que arrojen como resultado, el perfil adecuado para el cargo. No basta con el satisfactorio estado de salud y las

habilidades que le proporcionan el dominio de la ciencia y la tecnología²¹ por parte del servidor público, sino que hace falta además, encontrar los elementos valorativos que hagan a esa persona idónea, adecuada para el cargo público. No se está en contra de que la persona que aspira a un empleo público, posea los conocimientos científicos y tecnológicos que le otorguen aptitud especial para el desempeño del cargo, sino lo que se desea es que esa persona esté dotada de la sensibilidad adecuada, que posea los elementos de moralidad pública que le permitan una plena idoneidad para ser servidor público.

Se ha considerado que una persona con alta calificación académica es decir con maestrías y doctorados (*si son obtenidos en el extranjero, mejor*), son aptos para desempeñar importantes cargos en la función, pública, puesto que esa alta calificación académica es una garantía de solvencia moral. La experiencia ha demostrado que esto no es cierto, por virtud de que los tecnócratas con altas calificaciones académicas han resultado en numerosos casos, tan o más corruptos que otros servidores públicos.

También se ha puesto en práctica la idea consistente en que otorgando a los servidores públicos de altas calificaciones académicas, sueldos elevados tan o más altos de los que se pagan en el sector privado, se podrá garantizar idoneidad en el cargo público y honestidad en el desempeño. La experiencia ha demostrado que lo anterior también ha sido erróneo, dado que la corrupción en grado alarmante, ha penetrado de todas maneras en esa elite de servidores públicos de grandes privilegios económicos. Parece aplicable a todas estas situaciones, un pensamiento expresado en su época por el Presidente Benito Juárez el cual, no obstante de que han transcurrido casi 140 años, debiera ser perfectamente aplicable a la época actual, porque responde con una

²¹ A Georges Pompidou, el invidable Presidente de Francia se le atribuye este comentario: "Existen tres caminos que llevan a la ruina: Las mujeres, el vino y los tecnócratas. El primero, es el más placentero, el segundo, el más rápido y el tercero, es el más seguro".

gran certeza al concepto de moral pública, en el que se ha insistido en este estudio. Este pensamiento expresa lo siguiente:

“Bajo el Sistema Federativo los funcionarios públicos no pueden disponer de las rentas sin responsabilidad. No pueden gobernar a impulsos de una voluntad caprichosa, sino con sujeción a las leyes.

*No pueden improvisar fortunas ni entregarse al ocio y a la disipación, sino consagrarse asiduamente al trabajo, **disponiéndose a vivir en la honrada medianía que proporciona la retribución que la Ley señala**”.*

Estos conceptos vertidos por el inmortal indio de Guelatao, parecen olvidarse cuando se trata de enfocar la idoneidad, las aptitudes, los deberes y las remuneraciones de un buen servidor público. Justo sería que se recordaran permanentemente y sobre todo, se practicara este modelo de moralidad republicana.

Para iniciar el arduo, pero importante camino de la mejoría y la alta calidad en la función pública, en cuanto a sus aspectos técnico-científicos y de moralidad pública, es necesario en primer lugar diferenciar la función pública de la función privada. La primera diferencia que existe entre estos dos tipos de actividades se encuentra en la propia naturaleza de la función: En la primera, se está realizando algo para el Estado, para la nación, para el país. La función pública es generalmente importante, trascendente y frecuentemente delicada, de la cual depende la estabilidad, el progreso, la seguridad, la igualdad, la libertad y otros significativos valores del estado.

En cambio, la función privada, con todo lo importante que pueda ser, no trasciende de manera directa e inmediata sobre la nación en su conjunto. La función pública es desempeñada dentro de la Administración Pública Federal, por servidores designados por El Ejecutivo de la Unión, y deben al Estado lealtad, honestidad, eficiencia, imparcialidad y legalidad en todos los actos que realicen con motivo de su cargo. La función pública en los sistemas modernos sobre la Teoría Administrativa que se han elaborado, se establece ésta bajo dos conceptos funda-

mentales: Todo servidor público debe ser idóneo para el cargo y, todo servidor público debe ser necesario para la función²² Un control estricto sobre estas características, puede proporcionar al Estado un magnífico nivel en los resultados de la función pública. Así se ha demostrado en países de sistemas administrativos públicos más avanzados.

Es un error considerar que un Estado debe manejarse con criterio empresarial. Un país no es un negocio, es una entidad política en la que deben lograrse por los medios adecuados la libertad, el bien común, la justicia social, la seguridad jurídica y la legalidad en todos los actos del Estado, y no la ganancia, el lucro o la búsqueda exclusiva de intereses económicos en general. La función pública en consecuencia, debe estar enfocada a los fines primeramente mencionados, a ellos deben avocarse en su actividad los servidores públicos.

Los servidores públicos se denominan así, no porque *sirvan al público*, sino porque *sirven al Estado, persona moral de derecho público*, que es a quien le deben lealtad, honestidad, imparcialidad, legalidad y demás atributos y requisitos que los ordenamientos jurídicos exigen del dichos servidores. Estos servidores tienen asignadas por los ordenamientos jurídicos una serie de obligaciones, pero también con base en los ordenamientos legales vigentes, poseen como servidores, una serie de derechos, que el Estado como titular del Poder de mando y del Poder jerárquico, deben respetar y cumplir para hacer posible la relación de dependencia que existe necesariamente entre los servidores públicos y el citado Estado el cual a su vez, se encuentra representado por otros servidores públicos de nivel ya sea medio, o superior. El ejercicio de las facultades y las obligaciones en la Administración Pública se da en una estructura jerárquica vinculada desde los cargos o empleos más modestos, hasta los más elevados, hasta llegar al Presidente del República, quien su carácter de **primer mandatario** o **primer magistrado** del Estado, no tiene más depen-

²² Bielsa Rafael.- La Función Pública. Editorial Roque Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1960. p. 22.

dencia o sometimiento de mando, que la Constitución Federal y demás ordenamientos jurídicos que rigen la vida institucional de dicho Estado.

