

879309

8  
zg.



**UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE**

ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO  
Clave: 879309

**"EL ACTO DE GOBIERNO"**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
M. IZOLDA GARCIA CALDERON

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Celaya, Gto.

1988



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

# I N D I C E

## CAPITULO I

NO. PÁG.

1.- Elementos del Estado. ....	1
2.- Los fines del Estado. ....	1
3.- Funciones del Estado. ....	2
4.- El Gobierno. ....	4
5.- La Administración como equivalente a Gobierno. ....	5
6.- La Administración como actividad subordinada a Gobierno. no. ....	6
7.- Administración y Constitución. ....	7
8.- Administración y Ejecución. ....	7
9.- Actividad Administrativa, Técnica y Jurídica. ....	8
10.- Los agentes de la Administración Pública. ....	9
11.- Idea general. ....	9
12.- Notión de función Pública. ....	10
13.- Naturaleza jurídica de la función y del empleo Públicos. cos. ....	11
14.- Antecedentes Patrios de la Responsabilidad de Funcionarios. rios. ....	15
15.- La Constitución de 1857. ....	17
16.- Procedimiento a seguir en los supuestos de la Comisión de Delitos Oficiales. sion de Delitos Oficiales. ....	19
17.- De los Delitos Oficiales. ....	20
18.- Del Procedimiento en los supuestos de la Comisión de Delitos Comunes. Delitos Comunes. ....	21
19.- Del juicio Político. ....	21
20.- Del título segundo de los Delitos Oficiales. ....	23
21.- Ante quién procede la acusación en contra de los Delitos Funcionarios. tos Funcionarios. ....	24

25.- El Ministerio Público en la Constitución de 1917. . . . .	25
26.- Interpretación del artículo 21 Constitucional por el 19.º Supremo Corte de Justicia de la Unión. ....	25
26.- El artículo 109 Constitucional. ....	23
26.- Facultades concedidas a la Cámara de Diputados en los términos de los artículos 109 y 74 fracción V de la Constitución de 1917. ....	26
26.- La Cámara de Diputados y la posibilidad de que inves- tigue los delitos cometidos en los términos de la Cons- titución de 1917. ....	27
27.- Importancia y prioridad del juicio Político. ....	28
28.- Naturaleza jurídica del juicio Político. ....	29
29.- El legislador ordinario puede constitucionalmente ex- tender el juicio Político a todos los funcionarios y empleados federales y del Distrito Federal. ....	30
30.- Es posible esa responsabilidad a todos los funciona- rios y empleados públicos. ....	34

#### CAPÍTULO II

1.- Acto Administrativo y Acto Civil. ....	40
2.- De la clasificación de los actos Administrativos. ..	41
3.- Actos de Autoridad y de Gestión Pública. ....	43
4.- Actos simples, complejos y colectivos. ....	44
5.- Merece actos Administrativos. ....	47
6.- Clasificación de los actos jurídicos por razón de su contenido. ....	48

#### CAPÍTULO III

1.- Actividad del Estado. ....	49
2.- El acto Legislativo. ....	55
3.- El acto jurisdiccional. ....	58
4.- Acto Administrativo y acto político a su Gobierno. .	64
5.- Acto Político a su Gobierno. ....	90

## OBJETO:

Es evidente que en un sistema administrativo es una agencia que posee un gran poder. Las tendencias expansionistas del Estado y la creciente necesidad de confiar en las facultades discrecionales oficiales más que en preceptos legislativos no auguran ninguna disminución de la autoridad administrativa sino antes al contrario. En una Sociedad democrática el poder mayor es la necesidad de control.

El control actúa en dos direcciones principales; un aspecto se dirige a conseguir que el poder se use para fines debidamente autorizados y apoyados por el asentamiento de los gobernados. El otro aspecto se dirige a proteger los derechos constitucionales y otros derechos legales de las personas contra el abuso o el uso no autorizado del poder en casos específicos.

A estos dos aspectos corresponden los agentes principales de control externo; Los cuerpos legislativos y los Tribunales.

Los cuerpos legislativos deben dedicarse a perfeccionar el sistema administrativo como tal y a crear las condiciones de trabajo que atraigan a un tipo superior de empleado público. El congreso necesita contribuir a crear un sistema que tienda a producir competencia y no incompetencia, responsabilidad y no irresponsabilidad. No puede organizar un servicio público eficaz publicando errores o fracasos individuales.

Los medios esenciales están a mano; La revisión presupuestaria anual de la política y las actividades; la vigilancia de las comisiones esenciales, informadas por su personal profesional; las funciones adecuadas de las Comisiones sobre actividades del Gobierno, informadas por los reportes de un contralor general; y comisiones de investigación seleccionadas. Los tiempos piden una nueva interpretación del papel de las Asambleas populares en el campo de la administración.

Todo el mundo pide un gobierno eficaz, mi tesis es que no podemos tener ese gobierno esterilizando la capacidad directiva de nuestros servidores públicos, necesitamos por el contrario darles libertad para usar sus ta-

lentos y proporcionarles incentivos que liberen su energía y su imaginación.

Alcanzar ese fin requiere con una revolución en el concepto que los legisladores tienen sus deberes con la administración. El concepto dominante en la mayor parte de nuestra historia ha sido el de un amo vigilante y suspicaz de un sirviente pírdigo y derrochador a quien no se puede perder de vista.

El concepto que necesitamos reconoce el sistema administrativo como un socio de la Empresa; como un cuerpo organizado de funcionarios profesionales y técnicos bien preparados, con el sentido de responsabilidad y del deber, y con una capacidad colectiva para servir al interés público, única y absolutamente indispensable.

La función de un cuerpo legislativo, hacia un sistema administrativo ha cambiado al cambiar el carácter de nuestra economía; es importante percibir el rasgo esencial del cambio es éste. La posibilidad de formular una política señalando detalles, quizás factible en otro tiempo ha desaparecido y, en lo futuro las legislaturas deben tratar por fuerza la administración sobre la base de principios y generalidades si han de tratarla eficazmente en interés público.

## INTRODUCCION.

El acto de Gobierno o acto Político como también se lo ha llamado a la ' Doctrina, conlleva un sentido de poder y una vinculación necesaria al De recho Administrativo, semejante expresión de voluntad del Estado ha sido estudiado con cierta amplitud en la Literatura Extranjera, no así en Mé' xico, a pesar de su importancia no tanto teórica sino práctica, por su ' relevancia y trascendencia Jurídica y Política. Esa relevancia consiste ' en que como ha sucedido en algunos Países de Europa el acto de Gobierno ' llegó a constituir un instrumento de los Gobiernos para conceder arbitra ' riedades y violar los derechos individuales y Sociales. En un principio ' bastaba que un Funcionario Público de cierta Jerarquía alegara que su ac ' to tenía un móvil de naturaleza política para que el Tribunal ante quién ' se demandaba la nulidad del acto se negara a conocer de la reclamación. ' Después se invoca la "Razón del Estado", como tal vez que significaba una ' prohibición determinante para oponerse a los actos de los Organos Estata ' les, todo ello significaba cometer uno de los atentados más graves a la ' Sociedad, que es la Denegación de la Justicia.

Precisar con mayor nitidez posible que significado tiene dicho acto y ' cuáles son sus diferencias específicas con el acto que pudiera denominar ' se propiamente "Administrativo" de tal manera que el Principio de Legali ' dad se respete por el Poder Ejecutivo y se evite el uso del Poder por ' quienes tienen a su cargo ejercer la función administrativa y que pudie ' ra parar en perjuicio de los Derechos del Hombre, de los Derechos Socia ' les.

Se hace énfasis en la necesidad que existe de que en el Gobierno de una ' Nación, se respete el principio Constitucional de la separación de Poder ' res, y se logre un equilibrio entre éstos, que evite el predominio indo ' bido de un poder sobre los otros, y desde luego la Dictadura.

Contribuir a que los Funcionarios Públicos cumplan con las disposiciones ' de la Ley, esto es, que no abusen del Poder y respondan ante la Sociedad



su nivel jerárquico pues es incuestionable que un estado de Derecho no puede permitir ni la Impunidad ni la comisión intencionada y repetida de ciertos vicios del acto administrativo como "exceso de poder" y de "Desvío de Poder".

**ELEMENTOS DEL ESTADO.**- Tiene tres elementos esenciales, aún cuando hay otros secundarios, son el Pueblo, el Territorio y Gobierno.

1).- Pueblo.- Es el conjunto de personas que componen el Estado se distingue de población, que es entidad puramente demográfica.

2).- Territorio.- Es el espacio terrestre donde se asienta el pueblo y se desenvuelve el Estado.

Hay tres organizaciones o corporaciones con asiento territorial: La Nación, las Provincias y los Municipios.

Las entidades Autárquicas no tienen propiamente hablando asiento territorial sino que son autárquicas o descentralizadas administrativas Institucionales. Toda sociedad territorial es la formada con base demográfica y está destinada a atender un número indeterminado de intereses: Nación, Provincias, Municipalidades. La Sociedad u Organización Institucional suele personalizar una actividad o un determinado servicio público.

3).- Gobierno.- Es el conjunto de Instituciones en que se organizan las personas que ejercen el poder de imperio del Estado o sea su soberanía. Del Vecchio 1), considera como tercer elemento del Estado Político el vínculo jurídico que lo distingue de las demás sociedades y que a su juicio es el que le da verdaderamente forma y carácter propio al Estado, ya que tanto el pueblo como el territorio sería únicamente elementos materiales. En el juego de derechos y deberes que coligan a todos los individuos de un Estado bajo un mando supremo o poder se asienta la potestad de coerción que depende del ordenamiento jurídico Constitucional y legal, cuya voluntad originaria está en el pueblo en los regímenes democráticos.

**LOS FINES DEL ESTADO.**- Su relatividad histórica. Los fines del Estado, indudablemente abarcan un campo muy amplio, y nada puede sustraerse en cuanto signifique un fin social, ya que puede ejercer su influencia directa o indirecta en todos los aspectos de la vida humana. De allí su relatividad las sociedades primitivas hasta las modernas organizaciones

1) Serra Rojas Andrés. Derecho Admvo. Ed. Porrúa. 1974. p. 133

que evolucionan de la mera defensa militar y administración de justicia para entrar en ordenamientos más perfeccionados en el que el Estado es no directamente la atención de la educación de lo edilicio, las Indus<sup>t</sup>rias, regulación del Comercio y consecutivamente la vida económica de en su conjunto. Así pasa por la antigüedad clásica y la Edad Media, que es el período de mayor reducción de la Autoridad y actividad del Estado, sea por el influjo de las tendencias individualistas del Derecho Germánico, sea por el surgimiento de poderosas organizaciones sociales. Así pasa por el Renacimiento con la plenitud de los ordenamientos monárquicos, para penetrar luego en la vida material y moral del pueblo que justifica la reacción individualista que pasa de la doctrina y labor publicitaria a los ordenamientos positivos de la Revolución Francesa.

Los fines del Estado son históricamente variables, ya que su extensión depende de las diferentes concepciones políticas, pero la estructura jurídica de la Administración no puede cambiar con los fines políticos del Estado en el mismo ritmo, quizá haya una especie de relación que va de una progresión geométrica (los cambios de los fines políticos del Estado) a una progresión aritmética (la adaptación jurídica administrativa a dichos cambios), lo que suele producir por la adopción de nuevas formas que le son adecuadas, eliminando elementos tradicionales y modificándolos conforme a los nuevos fines o también los puede dejar subsistentes en su seno como cuerpos extraños, no asimilables, ya que la Administración por su cercanía mayor a las necesidades del pueblo, que se traducen positivamente en su Constitución, si bien no puede dejar de acercarse al proceso histórico evolutivo de los fines políticos del Estado su paso de mayor firmeza y seguridad se deja sentir en evolución lenta.

**FUNCIÓNES DEL ESTADO.**— Las funciones del Estado jurídicas, para la satisfacción de sus fines comprenden tres órdenes de actividades que surgen de las atribuciones que se derivan del principio de separación de los Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que en el sentir de

Montesquieu no se habrían inspirado en un propósito de construir una teoría jurídica, sino de referirse al sistema Constitucional Inglés, que mediante un régimen político combinado de órganos y funciones de muy laxa trayectoria histórico-política, había logrado obtener medios eficaces para garantizar y asegurar la defensa de la libertad, al que rendía de este modo un reconocido homenaje.

Si examinamos cual de los tres poderes en que se divide el sistema de Gobierno, es el que conserva mayor porción de funciones de los otros dos, encontraremos que el poder Ejecutivo por sus propias funciones, necesita disponer de la fuerza pública que en los tiempos antiguos, como en los tiempos modernos y actuales, constituye la primera razón de ser de tal desequilibrio, ya que hoy por hoy, tanto en nuestro país como en cualquier otro, las fuerzas armadas constituyen en sí un poder que periódicamente se hace presente en forma de "gobiernos de facto" con la suma de potestades o poderes que le vayan en gana.

El Poder Ejecutivo de Facto, con grande influencia sobre el área jurisdiccional, desde el momento que constituye una Corte Suprema de Justicia Nacional, que debe jurar como requisito de su acceso a la función pública, por la vigencia de dicho "Estatuto Revolucionario" que tiene primacía o aplicación preferente por sobre la propia Constitución Nacional y deja a la Carta Magna en segundo plano dentro de la escala jerárquica de aplicación de la ley.

Las funciones del Estado, son pues, Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

a).- Función Legislativa.- Es la específica del Poder Legislativo, así, es función legislativa en sentido formal, sancionar las leyes según la forma constitucional, cualquiera que sea el contenido normativo, general, objetivo, impersonal.

La norma específicamente legislativa se halla colocada para algunos autores en una distancia inmediata de la Constitución, es decir en primer grado, mientras que las funciones de administración y jurisdicción estarían colocadas en posición mediate de la Constitución o en segundo grado,

y a su vez, en posición inmediata y en primer grado la Ley. Vale decir que tanto la Administración como la Jurisdicción son para dichos autores ejecuciones inmediatas de la Legislación y mediata en segundo grado la Constitución.

c).- Función Judicial.- Son actos de naturaleza administrativa con base en la Constitución.

EL GOBIERNO.- El concepto de Gobierno difiere del de Administración y abarca diversas significaciones puesto que tanto significa la función mas elevada del Poder Ejecutivo, por encargar la dirección suprema de los asuntos de un país, como también el conjunto de órganos encargados de esa función y que también abarcaría a los tres poderes; Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pero que es costumbre denominar en los países donde existe el principio de la separación de poderes, al conjunto de representantes del Poder Ejecutivo, o que en los regimenes parlamentarios sería el Cuerpo de Ministros responsables, ante el Parlamento por oposición al Jefe de Estado. También se denomina Gobierno directo, aquél en que el pueblo cumple por sí mismo los actos o algunos de los actos de la vida estatal (votación de leyes) sin la colaboración o por medio de representantes, y sería Gobierno representativo aquél en que el pueblo confía al ejercicio de la soberanía a uno o más individuos o asambleas por lo general elegidos por equal y que decidirán y actuarán en su nombre. Y llama ríase gobierno semi directo al de solución intermedia, en el cuál la decisión de los representantes es sometida para su perfeccionamiento jurídico a la aprobación expresa del pueblo (referéndum), o se es provocada por éste (iniciativa popular).

Se dice que el Gobierno es algo del Estado y para el Estado pero que no es el Estado y que reconoce dos sentidos. Uno, funcional, en que el Gobierno sus funciones son diferenciales y específicas del Estado, vale decir es el Estado en la realización específica de su actividad funcional. Y otro Estructural, en que el Gobierno es la estructura Institucional especializada, mediante la cual el Estado, hace efectivas sus funciones es

pacíficas, una noción o idea adecuada del Gobierno abarca ambas acepciones.

Cada Estado, tiene pues su forma especial de gobierno que depende tanto de sus condiciones generales (extensión, grado de intensidad, complejidad de la vida política) como de las circunstancias del medio todo ello según las exigencias del momento y según el tipo político dominante.