Como antes se estudió, en el Capítulo referente a la ***Administración Pública Federal en la Etapa Contemporánea***, los servidores públicos, tanto en relación con la función, como en el desempeño personal, sus actos de conducta, son sometidos a estrictos controles y a actos y procedimientos de fiscalización, cuyo objetivo es conducir la función pública y la actividad del servidor, por los terrenos de la legalidad. Para ello, los servidores públicos son permanentemente fiscalizados, ya sea a través de controles documentales, o a mediante actos directos de fiscalización practicados por los órganos de control. En cada ocasión en que un órgano administrativo o un servidor público es fiscalizado, existe indudablemente la posibilidad del surgimiento de conflictos entre la autoridad fiscalizadora y el servidor o los servidores públicos que realizan la función gubernamental.

En no pocas ocasiones los servidores públicos realizan sus actividades en franca contradicción con la normatividad aplicable o violentando las más elementales disposiciones jurídicas que regulan su función. No pocas actuaciones contrarias a la normatividad vigente, suelen darse pretextando ignorancia, descuido o inclusive, imposibilidad práctica de cumplimiento. En otras ocasiones aún más graves, los servidores públicos recurren a la simulación para incumplir, ya n la forma o ya en el fondo, con los ordenamientos jurídicos reguladores de sus funciones.

En un importante número de casos, las causas de responsabilidad de los servidores públicos se dan, por manejo inadecuado de las partidas presupuestarias. Por ello, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, contiene en su Capítulo V, la figura de los Pliegos de Responsabilidades. Estos Pliegos pueden ser elaborados: a) Por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como encargada de operar documentalmente el Presupuesto y el Gasto Público correlativo; b) Por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, por ser la dependencia encargada de fiscalizar en forma integral la función pública

y, c) Por la Auditoría Superior de la Federación por tener ésta, la facultad de revisar la cuenta Pública del Gobierno Federal y su procedibilidad en términos legales. En cuanto a los tipos de pliegos y a los requisitos procedimentales, la elaboración de los mismos se llevan a cabo de conformidad con lo que al efecto dispone una importante ley de control y fiscalización, que es la Ley sobre el Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores de la Federación.

HACIA UN NUEVO MARCO REGULATORIO DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN

Para abatir los índices en corrupción gubernamental que a pesar de todos los esfuerzos hasta hoy desplegados no se han registrado importantes avances en este combate, se hace necesario que los órganos de la Administración Pública pongan en práctica varias medidas: Científicas, administrativas, económicas, políticas y tecnológicas, que realmente logren un progreso significativo en este campo que afecta, que ataca frontalmente al estado de derecho. Dentro de estas medidas se proponen las siguientes:

PRIMERO.- Creación de un organismo multidisciplinario, que se encargue de crear y mantener actualizado un Código de Ética de la Función Pública, y que al mismo tiempo estudie los hechos, las situaciones reales de corrupción que acontecen, sus causas y sus efectos, haga las evaluaciones de cada caso y situación, y proponga medios, instrumentos y apoyos que conduzcan al Estado a un verdadero y duradero avance sobre la moralidad pública, recomendando la preparación de ciudadanos en la función pública y recomendando los perfiles idóneos, no sólo de conocimientos y habilidades, sino de contenido ético, para ocupar un puesto público.

SEGUNDO.- Se propone que mediante una adición al artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la SECODAM se encargue de llevar un registro permanente y actualizado de servidores

públicos sancionados por responsabilidad en el ejercicio de sus cargos, así como de aquellos que por aplicación de los ordenamientos legales son destituidos de sus cargos, para que estos servidores, no deban ser contratados nuevamente, en el servicio público federal, ni estatal o municipal. Actualmente se dan numerosos casos de servidores públicos que son despedidos por corrupción y que en poco tiempo, ya están prestando servicios en otra dependencia o entidad, situación que a todas luces, demerita la eficacia de las sanciones aplicadas a esas personas. Además se sugiere que este registro sea público, para que tengan acceso a información todas las unidades administrativas que deseen investigar los antecedentes de una persona en la función pública.

TERCERO.- De la misma manera, deberá reformarse el Reglamento Interior de SECODAM, para la creación de una unidad administrativa en encargada del registro y control de personal federal sancionado o destituido. También se deberá reformar este reglamento, para que exista una delegación regional de SECODAM en cada entidad federativa o regiones en donde sea necesario llevar a cabo intensas actividades de control y fiscalización del gasto público o de las funciones públicas federales.

CUARTO.- Se propone una cuidadosa revisión de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, sobre todo en los capítulos de sanciones económicas, suspensiones e inhabilitaciones, a fin de proporcionarles los requerimientos constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, de los cuales ahora carecen.

QUINTO.- Finalmente, se sugiere elaborar un Proyecto de Ley General de Fiscalización de la Función Pública, que tenga como objetivo transparentar y armonizar los procedimientos de fiscalización y control que actualmente se encuentran fraccionados en diversos ordenamientos jurídicos, reglamentos, manuales y disposiciones administrativas, produciendo altos índices de inseguridad jurídica frente a los servidores públicos fiscalizados y finalmente, ineficacia de la acción fiscalizadora.

Se considera que con estas medidas, se puede producir una reacción favorable en la trascendencia de la función pública y en el comba-

te frontal a la corrupción gubernamental la cual, es un cáncer que ha corroído gravemente la institucionalidad y las entrañas del quehacer, no sólo administrativo, sino jurisdiccional y hasta legislativo, conculcando EL ESTADO DE DERECHO.

LA EVALUACIÓN COMO UN IMPORTANTE RECURSO DIDÁCTICO EN EL APRENDIZAJE DEL DERECHO

Por: Dra. Doricela Mabarak Cerecedo *

PRÓLOGO

Este estudio se presentó en un evento académico. No fue aceptado *por considerarse un ensayo o un trabajo bibliográfico*. No es desde luego, ninguna de las dos cosas. IUSTITIA es el conducto para que una propuesta como ésta no quede archivada, porque la misma se considera muy importante para quienes ejercemos la profesión docente. En consecuencia, debidamente enriquecida y enfocada al aprendizaje del derecho, se somete a la consideración de nuestros lectores.

EXORDIO

Como es bien sabido, los procesos educativos constituyen los medios más usados para determinar las respuestas de la gente a las necesidades que exige la vida. Los resultados obtenidos dentro de cada uno de los procesos educativos, son los *pivotes* que proyectan a los individuos en pos del éxito profesional tan anhelado y deseado por cada una de

* Profesora-investigadora del Departamento de Derecho ITESM. Campus Monterrey.

las personas que logran culminar alguna de las etapas finales del aprendizaje escolarizado, ya sea que éste comprenda la licenciatura o los estudios de postgrado.