Y así la forma de gobierno es la estructura que puede adoptar los órganos encargados de ejercer las funciones soberanas y del enlace mutuo con sus' deben estar trabados y relacionados entre sí.

El Gobierno es el elemento esencial de la soberanía por medio del cual se traduce en Acto, vale decir "Es el conjunto de los órganos agentes' o representantes, por medio de los cuales obra el Estado, persona moral' o jurídica cuya incapacidad natural de obrar ellos remedian. Algunos autores sostienen que es la organización o maquinaria por medio de la cual el Estado formula y ejecuta su voluntad, o como "el nombre colectivo del órgano, magistratura u organización, mediante la cual la voluntad del Estado es formulada, expresada y realizada".

Para Linera Quintana 2), el vocablo "gobierno" indica la acción y el efecto de mandar con autoridad, ordenar, dirigir y regir.

Para Duquít 3), es el conjunto de órganos directivos del Estado y hay una tendencia, que define como gobierno el cúmulo de órganos estatales que tienen a su cargo todas las funciones del Poder Estatal; en ese sentido integran el gobierno tanto el órgano ejecutivo como el parlamento y la judicatura.

En América, el Constitucionalismo de gobierno, en esto se habla en el primer sentido, en Europa, el régimen Parlamentarista se ha encargado de reservar el término "gobierno" para el poder ejecutivo, concretamente para el Gabinete, pero agrega éste autor, "que aún involucran en el concepto

2) Serra Rojas Andrés. Derecho Admvo. Ed. Porrúa 1974. p.134.

3) Serra Rojas Andrés. Derecho Admvo. Ed. Porrúa 1974. p.135.

Gobierno al ejercicio de las tres clásicas funciones del poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el núcleo gubernativo se halla en la segunda, es decir, el cuerpo minoritario a veces unipersonal que asume la conducción del Estado, la gobernación y la administración propiamente dicha.

En este sentido Gubín 4), ha podido escribir que al gobernar o administrar es función general que engloba en conjunto toda situación cualquiera que sea que llegue a requerir la intervención del poder.

En ningún estado pueda mantenerse sin un Órgano Ejecutivo, que tenga a su cargo la gobernación y la administración, mientras podría subsistir sin parlamento reuniendo la actividad legislativa en algún Órgano; en cuanto a la judicatura, algunos autores la consideran históricamente como la primera de todas las funciones ha existido durante mucho tiempo sin independencia orgánica, absorbida por otros Órganos. Todo ello nos revela que la única función que imprescindiblemente exige un Órgano propio que la asuma es el ejecutivo y que las otras, además de ser discontinuas pueden confundirse con ella. Si todo Estado requiere en ciertas oportunidades legislar y juzgar, necesita de la función típicamente gubernativa administrativa; por eso puede vivir aunque sea anormalmente, sin parlamento y sin judicatura pero no puede subsistir sin poder Ejecutivo.

#### LA ADMINISTRACIÓN COMO EQUIVALENTE A GOBIERNO.

Administrar es gobernar, y las funciones: Legislación, Jurisdicción y Ejecución son medios para esos fines.

En sentido amplio, la administración comprende toda actividad del Estado; en sentido restringido, contempla determinados aspectos de la actividad del Estado (Lato sensu) por ejemplo; administrar la Hacienda, administrar la enseñanza, administrar los servicios y yacimientos petrolíferos, etc.

#### LA ADMINISTRACIÓN COMO ACTIVIDAD SUBORDINADA A GOBIERNO.

Como señala Otto Mayer 5) ésta sería la alta dirección de aquella y Serrigny 6) es en Gobierno las escalas superiores y en la administración

4) Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo. Ed. Porrúa 1974, p.130.

5) Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo. Ed. Porrúa 1974, p.130.

6) Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo. Ed. Porrúa 1974, p.130.

las escuelas inferiores; Remón ve en el Gobierno impulsión de la sociedad política, que sería una máquina que recibe impulso de arriba. Así el Gobierno sería motor y los funcionarios de la Administración los órganos de transmisión y las piezas de la máquina.

#### ADMINISTRACIÓN Y CONSTITUCIÓN.

García Oviedo 7) dice que constitución equivale a estructura y actividad funcional, administración significa actividad teleológica, la primera es voluntad la segunda acción.

#### ADMINISTRACIÓN Y EJECUCIÓN.

García Oviedo 8) señala también a la administración como una de las actividades funcionales del Estado, que es concepto más restringido y afirma este autor que de las tres funciones del Estado, la función de ejecutar es función de administrar, indistintamente afirma se puede hablar de ejecución y Administración y agrega que como función de ejecutar ha sido considerada la obra de administrar en un sector importante de la doctrina científica. Pero existen multitud de actos ejecutivos que no lo son de administración y así señala este autor que se ejecutan las leyes civiles y mercantiles, y los actos que las aplican no son actos administrativos. A la inversa, muchos actos administrativos no implican ejecución de leyes, porque dentro de la administración hay un ámbito discrecional, necesario, ya que el Estado no podría cumplir con sus fines si limitase su actuación a dar normas y a que éstas se ejecutasen, como señala Duquít 9), a lo sumo agrega, podría acotarse a la manera de Carré de Malberg, como origen legal del poder de administrar, es decir, en que los poderes del administrador han de brotar de la Ley, y que su gestión, al menos ha de acomodarse a la legalidad general establecida. Frente a estas nuevas ideas es que rectifica el concepto de ejecución como sinónimo del de administra

7) Serra Rojas Andrés. Derecho Admvo. Ed. Porrúa 1974, p. 149.

8) Serra Rojas Andrés. Derecho Admvo. Ed. Porrúa. 1974, n. 151.

9) Serra Rojas Andrés. Derecho Admvo. Ed. Porrúa. 1974 n. 153.



ción, preferentemente al uso de éste último, sus usos más general y más común  
 orativo. Así, dentro del concepto de administración se comprenden la acti-  
 vidad ejecutiva y la actividad discrecional, como observa (Solera 10), al  
 decir que "La administración no constituye como la justicia, mera ejecu-  
 ción de la Ley, sino una actividad libre dentro del marco de las leyes.

#### ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA TÉCNICA Y JURÍDICA.

La administración como actividad ordenada a la realización de los fines  
 públicos, para no confundirlos con otros conceptos y actividades. Y así  
 Prucutti 11) dice + que la actividad administrativa para la satisfac-  
 ción de los intereses públicos se desarrollan en tres direcciones:

- 1).- Administrativa propiamente habida.
- 2).- Técnica.
- 3).- Jurídica.

La Jurídica consiste en la utilización por la administración de los medios  
 e instituciones de derecho para sus fines (contratos, concesiones, dominio  
 público, expropiación forzosa, servicio público).

La actividad Técnica implica el empleo por la administración de los recur-  
 sos de ésta índole, también al servicio de los fines del Estado. (educación,  
 enseñanza, higiene).

La actividad administrativa propiamente a la obtención y uso de los medios  
 idóneos para que el Estado satisfaga sus fines, tanto en las Ciencias jurídicas  
 como las técnicas proporcionan a la administración los medios de  
 que necesita para resolver sus problemas para la elección entre estos me-  
 dios que resultan más adecuados, es sola función de ésta. Conviene distin-  
 guir entre la actividad administrativa y la actividad técnica, Pezuela 12)  
 señala diciendo: Una cosa es la satisfacción de la necesidad social, con-  
 tenido del servicio público y etc. la acción de organizar y de gestión in-

10) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa 1974, p.154.

11) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa 1974, p.155.

12) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa 1974, p.173.

dispensable para que el servicio se constituya y se preste. Esta última es función técnica y la primera es función administrativa, por que una cosa es desempeñar o ejercer la función de enseñanza o de beneficencia (que es técnica) y otra muy distinta la de administrar esos entes institucionales colectivos.

La función administrativa objetivamente considerada presenta necesariamente un aspecto subjetivo o formal constituido por un sistema de órganos individuales o personas físicas, mediante los cuales el Estado provee al ejercicio activo de la autoridad para la satisfacción de las necesidades colectivas, preferentemente estos órganos son los del poder ejecutivo, aunque otros órganos públicos cooperan también dentro de la denominación de escala o pirámide jerárquica a la obra de la administración.

#### LOS AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

IDEA GENERAL.- Los agentes de la Administración Pública son las personas físicas o personas de existencia visible que de manera especial o general son reclutadas por elección o nombramiento de Autoridad competente, para realizar concretamente la actividad total del Estado (late sensu) que por ser persona jurídica o moral necesita apodotícticamente de su intervención, para la realización de sus fines.

Dentro de este criterio amplio estaría comprendida entre toda la masa de individuos que cumpliendo los más diversos cometidos estatales sin distinción de gobernantes, funcionarios o empleados, forman la pirámide administrativa o escala jerárquica de la Organización y funcionamiento de todos los organismos constitutivos de las diversas entidades públicas. (Estado, entidades descentralizadas administrativamente).

Dentro de esta extensión la doctrina divide a dichos agentes en funcionarios y empleados públicos, atribuyéndoles funciones de autoridad o de gestión, abarcando a aquellos a quienes se les ha conferido calidad de gobernantes, conforme a los textos constitucionales, así como también los crea-

des por la ley federal, en descentralizaciones administrativas territoriales (Municipios o Instituciones) (Entidades Antárticas en general) con subordinación al personal dependiente de funcionarios ejecutivos y directivos que ocupan la base jerárquica administrativa de todos los poderes públicos y que se representan por el nivel de la pirámide jerárquica, comenzando por la cúspide o vértice, donde se halla la autoridad máxima, hasta la base de ella, donde se va abarcando en escala descendente todo el personal humano de la administración pública del Estado, en sentido lato para abarcar a los que ejercen la función administrativa.

La doctrina francesa distingue entre los gobernadores y los funcionarios; precisamente dichos, comprendiendo entre los primeros a los que constituyen la autoridad política que aseguran la dirección superior de la Administración, por ejemplo: Presidente de la República, los ministros; los que no estarían incluidos en la denominación general o específica de agentes por cuanto están excluidos de los estatutos de personal público, con cuando por cierto comprendidos en la Constitución que es también sin duda, un estatuto político que les atribuye sus poderes, potestades, derechos y obligaciones.

**UNIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA.**— Es una de las más discutidas entre los juristas publicistas y Administrativistas. Se suele distinguir función pública de Funcionario Público. La primera constituye el Órgano -Institución- (Presidencia de la Nación, y la segunda al funcionario (Presidente de la Nación, Gobernador). La primera comprende el organismo administrativo, como que la idea de función pública se desenvuelve dentro de la teoría del Estado, mientras que el Funcionario Público es la persona física de vida temporal que ejerce la función pública, que presenta la investidura y que tiene vida temporal conforme a disposiciones jurídicas constitucionales y legales, y es mutable y cambiante.

La doctrina Italiana distingue entre los "pubblici servizi" que es en sentido lato de la función pública, y que se le confunde con los servicios

públicas. Véase 13), considera que la función pública es el género, por lo que está comprendido dentro de aquélla.

El servicio público es la materialización y concreción de la función pública, que es un concepto abstracto. La función pública se manifiesta por la voluntad del órgano institución (Presidencia de la Nación, Secretarías, que son órganos del Estado).

Mientras que el órgano individuo, el funcionario (Presidente de la Nación, Secretarías) es quien ejerce positivamente esa voluntad exteriorizándola. De allí la responsabilidad del Estado cuando el funcionario público actúa en ejercicio y, como consecuencia de la función pública que desempeña y que no ocurre cuando el mismo funcionario actúa con el carácter de persona privada.

#### NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN Y DEL EMPLEO PÚBLICOS.

A).- Doctrinas sobre la Naturaleza Jurídica de esta relación. Es una cuestión controvertida la de determinar la naturaleza jurídica de la relación que vincula al funcionario o empleado público con el Estado, que más se acentúa en los agentes que hacen profesionalidad de sus servicios y revisten el carácter de permanentes, y están comprendidos en las leyes de presupuesto en las Leyes de previsión social en los diversos estatutos de funcionarios y empleados públicos.

El vínculo jurídico pareciera girar en derredor de dos polos opuestos que van desde la exclusiva autoridad del Estado en la incorporación de los agentes a la función y empleos públicos, hasta la voluntariedad del agente en contrar un nexo jurídico pasando por situaciones intermedias, todas ellas que lejos de ser inconciliables presentan gradación de unas y otras.

B) Teorías Civilistas. Comprenden una serie de figuras jurídicas de derecho privado, es decir, contractual civil, como si fuera un derecho real.<sup>13</sup>

<sup>13</sup>) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. 1974. Gr. Porrón n.374.

así el empleo se consideraba una cosa. Este sistema presentaba formas variadas, se presentaban como un usufructo, una locación de cosas, una sociedad y hasta como un derecho hereditario.

Dentro de estas teorías civilistas o de derecho privado tenemos también otras, como la del mandato y la locación de servicios que no obstante revestir mayor consistencia jurídica que las anteriores propias de la época medieval, son también objeto de profundas críticas, ya que surge en la relación jurídica de la función y el empleo públicos, una situación de desigualdad entre las partes que por cierto no existe en las dos figuras examinadas desde el punto de vista del derecho civil. Existe sin embargo su gravitación, dado que aún se suela utilizar las expresiones "primer mandatario" al referirse al jefe de Gobierno y a todos aquéllos que reciben su designación en actos electorales; pero se observa que no se dan las relaciones propias del mandante y del mandatario. De allí que ha tomado cuerpo la doctrina de Michoud, no se observe claro el ejercicio del mandato frente al mandante.

C).- Teorías Políticas. Imperaron en el siglo XVIII en Alemania y tuvieron sus principales sostenedores en Altonachi, Von Stein, G. Meyer y Goussier (14) y se caracterizan por el carácter coactivo de ellas, es decir que la función es obligatoria, aunque remunerada, lo que la asemejaría a una "carga pública". Estas teorías en el fondo tienen también un elemento de verdad, por cuanto en el supuesto hipotético de que nadie quisiera ejercer funciones y empleos públicos, el Estado que es una persona jurídica de existencia necesaria no podría desenvolverse. Es un modo de pensar y sentir racionalista y si se quiere empirístico puesto que lo que es verdad en la idea hipotética no lo sería en la realidad social, porque los postulantes a los empleos públicos son en mayor número que los empleos o cargos mismos, de donde la oferta es siempre mayor a la demanda, salvo aquellas actividades no remuneradas, como el servicio militar obligatorio, Presidente de concilio, etc. Un ejemplo un tanto utópico es que habría tales doc

trinas sería el del Contrato social de Rousseau, como Teoría del Estado, que podría tener su vigencia y virtualidad jurídica en épocas anormales como en Estado de Guerra pero que difícilmente ocurriría en épocas normales.

D).- Teorías Mixtas. Sería una combinación de las dos anteriores, es decir, de Derecho Público y de Derecho Privado que también son desechadas por los autores modernos.

E).- Teorías del Acto Unilateral. Desarrolladas por Jaze, Tardieu y Quait 15), en que para nada figura la coacción del Estado. Se sostiene que las relaciones de la entidad pública y del empleo público, no nacen de un Contrato Civil de locación de servicios, sino de un acto de Imperio o de mando, en virtud del cual sin ningún acuerdo previo, el Estado invigta al empleado nombrado de la función pública, reglamentada por leyes, de cretos y disposiciones del superior con la marcan sus deberes, atribuciones y derechos y que constituyen en su conjunto el derecho administrativo que le es aplicable.

Se considera que las relaciones entre el Estado y sus Funcionarios, si bien son el dominio de derecho administrativo desde el instante que ellas hacen surgir un derecho creditorio entre una y otra parte, crean una relación jurídica que cae bajo el dominio de la Ley Civil cuyas disposiciones le son aplicables. Este es un principio general, dado que el derecho creditorio es un derecho de propiedad y la relación es siempre de derecho común, aún cuando la Institución sea de Derecho Administrativo. La relación de empleo público es principalmente contractual, porque para su formación requiere la manifestación de dos voluntades con convergentes a una sola y mismo fin. El Contrato es bilateral porque comporta derechos y deberes por ambas partes. Esencialmente consiste en una prestación de obra por parte del empleado y en una remuneración por parte del órgano público. Se sostuvo en la Sala Civil y Carón un fallo corriente en la "Ley" que es innegable que quien ingresa a una repartición pública como funcionario o empleado, solo contrae obligaciones y adquiere derechos con la administra

ción y ninguno de carácter contractual con sus iguales. Pero esta fallos olvida que el contrato no es contrato entre partes iguales, y que existe una (contrato de adhesión) reglamentación preexistente elaborada por el Estado. La igualdad de las partes no siempre se da en la Constitución de los contratos privados (Contrato Colectivo de Trabajo) y la desigualdad de las partes es la norma en todos los contratos administrativos entre los cuales tenemos el contrato de función pública.

F).- Teorías del Contrato de Derecho Público. Vigentes en Alemania en el siglo XIX sostenidas por Schmitzner, Laband, Jullinock 15), que consideraba a la relación que nos ocupa, como un verdadero "contrato de Vasallaje" medieval, denominado "commendation".

G).- Teoría del Contrato Bilateral. Sostenida por Petrozziello 17) en Italia, y que parece explicar mejor que las teorías del acto unilateral, ya que existe designación y aceptación. Pero Romano la critica sosteniendo que hay dos actos y no un solo acto, aspecto que sostiene Petrozziello.

H).- La Doctrina y Jurisprudencia Argentina. Ha variado desde la teoría del acto unilateral, que tuvo su gravitación en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que consideraban un acto unilateral de derecho público, no de derecho privado hasta que adoptó la posición contractual; pero de contrato de adhesión de derecho público, criterio contractual seguido por Bielsa y que es el que se mantiene hasta el presente, de manera que la función pública es entre nosotros un contrato administrativo, que aún más se acentúa por el carácter especial que adquiere esta relación frente a los estatutos de los funcionarios y empleados públicos. Se ha considerado el carácter contractual de la relación jurídica de la función y empleo públicos; ha tenido sin embargo en la Jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia, frecuentemente aplicación ya que emplea en sus pronunciamientos las expresiones "Contrato de Derecho Público" o tam-

15) Sarra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. 1974. Ed. Porrúa p.380.

17) Sarra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. 1974. Ed. Porrúa p.381.

bién "Contrato de Función Pública" como sostiene Jerez el criterio de sostener el status legal y reglamentario, por el propio Consejo de Estado en otros casos en seguimiento de la doctrina de autores franceses, se hace por considerar que esa relación jurídica, que la da una configuración unilateral por cuanto resulta de una reglamentación hecha por decretos y resoluciones ministeriales, se mantiene en existencia de una disposición legislativa que estatuya sobre este objeto de manera firme y permanente, dejando librada dicha relación o estabilidad jurídica a la suerte de que pueda ser modificada válidamente por un decreto ulterior.

#### ANTECEDENTES PATRIOS DE LA RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS.

Disposiciones de la Constitución de 1917, relacionada con la responsabilidad de funcionarios. En el artículo 61 de la Constitución de 1917, se establece que los Diputados y Senadores son inviolables por las opiniones que manifiestan en el desempeño de su cargo y que jamás podrán ser reconvenidos por ellas.

En los artículos 108 a 114 de nuestra Constitución se previene además, lo siguiente en el título denominado "De la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos".

**Artículo 108.**— Los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho y el Procurador General de la República, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo. "Los Gobernadores de los Estados y los Diputados a las Legislaturas locales, son responsables por violaciones a la Constitución y Leyes Federales".

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la Patria y delitos graves del orden común.

**Artículo 109.**— Si el delito fuere común, la Cámara de Diputados erigida



en Gran Jurado, declarará por mayoría absoluta de votos el número total de miembros que lo forman, si ha o no lugar a proceder contra el acusado. En caso negativo, no habrá lugar a ningún procedimiento ulterior. En caso afirmativo, el acusado queda, por el mismo hecho, separado de su encargo y sujeto desde luego a la acción de los Tribunales comunes, a menos que se trate del Presidente de la República; pues en tal caso, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores, como si se tratase de un delito oficial.

Artículo 110.- No gozan de fuero Constitucional los altos funcionarios de la Federación por los delitos oficiales, faltas u omisiones en que incurran en el desempeño de algún empleo, cargo o comisión pública que hayan aceptado durante el período en que conforme a la Ley se disfruta de fuero. Lo mismo sucederá respecto a los delitos comunes que cometan durante el desempeño de dicho empleo, cargo o comisión, para que la causa pueda iniciarse cuando el alto funcionario haya vuelto a ejercer sus funciones propias, deberá procederse con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 111. De los delitos oficiales conocerá el Senado erigido en Gran Jurado; pero no podrá abrir la averiguación correspondiente sin previa acusación de la Cámara de Diputados. Si la Cámara de Senadores declarase por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, después de practicar las diligencias que estime convenientes y de oír al acusado que éste culpable, quedará privado de su puesto, por virtud de tal declaración e inhabilitado para obtener otro por el tiempo que determine la Ley. Cuando el mismo hecho tuviere señalado otra pena en la Ley, el acusado quedará a disposición de las autoridades comunes para que lo juzguen y consignen con arreglo a ella. En los casos de este artículo y en los del 109, las resoluciones del Gran Jurado y la declaración, en su caso, de la Cámara de Diputados son inatacables. Se concede acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la Federación.

El Congreso de la Unión expedirá a la mayor brevedad una Ley de Responsabilidades de todos los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito Federal, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, con cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos o faltas serán siempre juzgados por un Jurado Popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo 20. El Presidente de la República podrá pedir ante la Cámara de Diputados la destitución, por mala conducta de cualquiera de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Magistrados de Circuito, de los Jueces de Distrito, de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de los jueces del orden común del Distrito Federal, en estos casos, si la Cámara de Diputados primero y la de Senadores después, declaran por mayoría absoluta de votos justificada la petición, el funcionario acusado quedará privado desde luego de su puesto. Independientemente de la responsabilidad legal en que hubiere incurrido y se procederá a nueva designación el Presidente de la República, antes de pedir a la Cámara la destitución de algún funcionario judicial, otra a éste, en lo privado, a efecto de poder apreciar en conciencia la justificación de tal solicitud.

En el artículo 112, se establece la Constitución de 1917 que pronunciada una sentencia, de responsabilidad por delitos oficiales, no puede concederse si creó la gracia del indulto, y en el 113 se previene que, "la responsabilidad por delitos y hechos oficiales sólo podrá exigirse durante el periodo en que el funcionario ejerza su encargo, y dentro de un año después", y en el 114 que, "en demandas del orden civil no hay fuero ni inmunidad para ningún funcionario público".

#### LA CONSTITUCION DE 1957.

Desde luego, el más importante antecedente de los artículos 108 y siguientes de la Constitución de 1957, son los artículos contenidos en el Título

Quarto, denominado también de la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, de la Constitución de 1857,

Es conveniente por tanto, que así como hemos transcrito los artículos respectivos de la Constitución vigente, transcribimos los artículos 103 al 105 de la Constitución política de 1857.

Estos artículos disponen lo siguiente:

Artículo 103.- Los Diputados al Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios de Despacho, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo, y por los delitos, faltas u omisiones de que incurran en el ejercicio de ese mismo encargo.

Los Gobernadores de los Estados lo son igualmente por infracciones de la Constitución y leyes Federales.

Lo es también el Presidente de la República, pero durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por los delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución, ataques a la libertad electoral y los delitos graves del orden común.

Artículo 104.- Si el delito fuere común, el Congreso orgánico en Gran Jurado de declaración mayoría absoluta de votos, si ha o no lugar a proceder contra el acusado.

En caso negativo, no habrá lugar a ningún procedimiento ulterior. En el afirmativo, el acusado queda por el mismo hecho, separado de su encargo y sujeto a la acción de los Tribunales comunes.

Artículo 105.- De los delitos oficiales conocerán al congreso como jurado de acusación y la Suprema Corte de Justicia como jurado de sentencia. El jurado de acusación tendrá por objeto declarar a mayoría absoluta de votos, si el acusado es o no culpable. Si la declaración fuere absolutoria, el funcionario continuará en el ejercicio de su encargo. Si fuere condenatorio, quedará inmediatamente separado de dicho encargo, y será puesto a disposición de la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 106.- Pronunciada una sentencia de responsabilidad de delitos

oficiales no puede concederse al reo la gracia de inculpa.

Artículo 107.-La responsabilidad de delitos y faltas oficiales sólo podrá exigirse durante el período en que el funcionario ejerza su encargo y un año después.

Artículo 108.- En demandas del orden civil, no hay fuero, ni inmunidad para ningún funcionario público.

El artículo 109, fue reformado el 13 de noviembre de 1874, en virtud de lo que se estableció el sistema bicameral en nuestra Constitución. La reforma quedó concebida en los siguientes términos:

De los delitos oficiales concurrán; la Cámara de Diputados como jurado de acusación, y la de Senadores como jurado de sentencia. El jurado de acusación tendrá por objeto declarar a mayoría absoluta de votos, si el acusado es o no culpable. Si la declaración fuera absolutoria, el funcionario continuará en el ejercicio de su encargo. Si fuera condenatoria, quedará inmediatamente separado de dicho encargo y será puesto a disposición de la Cámara de Senadores. Esta erigida en jurado de sentencia y con la asistencia del reo y del acusador, si lo hubiera, procederá a aplicar, a mayoría absoluta de votos, la pena que la ley designe.

PROCEIMIENTO A SEGUIR EN LOS SUPUESTOS DE LA COMISIÓN DE DELITOS OFICIALES.

Cuando se expidió la Ley de noviembre de 1870, no se habían expedido aún ni el Código Penal ni los Códigos Procesales, ni existía el sistema bicameral.

Tratándose de los delitos oficiales mencionados en el artículo 105 Constitucional, se disponía que la Cámara de Diputados declararía a mayoría absoluta de votos, si el acusado era o no culpable, en el primer supuesto se pondría a disposición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al acusado, a efecto que en pleno y erigida en Tribunal de sentencia, con la asistencia del reo, del Fiscal y el acusador, si lo hubiere, procediera a la aplicación, a mayoría absoluta de votos, de la pena que la Ley designe.

Lo dispuesto en el artículo 105 Constitucional no tenía aplicación positiva, antes de 1870, por cuanto no existía pena aplicable, ni definido delito alguno de carácter oficial. En la Ley de 70, como lo estudiaremos, si bien en el artículo 10, hace referencia a delitos oficiales las conductas que menciona son tan vagas, que no pueden configurar delitos propiamente dichos. Y en verdad ésta era la intención; los delitos oficiales no son propiamente tales, sino situaciones políticas que hacen factible la separación de sus cargos a los altos funcionarios que hubieran perdido la confianza del pueblo.

#### DE LOS DELITOS OFICIALES.

La ley Reglamentaria de 1896, a diferencia de la Ley de 1870, que define, o mejor dicho anuncia los mal llamados delitos oficiales no hace alusión a los mismos, pero ello se debe a que como lo vimos en el capítulo anterior, la definición de tales delitos quedó contenida en el artículo 1059 del Código Penal, que continuó vigente hasta que fue derogado por el Código de 1929, también mencionado en el Capítulo anterior; sin embargo, se ocupa de los procedimientos a seguir en los supuestos previstos en la Constitución de 57, respecto a la responsabilidad de los altos funcionarios por los delitos que llama comunes, cometidos durante el desempeño de su encargo y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, enumerados en la Ley de 1870 y en el Código de 72, por lo que se refirió a tales procedimientos, en el capítulo II, que denomina de las secciones instructoras, compuesto de cuatro artículos del 10 al 13, empieza por ordenar que en la segunda sección ordinaria del primer año, del primer período, la Gran Comisión de cada Cámara, al proponer las demás comisiones, propondrá también dos grupos de 16 individuos en la Cámara de Diputados y 10 en la Cámara de Senadores, de los que se sacaran por suerte en cada Cámara, cuatro individuos para que formen las secciones instructoras del Gran Jurado, debiendo ser presidente de cada sección, el primer nombrado y Secretario, en voto del último, los restantes sujetos designados, per-

recurrerán adscritos a la Gran Comisión, como substitutes en su caso y su nombramiento como miembro de dichas comisiones, será preferente a la de cualquier otra comisión. En los capítulos siguientes, la Ley en cuestión fija los procedimientos a seguir en los casos que prevé la Constitución de 57 en relación a la responsabilidad de los Altos Funcionarios de la Federación, o sea cuando se les imputa la Comisión de hechos delictuosos comunes, durante el desempeño de su encargo y cuando se les imputa la Comisión de los llamados Delitos oficiales en el ejercicio de su función. Delitos oficiales que, según hemos apuntado, se enumeran en la Ley de 90 y en el Código de 72.

#### DEL PROCEDIMIENTO EN LOS SUPUESTOS DE LA COMISIÓN DE DELITOS COMUNES.

En el capítulo, denominado "procedimiento en los casos de delito del orden común", equivoca el nombre, según mencionamos con anterioridad, pues la referencia debía ser "delitos comunes", y no "Delitos del orden común", para acotar la diferencia entre delitos comunes y oficiales y evitar la confusión entre "delitos del orden común" y "delitos del orden federal", útil para otros fines, como lo expresa nuestros códigos de 72, 79 y 81.

#### DEL JUICIO POLÍTICO.

Por lo que se refiere al juicio político, la Constitución de 57 otorga a la Cámara de Diputados la facultad de seguir el proceso respectivo, dejando a la Cámara de Senadores, convertida en el triente penal de Presidentes de Jurado como apunta Rabaza, y de dictar sentencia; de cualquier suerte, el sistema procesal vigente, hacia posible seguir el procedimiento señalado en la ley orgánica de 96, lo que sin embargo, no es posible ahora, a pesar de las Leyes orgánicas de 1969 y 1979, que adquirieron vigencia la Ley de 96, un franco violación, como veremos, del artículo III de la Constitución de 17.

El procedimiento señalado en la ley de 1890, se ajusta a lo dispuesto en la Constitución de 57, nunca a lo previsto en la Constitución de 17, en efecto, dispone el artículo 105 de la Constitución de 57, después de la

reforma de 1874, que tr. fundando en los delitos oficiales, concuerda la Cámara de Diputados como jurado de acusación y la de Senadores como Jurado de sentencia.

El jurado de acusación tendrá por objeto declarar, a mayoría absoluta de votos, si el acusado es o no culpable; si lo considera así, quedará separado de su encargo y puesto a disposición de la Cámara de Senadores que, erigida en Jurado de sentencia y con audiencia del reo y del acusador si lo hubiere, procederá a aplicar, a mayoría de votos, la pena que la Ley designa.

En el Capítulo IV de la Ley de 1870, denominada "procedimiento del Jurado de acusación", en el artículo 25, dispone que en los casos de acusación por responsabilidad oficial, luego que la Cámara de Diputados tenga noticia de ella, mandará pasar los documentos respectivos a la sección instructora que corresponde:

En los términos del artículo 105 de la Constitución, la sección respectiva procederá a seguir el proceso, practicando cuantas diligencias sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos y sujetándose en lo concerniente a las reglas establecidas para la instrucción en el Código vigente de procedimientos penales del Distrito Federal. I.- Hará constar, describiendo minuciosamente los caracteres y circunstancias del caso, la existencia del delito y quien sea su autor. II.- Comprobado el delito, citará inmediatamente al acusado para tomarle su declaración indagatoria, con relación al delito que se le acusa y acerca de todos los datos y circunstancias que obraren en las diligencias. III.- Concluida la declaración indagatoria, se hará saber al acusado, el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, recibidosle cuantas explicaciones fueran necesarias y advirtiéndole que puede desde ese momento nombrar una o dos personas que lo defiendan. En caso de que el procesado refusara hacer dicho nombramiento, se le nombrará defensor de oficio; hecho lo anterior, la sección instructora abrirá un término prudente, en el cual se recibirán los pruebas que el acusador y el acusado promueven y también las que la

sección juzgue necesarias y oportunas. Si con la responsabilidad oficial, apareciere la de algún delito común, la sección instructora, después de practicar las diligencias especiales relativas a éste último, formulará su dictamen con dos proposiciones, una que corresponda al delito oficial y otra al delito común, con lo que concierne en cada caso, terminado el dictamen que corresponda, la sección instructora lo entregará a las Secretarías de la Cámara y recibido, el Presidente de la Cámara anunciará que debe erigirse en jurado de acusación al siguiente día, lo que hará saber por la Secretaría al acusador y al acusado para que estos se presenten por sí o por medio de apoderado o defensor respectivamente, a alegar lo que conviniera según derecho.