En la época contemporánea se han ampliado de manera importante los conocimientos: Hay que aprender más en un mundo globalizado; hay que aprender más en menos tiempo, puesto que la duración de los cursos se ha reducido en la misma proporción en que ha ido en aumento el caudal de conocimientos; se deben adquirir no sólo conocimientos, sino habilidades que permitan al alumno poner en práctica dichos conocimientos. En consecuencia, se han puesto en marcha procesos educativos en los cuales los estudiantes tienen que incorporar necesariamente el autoaprendizaje y el desarrollo de habilidades como elementos obligatorios de trabajo escolar. Ahora bien, la culminación de cada una de las etapas del citado aprendizaje, requieren de una serie de procedimientos evaluatorios con los cuales se midan los avances y los logros sobre todo, en materia de conocimientos y habilidades adquiridos.

PROPÓSITO DEL PRESENTE ESTUDIO

Invitar a los profesores en general, y a los profesores de materias jurídicas en particular, a reflexionar sobre una parte muy importante del proceso educativo que es LA EVALUACIÓN como instrumento de medición y valoración de una serie de elementos y factores que deben tomarse en consideración para determinar finalmente el grado de conocimientos, habilidades, actitudes y valores manifestados y evidenciados por el alumno que cursa una materia que forme parte de su plan de estudios.

La evaluación ha sido y continuará siendo, un elemento imprescindible comprobación del éxito o fracaso en el binomio profesor-alumno, el cual indudablemente contiene una serie de factores o elementos, tanto de fondo como de forma, susceptibles de producir el éxito deseado o conducir a la frustración no esperada, tanto de parte del alumno

como del profesor participantes ambos, en el citado proceso. Esta evaluación debe poseer tal dimensión, que con ella sea posible realizar una apreciación, lo más cercana posible a la realidad, no sólo sobre los conocimientos del alumno, sino también sobre sus habilidades, procedimientos de aprendizaje, actitudes y valores, susceptibles todos ellos de poder proporcionar al evaluador un grado adecuado de certeza sobre un verdadero y cabal aprovechamiento académico y crecimiento o fortalecimiento en actitudes y valores, del sujeto evaluado. Sobre este tema es importante citar a J. Gimeno Sacristán¹ quien indica que: ***El aprendizaje del alumno se realiza dentro de un clima de permanente evaluación.*** Es decir, el aprendizaje lleva inmerso en todo momento a la evaluación como forma de comprobación del mismo.

¿QUÉ ES LA EVALUACIÓN?

Se trata de un procedimiento didáctico tan antiguo como lo es el sistema escolarizado de aprendizaje, no obstante de que tal sistema tiene numerosos siglos de estar en aplicación, todavía continúan surgiendo nuevos estudios e ideas sobre los elementos conformativos de una verdadera y bien integrada evaluación, tanto de un curso o de una materia que se imparta dentro de un modelo educativo escolarizado, como del aprovechamiento de los alumnos participantes. Por ello, parece útil comentar los más recientes avances tanto en los resultados obtenidos en los modelos de evaluación más aplicados, como en los procedimientos utilizados, sobre todo en éstos últimos años, en los que los estudios sobre los contenidos, la preparación y evaluación de la educación, ha tomado en la etapa contemporánea, renovados bríos. La evaluación se define como ***la expresión de un juicio comprobable, relacionado con una***

¹ Jimeno Sacristán, J.- Citado por: De la Torre, Saturnino.- Innovación Curricular.- Editorial Dykinson. Madrid, España, 1994. p. 318.

decisión previamente reflexionada, con apoyo en una información recibida.

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La evaluación del alumno que realiza y concluye el estudio de una materia jurídica determinada, constituye la fase fundamental del proceso enseñanza-aprendizaje, y resulta sin duda la fase más importante de este proceso, puesto que aquí se ponen a prueba cada una de las partes del mismo. Frecuentemente se comete el error de someter exclusivamente a medición, los conocimientos que el profesor *estima* que son válidos para el aprendizaje y preparación del alumno en una materia determinada, y con tan sólo ese elemento, se piensa que se está realizando una verdadera evaluación del estudiante. En efecto, frecuentemente el profesor ignora, pasa por alto o le concede poca importancia a otros elementos susceptibles de medir o valorar, que conducen indudablemente a la realización de una evaluación mejor integrada, más útil y provechosa tanto para el alumno evaluado, como para el profesor evaluador, así como para la institución educativa y desde luego para la sociedad, la cual finalmente recibirá a una persona, a un profesional del derecho que se incorporará a los recursos humanos útiles y productivos y que serán capaces de generar, no sólo soluciones a la problemática legal de la sociedad, sino también valores culturales y morales.

OBJETIVOS DE LA EVALUACIÓN

Se pretende aquí fortalecer la convicción de que una evaluación debidamente integrada del alumno, es más útil y benéfica para el evaluado, para el evaluador y desde luego, para la institución educativa y para la sociedad, por virtud de que con una evaluación debidamente integrada, se podrían alcanzar los propósitos mismos del aprendizaje de una materia,

así como las habilidades, actitudes y valores que se deben desarrollar y fomentar dentro de las propias etapas del aprendizaje. Para alcanzar tales fines, se hace necesario precisar en primer lugar el contenido y los alcances de una evaluación integrada, para después reflexionar sobre cada uno de los pasos a seguir para llegar a la meta propuesta.

PARTES INTEGRANTES DE LA EVALUACIÓN

Como es bien sabido por todos los que participan en una tarea educativa, la evaluación del proceso enseñanza-aprendizaje comprende diversas y muy importantes partes como son las siguientes:

- a) Evaluación del plan de estudios que comprende una licenciatura o un postgrado.
- b) Evaluación de los programas que integran toda la currícula de alguna de esas áreas escolares (licenciatura, maestría o doctorado).
- c) Evaluación de los programas que integran una misma materia que se imparte en diversos cursos secuenciados.
- d) Evaluación separada e independiente de cada uno de los programas de los cursos.
- e) Evaluación de un profesor como coordinador, asesor o conductor del aprendizaje de un curso.
- f) Evaluación del estudiante como aprendiente de un ciclo escolar, una licenciatura o un postgrado y,
- g) Evaluación de un alumno como estudiante de una materia o curso en particular.