Finalmente en la Ley de 96, se estableció que los veredictos de los jurados de acusación y sentencia, son irrevocables y a los condenados por responsabilidad oficial no se les concederá la gracia del indulto.

#### DEL TÍTULO SEGUNDO. DE LOS DELITOS OFICIALES.

En el Título segundo, denominado "de los delitos y faltas oficiales", en el capítulo I, intitulado "De los altos funcionarios de la Federación, de los Gobernadores de los Estados y de los Diputados de las legislaturas locales".

En el artículo 13, hace referencia a los delitos de altos funcionarios de la Federación, mencionados en el artículo 20. de la Ley, delitos que son los mismos, señalados en las Leyes de Juárez y Código de 1871 y 1929, o sea:

- I.- El ataque a las Instituciones democráticas.
- II.- El ataque a la forma de Gobierno Republicano, Representativo Federal.
- III.- El ataque a la libertad de sufragio.
- IV.- La usurpación de atribuciones.
- V.- La violación de las garantías individuales.
- VI.- Cualquiera infracción a la Constitución o a las Leyes Federales, cuando causen perjuicios graves a la Federación o a uno o varios Estados



de la misma, o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones.

VII.- Las omisiones de carácter grave en los términos de la fracción anterior.

Se reafirma en este artículo 13, la distinción de las responsabilidades de los altos funcionarios por los delitos comunes cometidos durante el desempeño de su encargo y los delitos oficiales cometidos en el desempeño de su cargo, tal como se estableció en la Constitución de 57.

En el artículo 14 hace referencia a la responsabilidad de los Gobernadores y Diputados a las Legislaturas locales "como auxiliares de la Federación", por las violaciones a la Constitución y leyes Federales.

La Ley de 39 se ajustó, por lo que se refiere a estos funcionarios, estrictamente a lo previsto en la Constitución, como debía ser y, además respetando el pacto federal, trató de assimilar a los Gobernadores y Legislaturas locales, a los demás funcionarios federales.

ANTE QUIEN PROCEDE LA ACUSACION EN CONTRA DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS.

De acuerdo con la Constitución de 57, los Códigos de Procedimientos penales de 1880 y 94 y la Ley orgánica de responsabilidades de 96, según vimos, se formulaban las acusaciones en contra de cualquier ciudadano, Funcionario Público, ante los Jueces Penales y ante la Cámara de Diputados por lo que toca a los Altos Funcionarios.

Después de 17, la acusación sólo puede presentarse ante el Ministerio Público, así que, al copiar la Ley de Responsabilidades de 39, la Ley de 96 constituyó una grave e inculpicable confusión, aún cuando reconocemos que ésta es propiciada por el párrafo tercero del artículo III que debió regular la Ley de 39, por cuanto este párrafo dice: "Se concede acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes u oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación", este párrafo debió regularlo la Ley de 39, dadas las nuevas condiciones que se derivaban de la Constitución de 17 y no copiar servilmente una Ley que no podía aplicarse

por los cambios substanciales derivados de los preceptos aprobados de nuestra Carta Magna.

#### EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

Hasta antes de la Constitución de 17, los Jueces tenían como función dirigir la instrucción penal, buscar y reunir pruebas, mandar aprehender a los presuntos responsables y dirigir a la Policía Judicial, función que cambió radicalmente a partir de 1917, como lo destacó claramente, en la sesión en que se votó el artículo 21 Constitucional, el Diputado Macías, el cual expresó que: "el objeto que persegue el C. Primer Jefe en su proyecto, es quitar a la Autoridad Judicial la persecución y averiguación de los delitos para que quede única y exclusivamente a cargo del Ministerio Público", es indudable que éstas palabras unidas a las que usa el primer Jefe en su proyecto y en la exposición de motivos del artículo 21, impiden se sigan buscando cualquier otra interpretación, que no sea la de que el precepto en cuestión, vino a romper con el sistema de atribuciones tradicionales de los Jefes, basadas en la Constitución de 57 y en los Códigos procesales de 1880 y 1894.

#### INTERPRETACION DEL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL POR LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que, el único Titular de la acción penal es el Ministerio Público, y a él corresponde exclusivamente su ejercicio. Dentro de este contexto, se han formulado las distintas leyes orgánicas del Ministerio Público. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido la siguiente jurisprudencia: "Acción Penal.- Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público, de manera que, cuando él no ejerza esa acción no hay base para el procedimiento y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 Constitucional".

Tomo VII	Revueita Rafael . . . . .	262'
	Téllez, Ricardo . . . . .	1603'
Tomo XI	Hernández, Trinidad . . . . .	167'
	Sojas, José A. . . . .	567'
	Carrillo, Daniel y cons. . . . .	529'

En consecuencia, la interpretación que de la Ley de 39, de la Constitución de 17, por lo que toca a la responsabilidad de los Funcionarios, no responde a las ideas de los Constituyentes sobre la organización de la Justicia, ni es posible que al Funcionario desahogado se le ponga a disposición del Juez, sin que previamente se haya llevado a cabo la investigación por el Ministerio Público.

#### EL ARTICULO 109 CONSTITUCIONAL.

La resolución de la Cámara de Diputados no es una sentencia sino que es una simple medida, mediante la cual se separa del cargo, provisionalmente, al alto funcionario, a efecto de que se le pueda seguir el procedimiento respectivo ante los Tribunales, lo que significa que ningún tribunal, actualmente, pueda tener intervención sin que, previamente, de acuerdo con nuestro sistema Constitucional, se haya investigado la Comisión del delito y ejercitado la acción penal por el Representante social y que en los términos del artículo 16 Constitucional, se haya solicitado la orden de aprehensión, y ésta se haya despachado por el Tribunal competente.

#### FAULTADES CONCEDIDAS A LA CÁMARA DE DIPUTADOS EN LOS TERMINOS DE LOS ARTICULOS 109 Y 74, FRACCIÓN V DE LA CONSTITUCION DE 1917.

Constitucionalmente, por lo que se refiere a la facultad que los artículos 109 y 74, fracción V dan a la Cámara de Diputados ésta, en mi opinión se dobla, la primera de carácter político y la segunda jurídica. La Cámara de Diputados está facultada para estudiar e investigar a los elementos que tuvieron en cuenta el Ministerio Público para ejercitar la acción penal y pedir la orden de aprehensión, y el juez para despacharla, estas o no fundadas.

En los términos del Código de Procedimientos penales de 1830, la facultad de declarar que un hecho está considerado por la ley como delito, corresponde únicamente a los Tribunales de Justicia. A los mismos toca también de una manera exclusiva declarar la inocencia o la culpabilidad de las personas acusadas por algún delito y aplicar las penas que la ley impone. Al Ministerio Público corresponde perseguir y acusar ante los Tribunales a los autores, cómplices y encubridores de los delitos que se cometen. El Código procesal de 1894, introdujo algunas reformas, pero conservó, como al Código de 30, el sistema Francés, en el sentido de que la policía Judicial tenía por objeto la investigación de los delitos, la reunión de las pruebas, el descubrimiento de los autores y partícipes, para dar paso en todo caso del Juez.

**LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y LA POSIBILIDAD DE QUE INVESTIGUE LOS DELITOS COMUNES, EN LOS TÉRMINOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917.**

Como el maestro Ceniceros, todos nuestros ponelistas han precisado las diferencias entre el proceso penal de 1857 y de 1917; González Bustamante, Gracia Ramírez Silva, Julio Acero, etc., y de estas diferencias podemos afirmar que la Cámara de Diputados, a partir de 1917, no está facultada para investigar los delitos imputados a un alto funcionario, desahorarlo y ponerlo a disposición del juez competente, por la sencilla razón de que a partir de 1917, el ejercicio de la acción penal corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público.

Las facultades de la Cámara de Diputados, en relación a los delitos comunes de los altos funcionarios, las hemos puntualizado y para no dejar ninguna duda al respecto a la diferencia entre los dos sistemas, es decir, el procedimiento anterior a 1917 y el posterior, una vez que se aceptó lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional, transcribiremos algunos de los debates de los constituyentes, que aclaran la diferencia entre estos dos sistemas y nos explican el porqué se desechó el anterior y se propuso el que nos rige.

### IMPORTANCIA Y PRIORIDAD DEL JUICIO POLITICO.

La Constitución de 1917, según vimos, dispone que los delitos oficiales se conocerán al Senado, erigido en Gran Jurado, para que no podrá abrir la averiguación correspondiente sin previa acusación de la Cámara de Diputados, si la Cámara de Senadores declarase por mayoría de los dos terceras partes del total de sus miembros, después de practicar las diligencias que estime convenientes y de oír al acusado, que este es culpable, quedará privado de su puesto por virtud de tal declaración e inhabilitado para obtener otro por el tiempo que determine la Ley.

El artículo III de la Constitución acepta y regula lo que se ha denominado en el Derecho extranjero el juicio político que precede en nuestro país, única y exclusivamente en contra de los altos funcionarios que han perdido la confianza del pueblo además corrige este artículo los errores a que hace alusión Don Emilio Rabasa, atento a lo que expresamos en el capítulo IV, en relación al artículo 105 de la Constitución de 1857, antecedente inmediato del artículo que comentamos en este capítulo.

El juicio político sostiene el tratadista Argentino Lineros (Quintana 18), es un procedimiento solemne, de carácter esencialmente político, que inicia la Cámara de Diputados y por el cual ésta acusa ante el Senado como Tribunal a determinados funcionarios públicos por las causas que se especifican taxativamente en la Constitución, con la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad política de los mismos. El juicio político reconoce como antecedentes mediatos al impeachment inglés y al juicio de residencia de nuestra época colonial, aún cuando ofrece notables diferencias con uno y otro, y como antecedentes inmediatos al impeachment establecido por la Constitución Norteamericana y las Constituciones de 1919 y 1825 (Argentinas).

## NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO POLITICO.

Por lo que se refiere al juicio político, que no tiene, en mi opinión, absolutamente nada de judicial, vamos a tratar de precisar cuál es su naturaleza jurídica.

El maestro Tena 19) afirma que la Constitución considerada como respuesta de toda clase de delitos y faltas a los funcionarios públicos, incluyendo dentro del principio de la igualdad ante la ley.

A pesar de ello, nuestro sistema constitucional ha querido, que durante el tiempo del desempeño de sus funciones algunos de dichos funcionarios no pueden ser perseguidos por los actos propios que cometen, a menos que previamente lo autorice la Cámara de Diputados.

Este sistema no reconoce la impunidad de los altos funcionarios, únicos que gozan de fuero, sino que establece un régimen de inmunidad durante el tiempo de su encargo.

Lo referente al fuero -licencia o ante juicio, tratándose de delitos comunes y su naturaleza jurídica, lo estudiamos en capítulos anteriores, al fuero constitucional en cuanto a su naturaleza, totalmente distinta al fuero- licencia, es ajeno a la actividad judicial, ya que gira sobre hechos no delictuosos, y concluye con la separación y la inhabilitación, en su caso, del alto funcionario que ha perdido la confianza pública; es por ello que tiene una naturaleza jurídica totalmente distinta de aquella que estudiamos en relación con los delitos del orden común.

Tratándose de hechos delictuosos comunes, es el juez federal o el juez del orden común al que compete, una vez que la Cámara de Diputados de la aprobación de detener, de ejercitar la acción penal, dice la Ley orgánica del Congreso de la Unión, en tratándose de los delitos oficiales, afirma Tena, la narración constitucional es del todo diversa; hechos imputados, procedimientos, resoluciones y tribunal.

19) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. 1974 Ed. Porrúa 2.352

EL LEGISLADOR ORDINARIO PUEDE CONSTITUCIONALMENTE ENTENDER EL JUICIO POLITICO A TODOS LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS FEDERALES Y DEL DISTRITO FEDERAL.

En primer lugar, ¿Constitucionalmente es posible que el legislador ordinario extienda a todos los funcionarios y empleados el juicio político previsto en la Constitución, en principio sólo para los altos funcionarios?, afirmamos que no, ya que la Constitución estableció tan sólo esta clase de juicios políticos, no judiciales, de naturaleza sui generis, para una sola clase de funcionarios, los altos funcionarios políticos, y así lo determinó expresamente el artículo III de la Constitución en el párrafo primero, al establecer que "de los altos funcionarios conocerá el Senado erigido en Gran Jurado; pero no podrá abrir la averiguación correspondiente sin previa acusación de la Cámara de Diputados. Si la Cámara de Senadores declarase, por mayoría de las dos terceras partes, del total de sus miembros, después de practicar las diligencias que estime convenientes y de oír al acusado, que éste es culpable, quedará privado de su sueldo, por virtud de tal declaración e inhabilitado para obtener otro por el tiempo que determine la ley".

Y en el párrafo segundo agregó que "cuando el mismo hecho tuviere señalada otra pena en la Ley, el acusado quedará a disposición de las autoridades competentes para que lo juzguen y castiguen con arreglo a ella".

En estas disposiciones, como vemos, nuestra Constitución contra la naturaleza del juicio político, que solamente se puede seguir en contra de los altos funcionarios.

Ciertamente, el Dr. Lora había sostenido, siguiendo el ejemplo de la Constitución de Norteamérica, que la Cámara de Diputados tenía derecho de acusar a todos los funcionarios públicos de la Federación y a los Gobernadores de los Estados, por los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas, acusación que debería hacerse precisamente ante el Senado de la Unión, al cual le debía pertenecer a ningún funcionario,

sino en el caso de denuncia de la Cámara de Diputados, - para que el juicio del Senado sería de gravedad y discrecional, limitándose en el fallo a declarar sobre la habilidad o inhabilidad del acusado para desempeñar los puestos públicos o quedar privado del derecho de ocuparlos.

Los que fueron condenados en el Senado, sostiene el Sr. Lugo, quedarían sujetos a juicio y castigo, conforme a las leyes ante Tribunales ordinarios, si los hechos que motivaron su acusación tuvieran el carácter de delitos.

En la intervención del Sr. y Diputado González Rubio, en la discusión de la Ley de la Cámara de Diputados, sostuvo y con razón que los delitos oficiales y políticos, no son tales, y que si en las leyes se hablaba de delitos, es porque así lo mencionaba la Constitución, pero que no eran tales, ya que no traen penas ni sanciones, sino que únicamente se limita a la destitución, "la terminología de la ley, dice, es penal y no se adapta pero, por el problema constitucional hubiera habido necesidad de hacer la reforma constitucional muchísima más laboriosa, y que no tendría porqué". Y agrega que: "En un juicio político que se siguió en los Estados Unidos de Norteamérica el Justice Douglas, el Diputado Gerald Ford sustentó la tesis de que para sorpresa de todos ustedes, delito político debería hacer lo que el Senado de los Estados Unidos determinara".

En verdad, éste delito político, como lo sostuvimos, que no es tal, no tiene otra finalidad que separar de su cargo al funcionario que ha perdido la confianza e inhabilitado para desempeñar otro puesto público.

En consecuencia, el único órgano que puede resolver sobre los delitos políticos, es el Senado de la República, y así lo consideró nuestra Constitución, que limitó la intervención de éste órgano político a ciertos funcionarios.

Claro está que la Constitución se puede reformar y dar la intervención como en los Estados Unidos, al Senado para seguir el juicio político en contra de todos los funcionarios, no en contra de los empleados, porque, re-



petimos, ni tienen imperio, ni ejercen ninguna función, como veremos posteriormente, pero ¿Será el camino más fácil como afirma González Rubio, el de violar la Constitución que reformarla?