De cada una de estas partes de la evaluación del citado proceso de enseñanza-aprendizaje, se pueden elaborar no sólo estudios fraccionados como el presente, sino estudios completos, como algunos que ya existen publicados en prestigias obras dedicadas a la importante actividad docente.

Saturnino de la Torre² señala que aplicada a los alumnos, “*la evaluación es la expresión de juicios y conclusiones que conllevan a una toma de decisiones*”. En efecto, evaluar es un proceso –corto o largo–, dependiendo del contenido, por medio del cual, los profesores buscan, ubican y utilizan información precedente de numerosas fuentes para llegar a un juicio de valor sobre el alumno. Eisner³ por su parte indica que “*la evaluación es una actividad eminentemente artística realizada por un experto –el profesor–, quien respeta el desarrollo natural de la enseñanza y profundiza en el conocimiento de las características de la situación específica en que se encuentra*”. De estos dos conceptos se puede concluir que la evaluación es un juicio de valor que elabora un profesor sobre un alumno, mediante la utilización de una serie de informaciones obtenidas de muy diversas fuentes, por medio de las cuales, se pone a prueba, se compara y se corrige continuamente el progreso de su aprendizaje. La evaluación en un buen sistema escolarizado, debe abarcar cuatro áreas fundamentales: a) los conocimientos; b) las habilidades; c) las actitudes y d) los valores.

Es sabido por numerosos estudiosos del proceso de enseñanza-aprendizaje, que la doctrina pedagógica sobre este tema afirma que únicamente son *medibles* (evaluación cuantitativa) los conocimientos y las habilidades, pero que las actitudes y los valores sólo son susceptibles de *valoración* (evaluación cualitativa), pero no de medición⁴. Desgraciadamente en todo sistema escolar, las autoridades solicitan al profesor una medición del alumno debidamente integrada y transformada en una calificación que dé una medida no sólo de la cantidad y calidad de los conocimientos y habilidades mostradas por el sustentante, sino también de sus cualidades actitudinales y de sus valores mostrados. Esta situación se torna difícil para el profesor, puesto que los juicios de

² De la Torre. *Op. cit.* p. 318.

³ Eisner, E. Citado por Martín María Luisa. *Planeación, Administración y Evaluación de la Educación*. Editorial Trillas. México, 1997. pp. 178 y 179.

⁴ Martín, María Luisa. *Op. cit.* p. 194.

valor no son susceptibles de medirse en puntos. Aquí, el docente entra en un conflicto consigo mismo, con el alumno y con la escuela, la cual exige que los citados juicios de valor arrojen también un resultado medible, dimensionable y transformado en puntos, los cuales serán sumados a los obtenidos objetivamente por el alumno en sus actividades de aprendizaje y exámenes, en donde se pusieron a prueba sus conocimientos y habilidades.

Es decir, por exigencias de los reglamentos académicos, el docente debe esforzarse por medir lo que únicamente es susceptible de valorarse, a fin de que el alumno obtenga una nota de calificación en puntos, que refleje no sólo características objetivas, sino también subjetivas. Esta situación presenta grados de dificultad no fáciles de superar, sobre todo, cuando el profesor enfrenta grupos numerosos en sus diferentes cursos, ya que la valoración subjetiva de cada alumno en cuanto a sus actitudes y valores, tiene necesariamente que realizarse de manera extraordinariamente compleja, pues aquí se requiere que el docente haya tratado con cierta cercanía a cada uno de sus alumnos para tener un grado confiable de certeza en cuanto a las actitudes y a los valores susceptibles de ser mostrados por cada uno de ellos.

METODOLOGÍA

Para poder llegar a obtener una medición completa del alumno, tanto de los elementos objetivos susceptibles de ser medidos, como de los elementos subjetivos, de los cuales la escuela también espera una medición, el profesor debe tener establecido todo un modelo integrado de evaluación en la planeación de su curso que le permita estar permanentemente evaluando las cuatro partes en que se divide la exigencia escolar de la institución (conocimientos, habilidades, actitudes y valores). Para medir los dos primeros aspectos, es decir, los conocimientos y habilidades, el profesor cuenta con: a) El trabajo desarrollado por el alumno en el aula; b) Las actividades de aprendizaje fuera del aula (tareas,

prácticas de campo y otras actividades) y, c) Los exámenes programados a lo largo del curso.

De estos recursos didácticos, es frecuente que el profesor por *comodidad*, acuda preferentemente a los exámenes para medir los conocimientos y las habilidades del alumno, dejando en posteriores lugares, y hasta con menos, mucho menos porcentaje en la medición, al trabajo en el aula y a las demás actividades de aprendizaje o tareas, situación que no es aconsejable por las siguientes razones:

Los exámenes resultan de indudable desgaste nervioso y físico para el alumno, sobre todo cuando se aplican de manera frecuente. En efecto, los exámenes periódicos oficiales, programados por la escuela, a los cuales se le suman los exámenes frecuentemente programados por el profesor, producen en los alumnos un estado visible de preocupación que les ocasionan desórdenes emocionales y hasta físicos. Se sabe de casos en los que los alumnos, además de los exámenes mensuales y el examen final, éstos presentan exámenes denominados interparciales, a razón de hasta tres o cuatro de éstos por mes. En consecuencia, un alumno que llega a ubicarse en uno de estos cursos, queda sometido a una presión exagerada de hasta ¡DIEZ Y SEIS EXÁMENES EN EL MISMO SEMESTRE PARA UNA SOLA MATERIA!. El uso casi exclusivo y muy reiterado de esta forma de medición de resultados, suele producir efectos contraproducentes en torno al objetivo que se persigue, que es el de que el alumno seleccione razonadamente conocimientos de calidad y sedimente de manera permanente importante información y desarrolle habilidades y actitudes que contribuyan a una buena formación profesional.

Hector Fix Zamudio⁵ expresa sobre la práctica rutinaria y a veces abusiva de los exámenes, que se ha insistido mucho en la inconveniencia de los exámenes como único elemento utilizable para evaluar el avance de los alumnos, pero indica que resulta imposible de suprimir éste tipo de instrumentos de evaluación, mientras se continúe con una enseñanza

⁵ Fix Zamudio, Héctor. *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica*. Editorial Porrúa. México, 1995 p. 402.

exclusiva de tipo verbalista y con la pasividad de los alumnos que asisten a un curso.