En nuestras constituciones se consideró que los mal llamados delitos de los altos funcionarios no era delitos penales, sino que tenían como única finalidad destruir al Alto funcionario que había perdido la confianza e inhabilitarlo, pero que si los hechos que daban lugar al juicio político, eran además típicos y tenían señalada pena o sanción criminal, una vez destituidos del cargo y sin gozar ya de fuero como cualquier ciudadano quedaban a disposición de las autoridades judiciales y ésto es el sentir y la interpretación que se ha dado a nuestros preceptos Constitucionales, que no admite al que se siga un juicio por hechos que no están tipificados ante el poder judicial y lo que es más grave, que se pretenda que si el hecho constituye un delito común, deja de ser un delito oficial, lo que jamás pensaron nuestros constituyentes, o los que ha venido a correr una ley secundaria.

En resumen, de acuerdo con la Constitución de 17, existen dos tipos de delitos oficiales:

- a).- Los de los altos funcionarios de la Federación, delitos políticos o mejor dicho, situaciones políticas, como hemos sostenido, o delitos de la opinión, de la conciencia pública, en que incurrían los citados altos funcionarios en el desempeño de sus funciones y que dan lugar a la separación de su encargo y a la inhabilitación, en su caso y de los que debe conocer el Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Diputados, delitos oficiales que no están definidos, ni tipificados, pero que si tienen señalada, además una pena o sanción criminal una vez que se le separa del cargo, se le somete a la acción de los Tribunales comunes para que se les juzgue conforme a la Ley V.
- b).- Los delitos oficiales tipificados, penales de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, de los que deben conocer las autoridades judiciales.

Estos delitos oficiales, penales, de todos los funcionarios y empleados, son los actos y omisiones que pueden redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho los que deben ser juzgados siempre por un jurado popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo 20.

El legislador de 79, derogó torpemente todos los delitos tipificados en el artículo 18 de la Ley de 39, y enmendado, según se afirma, en el principio de la igualdad ante la Ley, estableció como delitos oficiales de todos los funcionarios y empleados los supuestos delitos oficiales que desde el año de 1870 se habían denunciado, no tipificando para los altos funcionarios, pero desigualmente estableció dos procedimientos a seguir; uno político que ante órganos políticos y por actives políticos ante el Congreso, son los fallos y equivocaciones a las que hemos referido en el capítulo anterior; y otro, que se sostuvo era también político, en contra de los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, pero que debía seguirse ante el Poder Judicial y sometida al Jurado popular.

Los mal llevados, según reconoce el Sr. González Rubio, delitos oficiales o políticos, de la competencia del Senado de la República, deben ser resueltos con criterio político o, en otros términos, los órganos políticos no quedan sujetos a los institutos que al derecho penal ha venido abarcando a través de los años, es decir, para el Senado son diferentes problemas de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad.

Si constitucionalmente los delitos son comunes, se les seguirá al alto funcionario el proceso respectivo y se le dictará sentencia de acuerdo con los preceptos que acerca los códigos de procedimientos, Federal o Locales, pero si el delito es oficial es decir, si los actos u omisiones de cualquier funcionario o empleado, alto o no (al artículo III dice de todos) que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho y que estén debidamente tipificados, el proceso deberá seguirse ante el Juez del Orden Común, y terminada la instrucción debe

poner el caso al Jurado popular, en los términos establecidos por la Constitución que establece que tratándose de delitos oficiales de todos los funcionarios, se deberán juzgar siempre por un jurado popular.

Ahora bien, ya vimos que la Ley de 39 interpretó equivocadamente la Constitución de 17, por lo que hubiere resultado más sencillo reformar la Ley, y de acuerdo con dichas reformas suprimir la distinción que indebidamente se fijó en la Ley de 39.

Pero, ya lo vimos, a pesar de que esta progonando la igualdad ante la Ley de todos los Funcionarios y Empleados, desigualmente se siguen haciendo procedimientos y manifiestamente, como lo veremos posteriormente, el procedimiento que se fija a los demás funcionarios y empleados, procedimiento judicial, es inconstitucional, por violar el artículo 14 de la Constitución, a pesar de los argumentos del Dr. González Rubio.

Por otra parte, en este procedimiento judicial deben seguirse y aplicarse todos los Institutos del derecho penal, como tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, aspectos negativos, problema relacionado con participación, tentativa, etc., creando una situación extraordinariamente confusa con anterioridad, está rompiendo con la sistematización constitucional, al señalar que si los delitos son comunes desaparece el delito oficial, cuando la Constitución previene que el delito oficial no tiene otra finalidad que sumorder e inhabilitar al culpable, que una vez destituido queda a disposición de las autoridades del orden común, si los hechos que se le imputan son además típicos.

**ES POSIBLE EXIGIR ESA RESPONSABILIDAD A TODOS LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.**

Pero independientemente de que se haya extendido la responsabilidad política de los altos funcionarios, a todos los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, es posible exigir responsabilidad política a dichos empleados y funcionarios.

Don Fernando Saez Maléndaz 20), en su aportación a los estudios y soluciones de la planeación administrativa en México, al referirse a las relaciones entre la procuración de la justicia y el régimen de sanciones y responsabilidad dentro del contexto del derecho administrativo, afirma que "ha sido tradicional en México, dentro del derecho administrativo, considerar sanciones y exigir responsabilidades por delitos oficiales de los altos funcionarios de la Federación".

Anteriormente se encontraba ya fundamentado durante la vigencia de la Constitución de 1857. La Carta Magna de 1857 consigna en sus artículos 103 a 114, las responsabilidades derivadas de delitos oficiales y la promulgación de la Ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, y del Distrito Federal, hecha por el General Lázaro Cárdenas que patentiza la preocupación en torno al honesto ejercicio de las funciones públicas.

La preocupación del C. Presidente de la República de disponer de un instrumento legal, acorde a los reclamos de la justicia del momento actual, culmina con la promulgación de la Ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal y de los altos funcionarios de los Estados.

La Ley en vigor, incorpora el principio general de derecho de otorgar idéntico tratamiento a los supuestos de una misma relación jurídica, garantizándoles igualdad ante la Ley, así desaparece el distingo que establecía la citada Ley de 1940 entre los delitos de los altos funcionarios de la Federación y los demás funcionarios y empleados. Asimismo, distingo que los delitos oficiales de los establecidos en otras codificaciones cuando deben ser considerados delitos comunes.

Los delitos oficiales a que se refiere el artículo 36, son delitos sui generis, políticos, no penales, y si esto es así, no la comprende

que partiendo de una supuesta o idéntica relación jurídica, se pretenda otorgar a todos los servidores públicos idéntico tratamiento en materia de responsabilidad; los servidores públicos, de acuerdo con la Ley respectiva se dividen en dos grandes grupos, de confianza y de base "Artículo 4o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B) del artículo 123 Constitucional".

En el artículo 5o. se hace una extensa enumeración de los servidores públicos a quienes deba reputarse como trabajadores de confianza; además en la Ley para el control por parte del Gobierno Federal de los Organismos descentralizados y empresas de participación estatal, se dictan distintas disposiciones relativas a las relaciones obrero patronales entre dichos organismos y su personal, y en varias de esas leyes especiales se establecen regímenes distintos en cuanto a dichas relaciones.

Por otra parte, en el artículo 6o. de la Ley de los Trabajadores antes mencionada, se previene que son de base e inenovables los trabajadores no incluidos en la lista de trabajadores de confianza, o que al consideraran como tales, en los términos de la fracción XIV del apartado B) del artículo 123 Constitucional que a la letra dice:

"XIV.- La Ley determinará los cargos que serán considerados de confianza, las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social". Además, los trabajadores públicos, la burocracia en general, se subdividen en grandes grupos, aún de los que hemos señalado entre trabajadores de confianza y de base, y cada uno de estos grupos tiene características distintas, que los diferencian profunda y radicalmente.

Desde luego, el servidor de confianza, en los términos del artículo 6o. que hemos citado, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, es aquel cuyo nombramiento o ejercicio requiere la aprobación expresa del Presidente de la República y que pueda ser removido libremente, por lo cual se diferencia del servidor de base, cuyo nombramiento no

requiere la aprobación expresa del Presidente y que no podrá ser renovado en ningún caso, con excepción de los nuevos que marca la Ley.

El Maestro Serra Rojas 21), en su Derecho Administrativo, afirma que "en nuestro país los Funcionarios y Empleados que colaboran con el Estado, están sometidos a regímenes diversos según el órgano en que prestan sus servicios, ya sea el Gobierno Federal, con cargo al presupuesto general de Egresos de la Federación, en un organismo descentralizado, en una Institución Nacional de Crédito o en una empresa de participación estatal". Los Trabajadores al Servicio del Estado se pueden clasificar en los siguientes grupos:

Primer grupo: Trabajadores sometidos a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y Trabajadores sometidos a la Ley Federal del Trabajo.

Segundo grupo: Trabajadores de base y trabajadores de confianza.

Tercer grupo: Trabajadores definitivo, interino, provisional, por obra determinada o al tiempo fijo.

Cuarto grupo: Trabajadores con nombramiento, a listas de raya y trabajadores por contrato.

Quinto grupo: Trabajadores de presupuesto fijo y trabajadores supernumerarios.

Sexto grupo: Trabajadores de presupuesto fijo y trabajadores supernumerarios, Autorizados y órganos auxiliares. Las distintas categorías de los Servidores Públicos, nos plantean desde luego la interrogante, ¿A quiénes se aplica la Ley de Responsabilidades? ¿A qué supuestos iguales de relación jurídica se refiere la nueva Ley de Responsabilidades? ¿A todos los Servidores Públicos, están o no sometidos a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado? ¿Son Servidores Públicos los Ferrocarrileros, Petroleros, los Electricistas, Telefonistas, los Traba-

21) Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. p. 394, Ed. Porrúa México, 1974.

Jederos de Alcos Hornos, Líbero Cárcenas, Fundidora de Monterrey, etc. etc., ¿qué diferencia tienen, no desde el punto de vista laboral, sino Comisión Nacional de Valores, etc.? ¿Se trata de imponer un idéntico tratamiento a sujetos de una misma relación jurídica?

¿Puede con servidores públicos, peligrosamente los poderes aplicar a todos la Ley de Responsabilidades.

Es posible tratar como sujetos de una misma relación jurídica y someter a tratamiento político al peón caminero, al empleado de limpieza, al chofer, a la taquígrafas, etc. etc., a los empleados y funcionarios de las empresas descentralizadas, a los de participación estatal, a los trabajadores de las empresas del Estado, ¿qué peligrosa vía para la libertad se están abriendo?

Después de las diferencias que señala la Ley entre servidores públicos de confianza y servidores de base, inamovibles éstos y removibles los primeros, otra de las más importantes diferencias entre los servidores públicos, es sin duda la de funcionarios y empleados, que inclusive rigen nuestras leyes. La Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados, es posible que los empleados públicos sean sujetos de responsabilidades políticas, que supone el ejercicio de una función.

Para el Maestro Serra Rojas (22), el Funcionario es el que ejerce las atribuciones esenciales del Estado, que implican soberanía o imperio. El Funcionario Público se caracteriza por expresar o participar en la formación y ejecución de la voluntad estatal, decidiendo y llevando a cabo sus determinaciones por su carácter representativo el participar en los actos públicos, por no recibir en algunas legislaciones una retribución, y por ejecutar las disposiciones legales especiales de sus investiduras.

El concepto de funcionario alude:

22) Serra Rojas Andrés. Derecho Admvo. 1974, Ed. Porrúa. p. 368.

- 1.- Una designación legal.
- 2.- El carácter de permanencia.
- 3.- El ejercicio de la función pública que le da poderes propios.
- 4.- Su carácter representativo.

Por contra, el empleo público se caracteriza por no tener una atribución especial designada en la Ley, y sólo colaborar en la realización de la función, por éstas circunstancias.

- a).- Por su incorporación voluntaria a la organización pública.
- b).- Por no participar en la formación o ejecución de la voluntad pública, por no tener carácter representativo. Por hacer del ejercicio de la función pública su medio habitual de vida, su actividad fundamental y su carrera, por ser siempre retribuidos, por tener carácter contractual en su relación con el Estado.

La opinión de los Juristas Americanos, decíamos, se inclina por considerar los llamados crímenes políticos, como violaciones a la confianza depositada en los funcionarios, y en el capítulo XV precisamos que el buen juicio de los americanos había limitado en forma importante las acusaciones presentadas en contra de funcionarios, generalmente altos funcionarios de la Administración de Justicia, ya que el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, tenía la más alta facultad para remover a todos los funcionarios, sin necesidad de que previamente fueran sometidos al juicio político.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica sirvió de modelo, según opinión de numerosos autores, para nuestras constituciones y las de otros países de América, con las diferencias normales a nuestros diversos modos de ser, se han seguido sistemas distintos, pero parecidos, según lo hemos señalado en capítulos anteriores, y nosotros mismos, hasta la vigencia de la Ley de 73, que es la primera, que ya asigna, haciendo la responsabilidad política que se atribuye a los altos funcionarios, a los empleados y obreros, al somos lógicos de las empresas contra



lizadas o descentralizadas, que no realizan funciones y que carecen de imperio.

Una aún, de acuerdo con el sistema mexicano, constitucionalmente vigente desde 1837, ningún juez ordinario podía conocer de los delitos políticos, ni total ni parcialmente, ni durante el ejercicio de la función, ni después.

Resulta, por tanto, que no tiene sentido exigir responsabilidad política a los Funcionarios que no se encuentran específicamente mencionados en el artículo 108, y menos aún a los empleados públicos ya que, sólo los altos funcionarios son los que tienen reservadas las más altas funciones y sobre los cuales debe exigirse la acción política, acorde con las circunstancias que priven en un momento determinado, y en beneficio de la estabilidad del Estado.

Es tan infundado el propósito de exigir responsabilidad política a todos los Funcionarios y Empleados, que inclusive la nueva ley ha establecido un procedimiento a seguir en relación a los altos funcionarios, y otro procedimiento para los demás funcionarios y empleados, pues si se trata, al decir de los redactores de la Ley, de que a una misma función deba corresponder igual tratamiento, o bien, haciendo las reformas pertinentes, debió haberse establecido que el Senado era el único competente para conocer de todos los hechos y omisiones políticos, o el jurado popular, en los términos del párrafo quinto del artículo III de la Constitución.

#### ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO CIVIL.

DIFERENCIAS.- La distinción entre acto administrativo y acto civil puede hacerse desde distintos puntos de vista, para algunos la diferencia suele hallarse en la causa del acto. Así en el acto civil la causa tiene un fin económico, de incremento patrimonial, en los administrativos la cau-

sa se funda en fines políticos, sociales, de interés público en general; se ha criticado esta teoría diciendo que ciertos actos públicos, los relativos a la actividad fiscal de la Administración tienen un contenido económico. Por lo demás, en la gestión del servicio público pueden realizarse actos de carácter privado. Se señala que el acto JURIDICO PRIVADO está regido por el principio de la autonomía de la voluntad sobre toda relación jurídica que no contrarie la Ley. El acto administrativo por el contrario debe estar siempre basado en la ley y la autoridad administrativa no puede querer sino lo que la ley le permita y en la medida en que ella lo permita. Otra diferencia entre el acto privado y el acto administrativo es la relativa a la ejecución. El particular no puede proceder a la ejecución de su acto, salvo en el caso de estar requisitado, es decir, de un órgano jurisdiccional que haya reconocido su derecho; por el contrario el acto administrativo desde que nace tiene fuerza ejecutoria, la que da a la administración la facultad de proceder por acción directa. Este privilegio de la administración está justificado por el hecho de que ella posee el poder público, que le da la posibilidad de realizar sus decisiones en el mundo material, recurriendo si fuere necesario a la fuerza el contralor jurisdiccional viene a posteriori.

#### DE LA CLASIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Los actos administrativos pueden ser clasificados desde distinto punto de vista. Stassinopoulos 23), señala que en la doctrina alemana se clasifican los actos administrativos en dos grandes categorías: Las constituciones y los actos jurídicos propiamente dichos. Estos últimos se dividen en decisiones y actos ordinarios.