El alumno que es sometido a exámenes frecuentes de conocimientos, almacena información del tema de manera superficial; sustituye la calidad de la información por la cantidad, la cual retiene en su memoria, apenas el tiempo necesario para desahogar el examen, y después desecha esa información, quedando la citada memoria en blanco y lista para aprender y retener temporalmente el material siguiente. Asimismo, la preocupación por la adquisición de conocimientos, deja del lado el aprendizaje y dominio de otras importantes áreas (habilidades, actitudes y valores). Esta situación trae como consecuencia que una vez aprobada la materia, el alumno apenas si recuerda algunos elementos de la misma (con la misma velocidad con la que se aprenden estos conocimientos, también se olvidan), trayendo esto consigo una indudable defectuosa formación académica.

Confucio, ese importante sabio chino, acuñó una frase que en materia educativa tiene una gran repercusión. Señalaba este inolvidable personaje: **«Lo que oigo, se me olvida, lo que veo, lo entiendo, pero lo que hago, lo aprendo»**. Es por ello que la didáctica contemporánea ha vuelto sus pasos hacia un aprendizaje significativo en el cual, el desarrollo de habilidades (aprender haciendo), camine de manera simultánea con la acumulación progresiva y gradual de conocimientos. Este tipo de aprendizaje debe ser planeado y evaluado, tanto previa, como posteriormente y de manera adecuada y pertinente por el profesor.

DIFERENTES TIPOS DE EVALUACIÓN

De conformidad con lo expresado por diferentes tratadistas de la materia y en relación con los alumnos, existen tres tipos muy importantes de evaluación: **La diagnóstica, la formativa y la sumativa**. La primera se utiliza frecuentemente al iniciar un curso o bien, al comenzar una nueva etapa del proceso de aprendizaje dentro del mismo curso, que requiera

el dominio de un curso anterior o de una etapa anterior del mismo. La finalidad de esta evaluación es la de que el profesor del nuevo curso reciba información confiable sobre el nivel de preparación que posee el alumno sobre la materia en cuestión.

La evaluación formativa es aquella que se lleva a cabo durante el desarrollo del proceso de enseñanza-aprendizaje, y tiene como objetivo fundamental, localizar áreas de oportunidad en las cuales el profesor, como conductor y orientador del aprendizaje, pueda hacerle saber al alumno sus avances, así como en su caso, las correcciones o rectificaciones que permitan un aprendizaje más adecuado a los objetivos deseados. Tanto la evaluación diagnóstica como la formativa, no deben formar parte de la evaluación que se va a tomar en cuenta para la acreditación del curso correspondiente.

Finalmente, la evaluación sumativa es aquella que realiza el profesor del curso, con la colaboración de los alumnos, y mediante la cual se pretende el acreditamiento del curso de referencia.

Tanto en la evaluación formativa como en la sumativa, es importante que participen tres elementos: La evaluación efectuada por el profesor; la autoevaluación, es decir, la evaluación de su propio aprendizaje que haga el alumno, y la coevaluación que consiste en la evaluación de los logros obtenidos por cada alumno, que hagan los propios compañeros del curso. Estas formas de evaluación son poco practicados a la fecha, pero indudablemente son de una gran utilidad para el profesor y para el propio alumno evaluado.

FORMA DE PRODUCIRSE LA EVALUACIÓN

La evaluación de un curso determinado hecha por el profesor, se produce a través de unidades de medida o calificaciones, que se le asignan a cada participante de un curso. Estas calificaciones se pueden producir: a) Sólo al concluir el aprendizaje del citado curso (examen final), o bien, b) Se va gestando la calificación, a medida en que el estudiante

va progresando en el dominio del material de aprendizaje. La forma mejor de evaluar a un alumno en su proceso de aprendizaje y por ende, aplicarle una calificación, debe ser indudablemente la marcada en el inciso b), puesto que la opción primeramente citada, se utiliza usualmente sólo en el sistema tradicional y verbalista, en el cual el alumno adopta una actitud pasiva durante todo el curso, y sólo se transforma en actor al final, cuando tiene que someterse a la *tortura* de pretender demostrar que maneja los conocimientos acumulados. En la opción a), el profesor aplica un examen en el que hace una selección de los conocimientos que él considera más significativos, y excepcionalmente diseña una petición de demostración de algunas habilidades, pero desgraciadamente, sin haberlas orientado y asesorado y menos aún, practicado durante el curso. Debido a la masificación de la educación, la cual ha producido la presencia de grupos de alumnos muy numerosos, los exámenes orales pertenecen prácticamente al pasado, es decir, ya casi no se aplican por la enorme inversión de tiempo en su desahogo.

La nota de calificación que se asigna a cada alumno, se mide frecuentemente a través de números. Algunas instituciones educativas utilizan como sistema, el decimal (0 a 10 o bien, 0 a 100). Algunas escuelas consideran como calificación mínima aprobatoria, 6 ó 60; otras, exigen 7 ó 70, y otras más, señalan 8 u 80. En algunas otras escuelas se utilizan letras para producir la calificación del alumno, con la siguiente medición: NA = a No Acreditada; S = a Suficiente; B = a Bien y, MB = a Muy Bien.

Sea cual fuere el sistema empleado, es muy importante señalar que la principal preocupación que existe en los sistemas educativos, en cuanto a la evaluación del alumno, es la consistente en que dicha evaluación deba ser muy objetiva, aunque indiscutiblemente, no es posible prescindir totalmente de la subjetividad sobre todo, cuando dentro de esta evaluación, también se deban incluir como *medibles* las actitudes y los valores de cada participante en un proceso de aprendizaje.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Es cierto, no es posible, al menos en los actuales modelos escolares, como lo afirma Fix Zamudio, prescindir de los exámenes, pero también lo es que no debe el profesor abusar de este elemento de medición, ni tampoco darle al mismo un porcentaje tal alto en la calificación del alumno. Para algunos docentes este instrumento llega a representar hasta el 100% de la calificación final, situación que resulta a todas luces indebida., puesto que quien actúa así, no está utilizando seguramente, los demás instrumentos de evaluación del alumno, como aconsejan los más modernos avances sobre la didáctica.

Como resultado de la experiencia personal de cada profesor, se encuentra que el avance integral del estudiante en su formación profesional adquiere mejores perspectivas, cuando su proceso de evaluación se hace de manera integral y no sólo parcial, ni midiendo exclusivamente sus conocimientos a través de numerosos exámenes, sino recurriendo a todos los instrumentos evaluatorios que recomiendan las técnica pedagógicas modernas, lo cual propicia además, que exista entre el profesor y alumno, un clima de mayor comprensión, reconocimiento y estimación mutua por el trabajo escolar desarrollado entre ambos importantes factores de la enseñanza-aprendizaje.

La medición subjetiva de sus actitudes y valores, la cual no puede hacerse a través de los exámenes, se hace por medio de la valoración del alumno en sus actitudes enfocadas al aprendizaje de conocimientos y desarrollo de habilidades, tanto dentro del salón de clases, como durante los períodos de asesoría, los cuales se planean para ser desarrollados *necesariamente* por todos los alumnos del curso, en fechas previamente programadas y acordadas entre el profesor y cada uno de los estudiantes. Estos períodos de asesoría personalizada, aunque breves, le dan al profesor un conocimiento personalizado de cada uno de sus alumnos, que le facilitan penetrar en las actitudes mostradas por cada uno, y frecuentemente también, en los valores que practican o que están fortaleciendo.

Para racionalizar los exámenes escolares como instrumento de medición, es recomendable lo siguiente:

- a) Que el profesor reduzca el número y desde luego la frecuencia de los exámenes parciales. Sería muy provechoso para el modelo de enseñanza-aprendizaje, que los exámenes con valoración sumativa, se redujeran durante el semestre escolar a solamente dos: Uno de medio término y otro al final del período. También sería conveniente que el curso se dividiera en dos partes, y por cada una se presentara un examen escrito, y de ser posible, oral en los plazos y fechas señaladas por las autoridades escolares o en su caso, por el profesor.
- b) El profesor debe quedar en libertad de exentar de la presentación del examen final, a aquellos alumnos de aprovechamiento óptimo ((MB)) o 90 o más de promedio en el semestre), a fin de que esos estudiantes encuentren un aliciente adicional a su alta calificación, por la variedad de esfuerzos desplegados a lo largo del curso.
- c) Que los profesores no se reserven las calificaciones obtenidas por los alumnos por su trabajo en el aula, ni por sus actividades de aprendizaje, así como las que les correspondan por su evaluación en cuanto a las actitudes mostradas y los valores poseídos y también mostrados en su vida escolar y personal, para sumarlas *hasta* el momento de la nota final, sino que en forma periódica y oportuna mensualmente por ejemplo, el alumno conozca de manera global el resultado de sus logros escolares a través de una calificación debidamente integrada, la cual se enriquecerá (o empobrecerá) con los exámenes periódicos (tanto los oficiales, como los aplicados por el profesor de manera sistemática, pero no tan constante), los cuales deben representar un porcentaje máximo del 40% de la nota final. El otro 60% se integrará con los otros instrumentos de medición y valoración.

- d) Que los exámenes sean diseñados por el profesor, adoptando los diferentes modelos didácticos que al efecto existen, evitando la rutina de diseñar exámenes con la utilización de un solo modelo. Como saben todos los profesores, los modelos más utilizados para el diseño de pruebas escritas son: Los exámenes de preguntas abiertas; de preguntas cerradas o concretas, de opción múltiple, de correlación de términos y conceptos; de respuesta alternativa; de desarrollo de un ensayo, y actualmente, se deben incluir en los documentos de examen, el planteamiento y petición de solución de un caso o de uno o varios problemas de corte profesional *ad hoc* a la materia del curso. Es aconsejable en consecuencia, que para cada examen, el profesor planee y diseñe un documento escrito en el cual introduzca diferentes modelos de reactivos, con distintos tipos de *cuestiones* que le permitan en verdad efectuar una exploración y comprobación sobre los conocimientos, habilidades e inclusive en algunas ocasiones, podrían valorarse las actitudes y los valores evidenciados por los alumnos al momento de evaluar los procedimientos y las soluciones aportadas por los citados alumnos, a los casos o problemas técnicos planteados en los citados exámenes. Esta posibilidad se presenta con mayor claridad en las asignaturas pertenecientes a las ciencias sociales y a las humanidades, como lo es el aprendizaje del derecho.

Es importante en este tipo de evaluaciones, que la solución de casos y problemas comprendidos dentro de un examen se hagan en forma abierta es decir, mediante la consulta de libros, leyes, notas de clase y otros elementos que le permitan al alumno la información necesaria para normar su criterio en cuanto a la respuesta que se espera de él. Inclusive, se recomienda que si se trata de algún problema de cierta complejidad o bien, de un caso que vaya a ser susceptible de recibir una evaluación ya sea, formativa o hasta sumativa, se le otorguen al alumno uno o más días, para aportar su solución. No importa que en esas

cuestiones, reciba asesoría de terceros, ya que ésta también resulta en alguna forma una parte integrante del proceso de aprendizaje.

EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE LICENCIADO EN DERECHO EN EL SIGLO XIX

Por: Centro de Investigación Jurídica

El ejercicio de la profesión de licenciado en derecho, hacía la mitad del siglo XIX, resultaba complicada, pues incluía una serie de requisitos y exigencias que deberían ser cumplidas integralmente por la persona que pretendiera abrazar la profesión de litigante ante los tribunales del país. Dentro de la búsqueda de información jurídica que se realiza en el Centro de Investigación Jurídica del Campus Monterrey del ITESM, se hizo el hallazgo de una importante ley expedida por el Gobierno Federal y de la cual, su lectura resulta sumamente ilustrativa para los profesionales y estudiantes de la actualidad. Comparar los requisitos de aquella época con los que ahora se exigen, resulta importante para toda persona que ejerce la delicada tarea de representar ante los tribunales, los intereses jurídicos de otra persona.

Dentro de esos requisitos de cumplimiento inexorable, se encontraban: La edad. Nadie menor de 21 años (este era el límite entre la mayoría y la minoría de edad), podía ejercer la función de abogado; estaba impedido para llevar a cabo esta actividad, quien no acreditara gozar de buena fama pública, así como quien no acreditara tener hechos todos los estudios, tanto prácticos como teóricos, previstos en las leyes correspondientes; además de lo anterior, el profesional del derecho debería aprobar un examen de capacidad presentado ante los tribunales

competentes; finalmente, debería el aspirante comprobar que estaba matriculado en la agrupación profesional denominada: Colegio de Abogados de México. Desde luego, para obtener también esta matrícula, era inevitable someterse a un examen ante los letrados de dicho Colegio. Como se estaba viviendo una etapa política de un absoluto centralismo gubernamental, esta ley declaró desaparecidos a todos los colegios de abogados que operaban en los Departamentos (entidades políticas del país).