23) El Acto Administrativo.- Dfca María Manuel, Tipográfica, Editora Argentina.

Este método sigue las etapas psicológicas de la voluntad humana a la que corresponden los actos jurídicos en general. El hombre toma en principio conocimiento de los hechos exteriores procede luego a apreciarlos y llega a la formación de una voluntad y de la declaración el proceso de los órganos sean administrativos o jurisdiccionales sigue las mismas etapas y consecuencias, todo acto de un órgano del estado corresponde necesariamente a una de las etapas precitadas.

10. AGENTACION de declaraciones, como la inscripción de una declaración de nacimiento o de matrimonio en un registro de estado civil.

20. JUICIOS o CONSTATACIONES de ciertas situaciones materiales.

30. OPERACIONES DE GOBIERNO, conducentes a la formación y la conclusión de la apreciación. Las operaciones están divididas en operaciones propiamente dichas en sentido estricto y en actos jurídicos, creando y aboliendo derechos u obligaciones. Los actos jurídicos son revocables e irrevocables. Otra teoría admite la clasificación de los actos en internos que valen únicamente para los órganos del Estado y actos externos que se subdividen así:

10. Actos referentes a las relaciones con otros estados.

20. Actos que se refieren a las relaciones pecuniarias.

30. Actos referentes al ejercicio del poder público.

Se clasifican también en actos que no producen efectos jurídicos como certificaciones, notificaciones, etc., y actos que producen efectos jurídicos, dividiéndose éstos últimos en actos negativos y positivos.

Los actos positivos se dividen en 4 grupos: CONSTATACIONES, ACTOS CREATORES DE DERECHO, ACTOS QUE MODIFICAN LOS DERECHOS Y ACTOS que llevan a la abolición de los derechos. Se distinguen también en la doctrina alguna en los actos declarativos y constitutivos. Esta distinción se basa en el hecho que los órganos administrativos proceden, en el ejercicio de sus funciones, a la creación de una situación nueva en las relaciones jurídicas y forman entonces los actos constitutivos. Otras veces realizan una

simple constatación o reconocimiento de una situación preexistente.

#### ACTOS DE AUTORIDAD Y DE GESTIÓN PÚBLICA.

Jaze 24) enseña que a fines del siglo XIX, tras ideas fundamentales dono minaban el derecho administrativo Frances y era Laferriere, quien les ha bía concretado. Esas ideas eran las siguientes:

- 1).- La distinción de los actos administrativos en actos de autoridad o de potencia público y actos de gestión.
- 2).- El principio de la irrefrenabilidad del Est. de como soberano reali zando actos de potencia pública.
- 3).- El principio de la independencia de la administración activa res ' pecto de los Tribunales, no sólo judiciales sino también los administra' tivos.

En los actos de Imperio, el estado proceda autoritariamente Jura imperiu procediéndose al efecto querido por su propio impulso, por decisión de ' su voluntad. En los actos de gestión, el Estado discute con los particu' lares en el mismo plano y su voluntad solamente surte efecto con el con' curso de voluntad contraria. Por ello se suele llamar a los actos de Im' perio, actos unilaterales, y a los de gestión contractuales.

Bielsa 25), sostiene que la distinción entre actos de autoridad y de ges tión no derivan de la diferencia de la naturaleza y de la actividad del Estado ni de la doble personalidad. Quiere decir entonces que ni la acti vidad pública, supone necesariamente actos de imperio y la privada actos de gestión, ni tampoco son siempre actos de imperio aquellos que el Esta do realiza como persona de derecho público, ni de gestión aquellos en '

24) El Acto Adveo. Díaz María Manuel. Tipográfica. Ed. Argentina S.A. ' Buenos Aires. 1961. p. 116

25) El Acto Adveo. Díaz María Manuel. Tipográfica. Ed. Argentina S.A. ' Buenos Aires. 1961. p. 119.

los que actúa como persona de derecho privado. Añade el autor que estos de imperio son los que la administración pública realiza normalmente en el cumplimiento de sus funciones jurídicas, esenciales, funciones que deben cumplirse según su objeto, o fin, por lo que los actos tienen un carácter imperativo de autoridad. Estos actos emanan unilateralmente del Estado. Los actos de gestión patrimonial son los que realiza la administración pública en su gestión patrimonial. En este supuesto, los actos y la administración pública están sometidos a las normas positivas de derecho privado.

Si bien se refiere a una tercera categoría de actos, los de gestión pública. Estos actos son realizados por entidades administrativas en virtud de su actividad pública y con motivo de la prestación de los servicios públicos propios.

Estos actos que son bilaterales tienen importancia, dice (Biolca 25) "en materia de derecho administrativo, porque constituyen la mayor parte de los que la administración pública realiza como tal".

#### ACTOS SIMPLES, COMPLEJOS Y COLECTIVOS:

El acto administrativo es simple, cuando se concreta en la declaración de voluntad de una sola entidad, de un órgano de la misma constituido en forma individual y colegiada. La distinción no puede basarse en el número de personas físicas que participan en la formación del acto, porque en el caso de órgano colegiado no todos los miembros tienen idéntica voluntad y si las diversas voluntades concurren a formar un acto único, ello deriva del principio jurídico que considera al órgano colegiado como único. En el caso del órgano colegiado cada una de las personas físicas

25) El Acto Admvo. Díez María Manuel. Tipográfica. Ed. Argentina S.A. Buenos Aires. 1961. p. 123.

cas que intervienen constituyan una parte.

Los **ACTOS COMPLEJOS** son los que resultan del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas que se unen en una sola voluntad. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la función de la voluntad de los órganos que concurren a formarlos, o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto.

EL **ACTO COLECTIVO**.- Se distingue claramente del acto complejo, Acto colectivo será el que resulte de la conjunción de varias voluntades con igual contenido y finalidad, que se unen solamente para la manifestación común, permaneciendo jurídicamente autónoma. Será acto colectivo el acuerdo de ministros para tratar materias comunes, de la Administración. Los ministros están unidos en esa oportunidad, por una comunidad de materia, de voluntad, ella resulta de la unión de las voluntades de los participantes en el acto. Los órganos que intervienen no actúan con un mismo objeto o interés como en el acto complejo, sino con un objeto distinto, pero común a todos e intereses iguales y paralelos pero distintos.

**NEGOCIOS JURIDICOS**.- Los negocios jurídicos son en general manifestaciones de voluntad de un sólo sujeto, la administración pública son actos simples, unilaterales en general; algunas veces actos complejos, otros bilaterales. Pueden clasificarse los negocios jurídicos según los efectos que produzcan respecto de los administrados en:

- 1).- Actos que aumenten las facultades, los poderes, los derechos de los particulares.
- 2).- Actos destinados a limitar esos derechos.
- 3).- Actos que condicionan el ejercicio de un poder por parte de un órgano.

1).- **LA ADMISION**: Es un acto que tiene por objeto permitir que una persona entre a formar parte de una Institución con el objeto de que participe de ciertos derechos o ventajas o goce de algunos servicios públicos.

cos.

2).- **LA CONCESION.**- Es un acto por medio del cual se confiere a una persona extraña a la administración una nueva condición jurídica, un nuevo derecho subjetivo.

La administración al otorgar al particular parte de sus poderes o derechos, constituye un nuevo derecho o poder a favor de éste.

3).- **LA AUTORIZACION.**- Se diferencia de la concesión que es un constitutivo por medio del cual la administración confiere derechos a un particular en que no determina el nacimiento de un nuevo derecho a favor de una persona, sino simplemente la remoción de un obstáculo jurídico que hace posible el ejercicio de un derecho o de un poder que pertenece al beneficiario por la autorización.

4).- **EXPROBACION Y EL VISTO.**- Es el acto administrativo que exime a una persona del cumplimiento de una obligación o de la observación de una prescripción que la Ley ha establecido en general, basándose en consideraciones de orden personal o familiar.

5).- **PENAS DISCIPLINARIAS.**- Son las que impone la administración a sus empleados, a concesionarios o a simples particulares, por inobservancia de ciertos deberes respecto de ella.

6).- **EXPROPIACION.**- Entendida en sentido amplio comprenderá además de la que se efectúa en caso de utilidad pública, la requisição dispuesta por autoridades, la ocupación temporal, la imposición de limitación de dominio, etc.

7).- **REVOCACION E NULIDAD.**- De ciertos actos como la concesión la autorización, etc., que habien hecho nacer derechos subjetivos a favor de los particulares.

8).- **LAS ORDENES.**- Son declaraciones de voluntad de la autoridad administrativa que crean obligaciones para determinadas personas.

## MENOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El contenido de los meros actos administrativos puede ser diverso, una categoría corresponde a los que resultan de manifestaciones de juicio, apreciación y de opinión. Así tenemos:

- a).- La expresión de una opinión para resolver una cuestión jurídica administrativa o técnica como la admisión de un recurso jerárquico, la emisión de un parecer técnico.
- b).- La resolución de un recurso jerárquico, de una prueba de exámenes, de un concurso, etc.
- c).- La comprobación de hechos, condiciones, requisitos, relaciones jurídicas.
- d).- La exposición de las comprobaciones realizadas.

Otra categoría de los meros actos administrativos es la referente a manifestaciones de reconocimiento:

- a).- Certificación de un acto o hechos realizados.
- b).- Publicación de un Decreto Oficial de un reglamento, comunicación al interesado de una resolución.
- c).- Inscripción en un registro de actos y hechos como prueba de los mismos (estado civil de una persona).
- d).- Intimación hecha a una persona para que cumple una obligación jurídica. La voluntad (en estos supuestos) de la administración se dirige solamente al cumplimiento del acto, no a sus efectos.



## CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS POR RAZON DE SU CONTENIDO

(Teoría de Jaze). La clasificación de Jaze es aplicable a toda clase de acto jurídico, tanto de derecho privado como de derecho público. Entien<sup>da</sup> de 27), que los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad de personas que pueden ser gobernantes, agentes públicos o simples particulares. Esta manifestación de voluntad debe realizarse en ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir un efecto de derecho. Ahora bien, la manifestación de voluntad en ejercicio de un poder legal puede producir los siguientes efectos jurídicos:

- a).- Crear situaciones jurídicas generales.
- b).- Crear situaciones jurídicas particulares.
- c).- Investir a una persona de una situación jurídica general, precisa<sup>ente</sup>, de un status legal o hacer posible el ejercicio de un poder legal.
- d).- Comprobar con fuerza de verdad legal una situación jurídica o un hecho.

Esta diversidad de contenido jurídico da origen a cuatro categorías de<sup>os</sup> actos.

- a).- Actos creadores de una situaciones jurídicas particulares.
- b).- Acto condición.
- c).- Acto jurisdiccional.
- d).- Acto legal o Reglamentario.- Es el que organiza, crea una situación jurídica impersonal y objetiva, contiene esencialmente una norma jurídica, una regla de derecho.
- e).- Acto creador de una situación jurídica individual.- Son actos que tienen por efecto dar nacimiento a un poder jurídico individual. (voto,

27) El Acto Admo. Díez María Manuel. Tipográfica. Ed. Argentina S.A. Buenos Aires. 1961. p. 145.

donación, condena de pago de una multa).

c).- **Acto condicional.**- Es una manifestación de voluntad en ejercicio de un poder legal, que invierte a una persona de una situación general, legal, personal y objetiva, de un status legal, preexistente ó como regular el ejercicio de un poder legal, de una facultad pre-existente.

d).- **Acto jurisdiccional.**- Es una manifestación de voluntad en ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto suprimir con fuerza de verdad legal, una situación jurídica general, individual ó hecho.

**EFECTO ADMINISTRATIVO.**- (artículo 23), teniendo en cuenta las personas con respecto a las cuales produce efecto el acto administrativo y el número de esas personas, los divide en:

**ACTOS INTERNOS.**- Son los que tienen eficacia dentro de la organización administrativa.

**ACTOS EXTERNOS.**- Producen efecto con relación a terceros. Los actos internos y externos se dividen en particulares y generales.

Los particulares son los relativos a una persona o caso o a un número determinado de personas o casos.

LOS ACTOS GENERALES, se refieren a una generalidad de personas o cosas.

#### **ACTIVIDAD DEL ESTADO.**

Es natural que en un régimen de derecho se suponga que los actos del Estado - personal - son "actos jurídicos", es decir manifestaciones de voluntad ajustadas a la Constitución, directa o indirectamente, y por ello significan el ejercicio de un poder legal, como toda expresión volitiva, el acto jurídico involucre una finalidad que no es otra que la de producir un efecto jurídico, bien sea al crear una situación jurídica.

20) El Acto Administrativo. Díaz María Manuel. Tipográfica. Ed. Argentina S.A. Buenos Aires. 1951. p. 153.

inviatiendo a una persona con esta situación (status), o legalizando una situación jurídica preexistente. También debe considerarse que en todo acto del Estado se encuentra inmerso otro fin que adquiere un carácter axiológico, en tanto que, en última instancia, recurre al bien común en su más amplio y cabal sentido social.

La suma de estos actos constituye lo que la doctrina ha dado en llamar la "actividad del Estado".

Es cierto, desde luego, que toda persona física o moral de derecho privado realiza una actividad, como parte sustancial a su existencia, pero ésta es diferente, por propia naturaleza de la actividad estatal que, como se dijo, siempre representa el ejercicio de un poder legal y tiene una finalidad que pretende, necesariamente, ser útil a la comunidad, con ausencia total de intereses particulares. Para que esto se realice, como lo hemos visto, el Estado crea el Derecho, es decir, las leyes y las aplica. Dicho de otra manera, este fenómeno social consiste en reconocer y expresar formalmente la voluntad del pueblo y en ejecutar esta voluntad. En el primer caso se vale de la norma jurídica expedida por el legislador - representante popular, la cual es un acto general, impersonal, y se la denomina "ley" o "regla de derecho".

En el segundo se sirve de órganos o funcionarios administrativos o judiciales que son, desde luego, personas físicas, elegidas o no por el pueblo, según sean los sistemas constitucionales.

La consecución de sus fines y la creación y aplicación del derecho imponen al Estado moderno un dinamismo extraordinario que requiere de una regulación apoyada en el derecho público y presenta los más variados como diamétricos aspectos, por lo que esta interesante actividad al Estado se organiza conforme a la Constitución y las leyes especiales que de ella emanan, de manera que los diferentes órganos ejerzan una determinada función.

De aquí que la doctrina haya distinguido tradicionalmente entre función:

Ejecutiva - Administrativa y Judicial, sin importar como expresa Aristóteles, ya lo hemos comentado, que los mismos poderes puedan ser ejercidos en el Senado, en el Gobierno y en el Tribunal, cada vez que esta diferencia sólo se apoya en la naturaleza de la acción estatal y no en la persona o personas que ejercen la función, es decir, en un criterio conceptual o material, no en uno subjetivo formal.

Sin embargo, razones fundamentalmente políticas modificaron ese criterio y aceptaron la teoría de Montesquieu, que hemos explicado con anterioridad, consistente en separar - no independizar los poderes que ejercen el ejecutivo de las tres funciones estatales, a fin de evitar que degenerara en absolutismo y en tiranía el poder cuando es realizado por una sola persona, pues la experiencia demuestra que los hombres investidos de cierto poder abusan de él; sólo que el genial pensador francés, no toma en consideración, obviamente, el poder abstracto de la persona moral, el estado, en sí, y se refería con gran realismo a los órganos estatales o sean las personas físicas que ostentan ese poder en calidad de funcionarios y, por lo mismo, sujetos a las debilidades y vicios humanos, por esto era indispensable que le Pouvoir Arrête le Pouvoir.

Con ésta teoría no solamente se procuraba la separación de las tres funciones, sino que, al efectuarse esto, se estableciera un equilibrio entre los poderes o fuerzas que involucran esas funciones a la vez que una coordinación entre éstas; no se trataba, en consecuencia, de establecer competencias o ámbitos distintos de acción estatal.