En la ley de referencia se indica el procedimiento para la presentación del examen de aptitudes ante los tribunales del país, el cual resultaba sumamente complejo en el cumplimiento de los requisitos. Una vez obtenido el título de abogado, previa presentación de los referidos exámenes, la persona podía ejercer su profesión ante cualquier tribunal de la República. La violación de los deberes del abogado, daba lugar a la imposición multas, a la suspensión de la facultad para ejercer, y en casos más graves, a la declaratoria de invalidación del título. A continuación se inserta el texto íntegro del decreto presidencial para el arreglo de la administración de justicia, del cual, el capítulo VII, se refiere precisamente a la profesión del ejercicio del derecho. Se incorpora a continuación, el texto de la ley comentada.

NUMERO 4149.

Diciembre 16 de 1853.- Decreto del gobierno. Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común.

*TÍTULO VII
DE LOS ABOGADOS*

283. *Para ser abogados se requiere:*

Ser mayor de veintiún años y acreditar con información judicial, honradez, fidelidad, buena fama, vida y costumbres.

Haber hecho los estudios teóricos y prácticos que previenen o previnieren las leyes.

Haber sido examinado y aprobado para el ejercicio de la abogacía, por el supremo tribunal o por los tribunales superiores.

Haber obtenido el título respectivo del supremo gobierno.

284. *No podrá ejercer ninguno la abogacía sin recibirse y matricularse en el colegio de abogados de México.*

El recibimiento se hará, en el supremo tribunal, por la primera sala y ministros supernumerarios que no estuvieren sirviendo en las salas, con asistencia del fiscal, y en los tribunales superiores solo en los que sean colegiados, y en pleno, exigiendo a los que lo pretendan los documentos que acrediten tener los requisitos que se exigen en las partes primera y segunda del artículo anterior.

285. *En México se examinarán primero por el colegio de abogados, con total sujeción a las prevenciones expedidas en 20 de Junio de 1853, y después por el tribunal supremo.*

286. *Cesan los colegios de los Departamentos, y los que pretendieren examinarse en los tribunales superiores, sufrirán primero un examen privado, que durará por lo menos una hora, por una comisión de tres letrados nombrados al efecto por el tribunal superior. Este examen será exclusivamente de práctica.*

287. *A los que fueren aprobados en este examen, se les señalará día por el presidente de la comisión, para que ocurran a sacar el caso o punto que les designe la suerte.*

288. *En el día designado, a presencia de la comisión, el pretendiente sacará una cédula de una ánfora en que de antemano se hallarán depositadas tres, en las cuales habrá escrito el presidente de la comisión diversos casos o puntos de derecho.*

289. *El pretendiente dentro de cuarenta y ocho horas traerá resuelto el caso, o estudiado el punto de derecho que le haya tocado. Este estudio*

lo hará precisamente en la casa y bajo la dirección de su maestro de práctica, o de algún abogado designado por la comisión, el cual le expedirá un certificado jurado, de que en el estudio y resolución del punto no ha sido auxiliado por otra persona.

290. El pretendiente leerá su exposición, que deberá durar una hora, en un acto público a presencia de la comisión, y en seguida, o en el día que de nuevo señale ésta, se procederá al examen sobre los diversos puntos de la teoría y práctica del derecho. El presidente distribuirá el tiempo del examen entre los sinodales, de manera que dure dos horas cuando menos.

291. Concluido el examen procederán a la votación, que deberá ser unánime para que el pretendiente quede aprobado.

292. Al darse cuenta al tribunal superior con el resultado del examen, se hará también con la calificación que haya merecido la exposición del punto o resolución del caso.

293. El examen del supremo tribunal y tribunales superiores, durará por lo menos una hora, y a los que fueren aprobados se les expedirá el correspondiente testimonio del auto de aprobación, para que ocurran por su título al supremo gobierno.

294. Los que no fueren aprobados en el primer examen de la comisión, no podrán pasar al segundo, y los que fueren aprobados en éste, no podrán presentarse al examen del tribunal superior y necesitan de nuevo examen, que no lo verificarán antes de seis meses, y en el cual han de ser aprobados para que el tribunal los examine.

295. Los tribunales que por falta de letrados en el lugar donde residan o por cualquiera otra causa no pudieren verificar los exámenes de abogados de la manera prevenida en esta ley, no admitirán a examen a los que lo pretendieren.

296. *La incorporación de los abogados se verificará presentando el título expedido por el supremo gobierno en el colegio de abogados, y con total arreglo a lo demás que previenen o previnieren sus estatutos.*

297. *Al matricularse pagarán por todos derechos, cincuenta pesos, que se distribuirán conforme a los estatutos del colegio y el resto lo remitirá el tesorero al fondo judicial.*

298. *Los abogados recibidos e incorporados en el colegio, podrán ejercer su profesión en todos los tribunales de la República, presentando su título y la certificación de la matrícula al respectivo tribunal superior y con sujeción a los artículos siguientes. A los que dejaren pasar un año sin pagar las contribuciones del colegio, se les hollará la matrícula y quedarán suspensos del ejercicio de la profesión, si no es que satisfagan lo que debieren. El rector del colegio publicará anualmente noticias de los que por esta razón queden suspensos.*

299. *Los abogados recibidos con anterioridad a esta ley, no podrán continuar en el ejercicio de su profesión sin matricularse en el colegio de abogados.*

300. *Los que sin haberse recibido por los tribunales, previos los exámenes correspondientes, hubieren sido declarados abogados por decretos de los antiguos Estados, no podrán ejercer la abogacía si no se examinan conforme a esta ley.*

301. *Los abogados defenderán gratuitamente a los pobres en todos los lugares donde no hubiere abogados de pobres con sueldo, y se turnarán en la defensa de los reos en los tribunales y juzgados donde no haya defensores dotados.*

302. *En los juicios civiles y criminales de parte, no podrá presentarse petición alguna, salvo las llamadas de cajón, sin la firma de abogado*

incorporado en los lugares donde los haya; pero si el interesado es abogado, podrá actuar aunque no se halle incorporado.

303. Los abogados para cobrar sus honorarios lo ejecutarán arreglándose estrictamente el arancel, y los anotarán con su firma en las peticiones y escritos, bajo la pena de perderlos.

304. Los jueces y tribunales apremiarán a los abogados al cumplimiento de sus deberes, en la forma breve y común que establece la ley 15, título 22, libro 5 de la Nov. Recop., con multas hasta de cien pesos, y suspensión hasta de seis meses, y en caso de reincidencia, hasta un año, cualquiera que sea el fuero, carácter y representación del abogado.

305. La tercera reincidencia da lugar a la formación de causa sobre suspensión por mayor tiempo que el de un año, e invalidación del título.

306. Los tribunales y jueces dictarán de plano las correcciones establecidas en los artículos 303 y 304, oyendo después en justicia al interesado si reclamare.

307. La suspensión surtirá su efecto en la demarcación del tribunal o juez que la impusiere, y en los casos de reincidencia, en toda la República, y lo mismo en la impuesta por la Suprema Corte.

308. Si la corrección consistiere en multa, no se prestará audiencia al corregido, sin que primero deposite su importe.

Fuente: Leyes Mexicanas. Manuel Dublán y José María Lozano. –Tomo VI. México. 1877. Págs. 817, 844, 845.

En relación con la carrera de abogado, también es importante conocer el Decreto del gobierno de 19 de diciembre de 1854, en el cual se publicó el Plan General de Estudios para las carreras profesionales que en aquella época se impartían por las autoridades educativas. Dentro del Capítulo

III se inserta el Plan de estudios para la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de México, que era por aquél entonces, la única institución en donde se impartían estudios profesionales sobre esta carrera.

En el citado Plan se indicaba que los estudios superiores en la citada facultad, se harían en ¡OCHO AÑOS!, con los siguientes grados académicos:

1.- Grado de bachiller en leyes o cánones. Este grado académico se obtenía en cuatro años. En ese lapso se estudiaban: Introducción al derecho; derecho natural; cuatro cursos de derecho patrio; cuatro cursos de derecho romano; tres cursos de derecho canónico y lo que ahora nos parece increíble: ¡dos cursos de inglés, como parte de los estudios de bachiller en leyes!

2.- Grado de licenciado en leyes. Para obtener este grado académico, había que estudiar tres años, aprobando las siguientes materias: Tres cursos de procedimientos judiciales; tres cursos de práctica forense; dos cursos de elocuencia forense; y un curso de cada una de estas materias: Literatura general, derecho de gentes, derecho internacional privado, derecho público administrativo, derecho mercantil y economía política.

3.- Grado de doctor en leyes. Era necesario estudiar un año más, en el cual se cursaban las siguientes materias: Filosofía del derecho, legislación comparada e historia de los tratados.

Se indicó en este decreto que los cursos de procedimientos judiciales se impartirían en la academia del Colegio de abogados, y que la práctica forense se realizará en el despacho de un abogado por tres años completos, asistiendo tres horas diarias.

Para su lectura y mejor comprensión, se incorpora a continuación el texto referente al citado Plan de Estudios.

NUMERO 4364.

Diciembre 19 de 1854. Decreto del Gobierno. Plan general de estudios.

CAPÍTULO III.

De la facultad de jurisprudencia.

37. *Para ser admitido al estudio de la jurisprudencia se necesita estar graduado de bachiller en filosofía en la sección de literatura.*

38. *Los estudios superiores de esta facultad se harán en ocho años en el orden siguiente:*

Para el grado de bachiller en leyes o cánones, en cuatro años.

Primer año. Introducción al estudio del derecho. Derecho natural. Derecho romano. Derecho patrio. Idioma inglés.

Segundo año. Derecho romano. Derecho patrio. Derecho canónico. Idioma inglés.

Tercer año. Derecho romano. Derecho patrio. Derecho canónico.

Cuarto año. Derecho romano. Derecho patrio. Derecho canónico.

Para el grado de licenciado en leyes, en tres años.

Quinto año. Práctica forense. Procedimientos judiciales. Derechos de gentes e internacional privado. Literatura general.

Sexto año. Práctica forense. Procedimientos judiciales. Derecho público administrativo. Elocuencia forense.

Séptimo año. Práctica forense. Procedimientos judiciales. Derecho mercantil. Economía política. Elocuencia forense: análisis de las obras de este género.

Para el grado de doctor en leyes, en un año.

Octavo año. Filosofía del derecho. Legislación comparada. Historia de los tratados.

39. *Los reglamentos determinarán la parte de las materias asignadas que deben estudiarse en cada curso, las lecciones que deben darse y las horas que han de durar. Para el grado de licenciado o doctor en cánones, los estudiosos serán los prevenidos para estos grados en el artículo 43, a excepción del estudio de las lenguas. Estos estudios po-*

drán hacerse simultáneamente con los que respectivamente se exigen para los grados de licenciado y doctor en leyes. El que no los hiciere simultáneamente y se hubiere de graduar de licenciado o doctor en cánones después de haber obtenido los mismos grados en leyes, deberá solo acreditar haber estudiado dos años las asignaturas que se determinan en el artículo 43, según dispongan los reglamentos. Lo mismo se observará respectivamente con los que estando graduados de licenciados o doctores en cánones, quisieren obtener los mismos grados en leyes, sin aspirar al título de abogados.

40. las lecciones de procedimientos judiciales se darán en México en la academia del colegio de abogados en los términos que previenen sus estatutos, y en los Departamentos en las academias de derecho que se establezcan en las universidades o colegios. Y la práctica de los tres años completos se aprenderá en el bufete de un abogado, asistiendo tres horas diarias, a excepción de los días en que haya academia. La práctica la justificarán los pasantes con el certificado del abogado a cuyo estudio hayan concurrido, y con igual documento de la academia la asistencia a las elecciones y ejercicios prácticos de ella, y los estudios en los tres años del segundo período de la jurisprudencia con los certificados del examen y aprobación de las respectivas cátedras. Para comenzar la práctica se necesita el grado de bachiller en jurisprudencia.

41. Los alumnos que hayan hecho los estudios del primero y segundo período de la facultad de jurisprudencia y la práctica de los tres años, podrán, acreditándolo con los documentos de que habla el artículo anterior, aspirar al examen profesional de abogado, conforme a la ley de 16 de diciembre de 1853.

Leyes Mexicanas. Manuel Dublán y José María Lozano. Tomo VII. México 1877. Págs. 344 y 348.