Sólo así se lograría el propósito político de esta teoría con agrado, en algunas constituciones de carácter democrático desde el siglo XVIII y muy especialmente a partir de la Constitución de los Estados Unidos de América, en 1787, en la que tanto influyó el Barón de la Breda, y tradujo su propia teoría; checks and balances, o sea "pesos y contrapesos", inspirada seguramente en las ideas de político.

Según la distinción de las funciones estatales expresa George Jellin

ock 29), "dividense los actos particulares del Estado, según su contenido en leyes, actos administrativos y decisiones judiciales . . . . la situación central en estas cuestiones corresponde a la Administración". Ha habido grandes épocas en la historia en las que la legislación era completamente desconocida; ha sido preciso un amplio desarrollo en la cultura para que aparezca junto al derecho consuetudinario, el derecho legislado. Aún hoy la legislación es una función intermitente, otro tanto acontece con las decisiones judiciales, en la evolución social, pueden igualmente hallarse largos periodos de tiempo en los que en ninguna circunstancia ha necesitado el juez mostrar su actividad.

Pero la Administración que contiene en sí ya el Gobierno, necesita siempre ser ejercida, sin ella el Estado no podría existir ni un momento. Se puede concebir un Estado despótico sin leyes ni jueces; pero un Estado sin administración sería anarquía.

La Administración, por tanto, es la función más comprensiva, toda preparación de las leyes le compete a ella; la actividad del Juez ella la apoya, y, por último, ella es la que asegura la ejecución de las decisiones judiciales. Aún históricamente, se muestra la administración como función fundamental, pues la legislación se unida en un principio a ella, más tarde se le separa, y la actividad jurisdiccional, limitada a su comienzo a una acción insignificante, alcanza con el proceso de la evolución del Estado un campo de actividad cada vez más amplio, por esto puede designarse como administración toda la actividad del Estado que queda, una vez separada la legislación y la actividad jurisdiccional. Este criterio llevado remota, ha sido sostenido por la doctrina sajona, principalmente por Otto Mayer, 30), en quien Jullienck se apoya: "El

29) El Acto de Gobierno. Rifos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 301.

30) El Acto de Gobierno. Rifos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 302.

poder ejecutivo - dice aquí - no se materializa como el legislativo, en un acto constitucionalmente reglado y determinado para la expresión de su voluntad, por éste razón, no se presenta bajo esta forma concisa y palpable, pero tan pronto como la ley y el poder legislativo se separa por la fuerza de las cosas, se consolida el poder ejecutivo; él abarca todo lo que resta del poder público, y las manifestaciones de su voluntad, en toda la variedad de sus formas, tienen, sin embargo, una naturaleza jurídica común".

por su parte, Adolfo Herkl 31), el notable Administrativista de la Escuela de Viena afirma, con el mismo criterio: "Todas las variantes en la determinación del concepto de administración coinciden, sin embargo, en que la presentan como aquel residuo que una vez eliminado resulta al desglosar el complejo de la total actividad del Estado, la legislativa y la judicial, todas las nuevas concepciones viables de la administración tienen además de común que la determinación expresamente, de una manera negativa y negativa el concepto de administración es el resultado de una sustracción en que al minuyendo la constituyen la suma de las actividades del Estado y al sustrayendo la suma de legislación y justicia . . . . Fijándose en el contenido de estos tres campos de actividad estatal como puesto de funciones parciales heterogéneas que se llama administración, suele determinarse por referencia a funciones relativamente homogéneas como con la legislación y la justicia . . . La administración es aquella actividad del Estado que no es legislación ni justicia".

Hans Kelsen 32), También es de esta opinión como dice: "por regla general, la función designada con los nombres de "administración" o "poder ejecutivo", no suele considerarse ni como creación ni como aplicación del Derecho, sino como algo esencialmente distinto de toda función jurí-

31) El Acto de Gobierno. José Elizondo Roberto. Ed. Porrúa. p. 302

32) El Acto de Gobierno. José Elizondo Roberto. Ed. Porrúa. p. 302

dica; como una actividad a los fines de poder o de cultura del Estado, por tanto, como una función negativa por referencia al Derecho; por eso se la define como aquella función del Estado que se realiza cuando ya no queda nada por hacer a la legislación (creación del Derecho) ni a la jurisdicción".

Tan sencilla como cómoda manera de resolver los casos no puede ser admitida por nosotros, porque consideramos que el acto legislativo, el judicial y el administrativo tienen una naturaleza intrínseca que los caracteriza, define y distingue unos de otros, tampoco concebimos a la clásica diferenciación de esos actos en razón de su aspecto formal, esto es, tomando en cuenta primordialmente el órgano que los emite, pues ello sólo es útil para los casos de impugnación de los actos, o de hacer respetar ciertos principios que devienen de los derechos esenciales del hombre y de postulados doctrinales universalmente aceptados, como son nullo crimen, nulla poena sine praevia lege y nullum tributum sine lege que exigen la intervención del Poder Legislativo en la definición de un delito y en la determinación de la pena correspondiente, así como en la fijación de los impuestos.

Desde luego, y como es bien sabido, la complejidad de las funciones del Estado moderno, de gran dinamismo y ciertas situaciones de conveniencia pública hacen que los poderes legislativo y judicial realicen actos no típicamente jurisdiccionales, así como actos de naturaleza administrativa, los poderes administrativo y judicial formulen actos legislativos con base en la Constitución, además siempre se aprecia que, salvo los actos de administración interna que requieren efectuar de manera permanente los poderes Legislativo y Judicial, los actos legislativos que realizan los poderes Judicial y Administrativo; y los actos jurisdiccionales que ejecutan los poderes legislativo y administrativo son en rigor de carácter excepcional.

## EL ACTO LEGISLATIVO

Debemos, un principio, distinguir entre la actividad que realizan los representantes del pueblo que integran, bien un parlamento, cámaras, cortes, sovjets, etc., para la formulación de la Ley - legislativo - es decir, del derecho objetivo - en su mayor parte, y el acto legislativo en sí, considerada como norma jurídica escrita. En el primer caso se trata de una serie de estudios, deliberaciones, discusiones, diálogos con los sectores interesados, públicos y privados, coordinación entre las cámaras legislativas, etc., y que culmina con una decisión que si no es vetada, en los casos en que la Constitución respectiva confiera esta facultad al titular del Poder Ejecutivo, adquiere carácter de ejecutividad, legis executiva y de obligatoriedad para quienes es aplicable la ley, pues ignorantia iuris non excusat, una vez que se ha promulgado y publicado, y ha transcurrido el término señalado para esos efectos por la misma Ley, lo cual se precisa casi siempre, de acuerdo con la técnica legislativa, en disposiciones de naturaleza transitoria.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la vinculación que existe entre la actividad legislativa que realiza el poder encargado de esta función, y los actos de sanción y promulgación de las leyes que compete al Poder Ejecutivo, para los autores Alemanes, principalmente P. Laband G. Mayer y G. Jellinek, y para los Franceses como L. Duguit y M. Haurion, la actividad legislativa corresponde, en realidad, al Jefe del Estado, pues el Poder Legislativo sólo tiene a su cargo una actividad mental, intelectual - *quoad exercitium*, dirigida a determinar lo que debe contener la Ley.

En cambio, el monarca, Presidente, o como se llama al Titular del Poder Ejecutivo, realiza un acto de potestad legislativa *quoad jus*, al sancionar y dar fuerza obligatoria, coercitiva, con su promulgación y publicación, a las normas jurídicas emitidas por el Órgano legislador, lo que



significa un acto de mando y de imperium.

Divididas las funciones estatales en Legislativas y Ejecutivas producción del derecho y su aplicación, es conveniente que exista, como se establece en las constituciones modernas, una colaboración de los poderes Legislativo y Ejecutivo, no involucramos en este caso, desde luego, al judicial, de tal manera que, además de la facultad de ambos para formular iniciativas de la ley ante la representación nacional, el poder ejecutivo pueda hacer observaciones a las leyes que le envíe el legislativo para su promulgación y publicación, para lo cual las Constituciones dan aquí un plazo razonable.

En México es de diez días útiles, en el entendido de que no haciéndose tales observaciones durante el transcurso de ese término se reputará aprobada por el Poder Ejecutivo la ley de que se trata. En caso contrario, si oportunamente se formulan objeciones, la Ley será devuelta a la Cámara de su origen para ser analizada y discutida, de tal forma que por una mayoría de las dos terceras partes del número total de votos se ratificará la ley tal y como fué enviada al Ejecutivo, se pasará a la otra cámara, siguiéndose el mismo procedimiento, y si también se confirmará por los dos tercios de sus miembros, la Ley se enviará nuevamente al Titular del Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación, aún cuando exista repulsa de su parte.

Esto es demostrativo de lo que viene diciendo, a saber que en el Poder Legislativo radica la potestad soberana de producir las leyes y demandar su observancia por conducto del Poder Ejecutivo.

Lo anterior se consigna con toda claridad en nuestra Constitución de 1917, como puede verse en sus artículos 49, 71 y 72.

El primero como lo hemos visto, dispone que el "supremo poder de la Federación, se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial", el segundo, que el derecho de iniciar leyes o decretos compete al Presidente de la República, a los Diputados y Senadores al Congreso

de la Unión y a las legislaturas de los Estados; el tercero, o sea el artículo 72, establece lo siguiente que se reproduce textualmente, por la importancia que tiene sobre el tema que comentamos:

El artículo 72 en cuestión, relativo a la formación de las Leyes tiene su origen directo en los artículos 53 a 66 de la primera Constitución de México, expedida el día 4 de junio de 1824, habiéndose inspirado sus redactores en el artículo I sección VII de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787, así como en los artículos 141 a 150 de la Constitución Española de Cádiz de 18 de marzo de 1812, la que, a su vez tuvo de modelo a la Constitución americana en esta materia.

La Constitución Mexicana de 5 de febrero de 1857, fué, al respecto inferior a la de 1824, pues adoleció de parquedad e imprecisión como se puede ver en sus artículos 66 a 71, independientemente de la infortunada decisión de suprimir a la Cámara de Diputados ciertas atribuciones convenientes al buen funcionamiento del Poder Legislativo.

Las Constituciones Mexicanas de 1824 y 1917 utilizan tanto el vocablo "aprobar" como el de "sancionar" y les dan un significado semejante, es decir, de "aprobar", en tanto que la Constitución Americana sólo emplea la palabra "aprobar".

Por su parte, la Constitución de Cádiz, únicamente utilizó el término de "sancionar" y dispone en su artículo 142: "El rey tiene la sanción de las Leyes", y en su artículo 143 dice: "Da el Rey la sanción por esta fórmula, firmada de su mano, publíquese como Ley".

Ahora bien, ¿es lo mismo "aprobar" que "sancionar"?

El Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, de un sentido de puremente gramatical a la palabra "aprobación", como "acto de dar por bueno o haber por bueno lo que otra ha hecho en nuestro nombre", y una acepción más restringida al vocablo "sanción" en cuanto lo refiere al derecho público.

En efecto, dice que sanción es "el acto solemne por el que se autoriza o confirma cualquier ley o estatuto".

El invocado artículo 72 de la Constitución de 1917 dispone en su fracción a).- Qué cuando se aprueba un proyecto de ley o decreto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra, y que si ésta lo aprobará, se remitirá al Presidente de la República, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente; asimismo esta fracción b).- Qué se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de diez días hábiles.

Finalmente, en la Fracción c).- Qué al proyecto de ley o decreto devuelto en todo o en parte por el Presidente de la República, será devuelto, con sus observaciones a la Cámara de su origen para que nuevamente lo discuta, en el concepto de que si fuera confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora, y si fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto "será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación".

Estas disposiciones tienen como antecedentes las relativas de la Constitución Americana de 1787 de la Constitución Mexicana de 1824 mencionadas, y demuestran que el Poder Ejecutivo tiene la facultad de imprimirle vigencia o bien de impedirle mediante el derecho de "veto", que Montesquieu fundaba diciendo; "si el poder ejecutivo no tiene derecho de contener los intentos del legislativo, éste será un poder despótico, porque pudiendo atribuírse toda facultad que se le antoja, anulará todos los demás poderes.

Con frecuencia, se observa alguna confusión entre los conceptos ya examinados de "aprobación" o "sanción" de las leyes y el de "promulgación"; pues unos los consideran unívocos y otros, por el contrario, sostienen que tienen una significación distinta.

Para la promulgación no significa una publicación ordinaria, sino que

debe estar revestida de solemnidad y en consecuencia en tal forma que la ley o decreto en cuestión tenga la mayor difusión posible.

El ya citó diccionario de Larousse define al vocablo "promulgación" como la publicación solemne de alguna ley para que llegue a noticia de todos, lo cual es requisito indispensable para que obligue. Promulgar, casi involuntario, se expresa en el vocabulario de testos y privilegio, cuando el privilegio, según Pompejus Fest, en el entendido de que "promulga" se compone de "pro" y "vulgo", o sea "publicar", como se explica en el nuevo Diccionario Latino-Español, Etimológico de los Mayores de Miguel y el tiempo de Ferrás.

Para estos efectos, en algunos países se usan palabras sacramentales y en todos se utilizan boletines o diarios oficiales donde se publican las leyes o decretos que envían el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para que entren en vigor, con arreglo a las citadas disposiciones constitucionales y a las del derecho común.

En la Constitución Mexicana de 5 de febrero de 1917 se emplean los palabras promulgar y publicar en su acepción etimológica a que hemos referido, es decir, denotando lo mismo; pero en recuerdo a lo establecido en la fracción e) del artículo 72, antes del acto de promulgación o publicación el Presidente de la República está facultado, como ya se dijo, para hacer observaciones a las leyes o decretos que le envía el Poder Legislativo, lo cual significa que está facultado para contestar, lo que a su vez cuenta que tendrá la responsabilidad de ejecutar o aplicar las Leyes o decretos.

El artículo 70 no dispone que toda resolución del Congreso, tendrá el carácter de ley o decreto y que una vez comunicados al Ejecutivo se promulgarán utilizando estas palabras sacramentales: "El Senador de los Estados Unidos Mexicanos, decreta; (a continuación debe seguir el texto de la Ley o decreto de que se trata); y en la fracción I del artículo 81 se establece que es facultad del Presidente de la República promulgar y ejecutar

tar las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia, esto es, dar a conocer cumplidamente las leyes y decretos y exigir su cumplimiento".

En la Constitución de 5 de febrero de 1857 no se mencionan los vocablos, promulgación y publicación en las disposiciones correspondientes a la formación de las Leyes, pero en el artículo 64 se facultó al Presidente de la República, para "promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia", disposición esta que, como se ve, reprodujo el constituyente de 1917 para no establecer fórmula alguna para hacer la promulgación, sino hasta la reforma de 13 de noviembre de 1974 con la instauración de la Cámara de Senadores, en cuyo artículo 64 se estatuyó esa fórmula, reproducida también por el citado artículo 70 de la Constitución de 1917. Por su parte, el constituyente de 4 de octubre de 1824, utilizó las palabras promulgar y publicar como sinónimos, pero exige, previamente, la firma del Presidente de la República, es decir, la aceptación de las Leyes o Decretos recibidos del congreso.

Sin embargo, no prescribió ninguna fórmula para hacer esa promulgación o publicación.

En relación a lo anterior, estimamos que se ha venido cometiendo un error al emplearse la palabra "expido" en vez de "firmo" en la frase que aparece al final de la fórmula de promulgación que ordena el artículo 70 de la Constitución vigente, pues no es el Presidente de la República quien decreta, sino el Congreso de la Unión, debiéndose, por lo mismo, hacer constar que el decreto se firmó por el titular del Poder Ejecutivo, en cumplimiento a las disposiciones relativas del artículo 72, y ordenar su publicación para su debida observancia.

Esta fase final es la siguiente:

"En cumplimiento a lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida"

publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, a los . . . .", y sigue la fecha y nombre del presidente de la República, así como los nombres de los Secretarios de Estado que refrendan los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente, conforme a lo dispuesto en el artículo 92 Constitucional.

Te es de fe . . . . la promulgación por parte del titular del Poder Ejecutivo de las Leyes expedidas por el Poder Legislativo, con su rigor, un acto condición para su vigencia; pero de ninguna manera significa, inasistidos, que sea parte de la formulación de la ley que sólo compete al propio Poder Legislativo.

La legislación, actividad creadora del derecho objetivo, no corresponde exclusivamente al poder legislativo como tradicionalmente se ha estimado después de que la teoría de Montes quieu sobre la superación de poderes cobró carta de naturalización en la mayoría de los Estados.

Ciertamente el poder ejecutivo normalmente está facultado por la Constitución para expedir normas jurídicas, esto es, reglamentos de las leyes expedidas por el poder legislativo, secundum legem y reglamentos de policía y ordenanzas - prout legem, que por no vincularse directamente con una ley, en cuanto que no la desarrollan, completamente o ejecutan, rati- ben el calificativo de autónomas, en el concepto de que en esta facultad reglamentaria no participa en nada alguno dicho Poder Legislativo, ni mucho menos, el re está, el Poder Judicial.

No obstante, el artículo 73, fracción XV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917, faculta al Congreso General, integrado por la Cámara de Diputados y de Senadores, para "dar reglamentos con objeto de organizar, crear y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose a los ciudadanos que la forman el nombramiento rotativo de Juefs y oficiales, y a los Estados la facultad de instruirlos conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos".

Esta disposición viene su origen en la Fracción XII del artículo 50 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1924.

Aun embargo, la doctrina y el derecho positivo admiten que el poder ejecutivo puede expedir ordenamientos jurídicos, no precisamente reglamentos, sino leyes cuya emisión, normalmente corresponde al poder Legislativo, como son los Decretos-Leyes de igual valor y eficacia de las leyes formales; pero es requisito indispensable de validez que este facultad se establezca en la Constitución, expresamente como en el caso de rigida que el propio poder Legislativo ratifique esas leyes mediante leyes, sin que esta tenga efectos, sino ex tunc, y que exista un "estado de necesidad" donde se funda y motive la exceción transitoria al principio de la separación de poderes adoptado por las constituciones modernas, según lo señalan autores tan distinguidos como Bonaldetti, Codacci-Pisanelli, Lombardi Pallagrine, Santi Romano, especialmente Barcelonay, Rivera Malina, quienes afirman: 33).

"Todo sucede como si por encima de las leyes constitucionales hubiera una fuerza superior, un principio no escrito que podrá formularse así: *Salus populi suprema ley*".

La palabra "ley" responde a un criterio formal en tanto significa una norma jurídica expedida por el poder legislativo o bien por el poder ejecutivo, cuando, en aplicación de la Constitución, el primero delega esa facultad, en el segundo para afrontar con toda oportunidad y diligencia las situaciones de peligro nacional, como tratándose de estado de guerra, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro.

A este respecto, el artículo 49 de la Constitución Mexicana de 1917, dispone lo siguiente:

El Supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo

33) El Acto de Gobierno. Rius Gilzonúa Roberto. Ed Porrúa. p. 316.

tivo, Ejecutivo y Judicial, no podrá reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar".

Por su parte, el referido artículo 29 faculta al Presidente de la República, de acuerdo con el "consejo de Ministros" y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión permanente para suspender, mediante providencias genéricas.

Consideramos que las facultades extraordinarias para legislar, referidas en el invocado artículo 49 Constitucional, significan, ciertamente una delegación de funciones que hace el Congreso General al Presidente de la República, si se trata del artículo 29, pues, de la parte las atribuciones que se transmiten son limitadas y por otra, la facultad es temporal, es decir, su vigencia se reduce al tiempo en que existe el caso de necesidad que la motiva.

Pero no puede decirse lo mismo tratándose de lo dispuesto en el artículo 131, pues en este caso no se cumple con el requisito de limitación y temporalidad que son atributos de la institución jurídica denominada "delegación", aún cuando su duración pueda ser prolongada.

Las facultades extraordinarias para legislar que nuestra Constitución otorga al Poder Ejecutivo, han sido objeto, por su ambigüedad a una completa corrupción del principio de la separación de poderes, y pone en grave peligro a los derechos humanos e garantías individuales, como los llama el propio código fundamental.

Esto sin considerar que, en realidad, es el Presidente de la República quien ejerce el derecho de iniciar leyes en los términos del artículo 71 de la Constitución, pues los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, así como los legisladores de los Estados son constantes porcos en su ejercicio, lo cual, obviamente, va en contra de los propósitos del



constituyente.

El poder legislativo, esta obligado a cumplir con las necesidades distribucionales, como es preciso el artículo, incluyendo conforme al artículo 73 constitucional, las leyes que estime necesarias y adecuadas a la nación, sin necesidad de que el Poder Ejecutivo inicie ante el Congreso los ordenamientos de las leyes.

Particularmente la Ley del Presupuesto de Egresos, que da base a los programas de trabajo, de modo que, en todo caso, se origine un debido equilibrio a cada presupuesto. Si no se decide en esta forma crítica el procedimiento del Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, para evitar la pérdida total del ejercicio del derecho de iniciativa para legislar, debe agregarse que el Presidente de la República está facultado por la Constitución como ya lo hemos precisado, para producir gran parte del dicho objetivo a través de los reglamentos que se integran con verdaderas normas jurídicas desde el punto de vista material.

Este equilibrio legislativo y una más importante participación en los dos cámaras de Senadores y Diputados de miembros de partidos opositores al mayoritario, con la mejor garantía contra cualquier posibilidad de dictadura de parte del titular del Poder Ejecutivo, en cualquier país, con tanta mayor razón que este tiene el grado superior de las fuerzas armadas.

Es verdad que Montezumilto, cuyos libros en materia de gobierno han inspirado a nuestros constituyentes, en el capítulo VI del Libro Undécimo "del Espíritu de las Leyes, intitulado de las Leyes que forman la libertad política," en sus relaciones con la Constitución, expresa, seriamente siguiendo a Locke, si el poder legislativo se creyera en peligro por alguna conjuración contra el estado, o por alguna inteligencia secreta con los enemigos exteriores, también podría permitirle al Poder Ejecutivo dictarse de tener a los ciudadanos suspachosos los que perderían la libertad temporalmente para recuperarla y conservarla después, dejando por lo

tante, de ser nombres libres.

Pero ni en el Acta Constitutiva de la Federación promulgada el 31 de enero de 1824 por el primer Congreso Constituyente mexicano, ni en la Constitución promulgada el 4 de octubre pudiera conceder, no obstante la proposición de su principal redactor, el Diputado Miguel Ramos Arizpe, se estableció que al Congreso, pudiera conceder al Poder Ejecutivo facultades para legislar, es decir para substituirlo en sus funciones, así fuera en forma temporal y limitada.

No podemos estar de acuerdo con esa idea porque sólo se reduce a intentar regularizar un vicio de anticonstitucionalidad en vez de corregir definitivamente las ambigüedades y errores sustantivos contenidos en los artículos 29, 49 y 131, principalmente en los dos últimos, como ya lo hemos demostrado, así como su manifiesta contradicción con otros preceptos constitucionales, lo cual origina una situación antijurídica.

Creemos que al Congreso de la Unión pudo conformar a sus atribuciones Constitucionales, rescribir textualmente esas leyes para que rigieran en lo sucesivo, dentro de un orden normalizado.

Al no haberlo hecho así, ese decreto violó lo dispuesto en los artículos 29 y 49 de la Constitución, porque en primer lugar ésta no exige la ratificación de las leyes dadas por el Poder Ejecutivo con base en la ley expedida por el Poder Legislativo aprobando la propuesta del ejecutivo para suspender determinadas garantías individuales, en segundo porque ello significa, obviamente, en lo referente a esos actos, la reunión de las funciones legislativas y ejecutivas en el Presidente de la República, lo cual equivaldría a que, de ordinario el poder Jurisdiccional tendría funciones administrativas tan características como la del suministro de agua potable, o que el poder legislativo resolviera juicios de divorcio, etc.

No vale, por tanto, arguir en favor de la ratificación de las leyes de emergencia y de la declaración de prórroga de su vigencia una vez rescri-

blucido el orden constitucional, sea en los términos de la Carta Suprema el Poder Legislativo recibe, desde el punto de vista material, casos administrativos y legislativos, pues esto, como lo hemos enfatizado con anterioridad, constituye una necesaria y conveniente excepción, que de ninguna manera desnaturaliza, sino al contrario, robustece la separación de poderes a que se refieren los artículos 29 y 49 del Código fundamental.

Así por ejemplo en la referida ley que expidió el Congreso de la Unión, el día 10. de junio de 1942, se dispuso en su artículo 26. que la suspensión de garantías individuales duraría todo el tiempo que México permaneciera en estado de guerra con Alemania, Italia y el Japón o con cualquiera de estos países, y sería susceptible de prorrogarse a juicio del Ejecutivo, hasta treinta días después de la fecha de cesación de las hostilidades.

Ahora bien, pero no solamente en los casos a que se refiere el artículo 29 constitucional pueden otorgarse al Ejecutivo Federal facultades extraordinarias para legislar, sino que el artículo 49 de nuestra ley fundamental dispone que dicha otorgamiento también es posible en el caso a que alude el segundo párrafo de su artículo 131, cuyo sentido expresado en las facultades mencionadas, debe desarrollarse mediante una recta y sana interpretación jurídica del invocado artículo 49.

Del texto de esta precepto se infiere que su contenido involucra las siguientes disposiciones: a).- La que se refiere a la concrogación del principio clásico de la división o separación de poderes, b).- La que elude a la prohibición de que se reúnan dos o más poderes en que se desarrolle la soberanía estatal en una sola persona o corporación; c).- La de que el poder legislativo no pueda depositarse en un sólo individuo en el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto por el artículo 29 constitucional y al segundo párrafo del artículo 131 de la Ley Suprema.

Tanto Felipe Tené Ramírez como Ignacio Borge, hacen una crítica en sus mencionadas obras de la tesis que produjo Ignacio L. Vallarta, siendo Ministro de la Suprema Corte de Justicia, y en la cual se ha basado la jurisprudencia posterior hasta nuestros días.

Esa tesis fué sostenida en la sentencia dictada a fines de febrero de 1879, en el juicio de amparo que promovió la señora Dolores Quezada de Almonte, contra la orden de confiscación de una casa propiedad de Juan Nepomuceno Almonte, dictada el 20 de agosto de 1867, como responsable del delito de infidencia, en cuenta que fué uno de los promovedores de la invasión francesa de 1862.

El Presidente de la República, esta facultado según la fracción X del artículo 85, para celebrar tanto tratados con las potencias extranjeras, tratados que, conforme a la fracción I letra B, del artículo 72 reformado, se sometiera a la aprobación del Senado, y como esos tratados, según el artículo 116 son verdaderas leyes; tenemos un último análisis que, de acuerdo con estos textos, el poder legislativo, para la celebración de tratados, está depositado en el Presidente de la República, que si bien lo comparte con el Senado, es excluyendo, sin embargo, a la Cámara de Diputados.

De esta verdad constitucional no es lícito dudar. Ahora bien, se pueden entender los artículos 50 y 51 en un sentido que destruya, que aniquile los preceptos de los otros artículos que se valen de invocar, esto me parece por completo insostenible.

Ahora bien, la tesis de Vallarta, contempla dos situaciones distintas, aunque estrechamente vinculadas, la primera fué materia del citado juicio de amparo por cuanto la resolución revocada se había fundado principalmente en el argumento de que como la ley expedida por el Congreso de la Unión el 27 de mayo de 1863, prorrogó la suspensión de garantías individuales y la concesión de facultades extraordinarias al Presidente de la República autorizadas por Decreto del Congreso el 27 de octubre de

1863, hasta 30 días después de la siguiente reunión del Congreso en sesiones ordinarias o antes el terminarse la guerra con Francia.

Ampliábase así, lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución de 1857, la orden dictada el 20 de agosto de 1857 que con fines un grado a bienes de la sucesión de Juan Nepomuceno Almonte. El segundo aspecto atendido en la ejecutoria del Ministro Vallarta era, propiamente, de carácter político y académico.

El primer caso de Vallarta consideró improcedente el argumento de la guerra justa, cuando dijo contrariamente a lo sustentado por éste, que el Congreso se había reunido a funcionar hasta el 8 de diciembre de 1857, y así antes de esta fecha no había podido correr el plazo de treinta días señalado en la Ley que prorrogó la suspensión de garantías.

Habida cuenta de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tiene competencia para juzgar la procedencia de reformas a la Constitución, como las de los artículos 49 y 131, sino de la debida interpretación o aplicación de éstos a casos concretos, mediante el conocimiento de sentencias dictadas en juicios de amparos, o en juicios de nulidad, no es posible conocer el criterio de ese Tribunal supremo, aún cuando de las sentencias dictadas en esos juicios bien podrían hacerse consideraciones sobre la falta de congruencia de las citadas reformas con los artículos 31 fracción IV, 71, 73 fracciones VII y XXIX, 74 fracción IV, Constituciones.

#### EL ACTO JURISDICCIONAL.

En cada Estado hay tres clases de poderes, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder judicial y las cosas que dependen del derecho civil . . . . Se llama a este último poder Judicial, y al otro Poder Ejecutivo del Estado.

Con estas palabras de su obra el espíritu de las Leyes, inicia Montesquieu

quita el famoso capítulo VI, del libro XI, intitulado "De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución", inspirado en el capítulo XII de la obra tratada del Gobierno Civil, del publicista Inglés John Locke, y más adelante agrega el genial barón de La Bédoullière, no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo.

Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos, como que el juez sería legislador.

Si no está separado del Poder Ejecutivo, el Juez podrá tener la fuerza de un opresor. Finalmente, considera que juzgar es un poder terrible: entre los hombres, haciendo referencia a la grave responsabilidad que tienen los jueces quienes con sus sentencias lo mismo puede enviar al cadalso a un inocente, que absolver de toda culpa al más abyecto criminal.

Como se ve, para el notable pensador Francés existían dos poderes Ejecutivos y un poder Legislativo, idea está derivada de que al mismo tiempo tomaba en cuenta un criterio político y otro jurídico, pues al considerar el aspecto material de la actividad estatal asignada a las tres diversas funciones los correspondientes órganos, legislativo, ejecutivo y judicial, bajo el primer punto de vista estimaba que en todo gobierno el poder legislativo produce la norma jurídica abstracta y general como tal, y los otros dos poderes la ejecutan o aplican a casos concretos.

En cuanto al segundo punto de vista, el jurídico pensaba que la función ejecutiva se realiza en forma distinta y con fines también diversos, por lo que se justificaba la existencia de dos órganos separados e independientes entre sí, el judicial y el Ejecutivo.

Este criterio, dió lugar a que en la doctrina se hubiesen establecido dos corrientes, atendiendo al aspecto funcional, la que considera, que en realidad, el estado únicamente tiene las funciones legislativa y ejecutiva, y la que afirma que además tiene la función jurisdiccional.

Por otro lado, desde el punto de vista político se sostiene que el lugar de poder judicial no es tal, y debe considerarse incluido en el Poder Ejecutivo.

El mismo criterio adopta Maurio al decir: 34), "Desde la Revolución Francesa, después del advenimiento del régimen administrativo, con la separación de la autoridad administrativa y la autoridad judicial, han cambiado algo las cosas; el poder judicial se ha separado de la política reduciéndose a los contenciosos, de esta modo se ha visto como pasaba al poder judicial a segundo plano, en la doctrina francesa de la separación de poderes.

Por tradición se lo ha mantenido nominalmente en la lista, pero no se ha dado ya entrada en el concierto de los poderes públicos, ha llegado el momento de declarar francamente que el sistema administrativo francés excluye al poder de juzgar de la lista de los poderes públicos comprometidos en el juego político de la separación de poderes.

Por su lado, Kelsen 35), "también participa de estas ideas al sostener que la distinción entre la función judicial y la administrativa sólo se explica por razones históricas, es decir en que los súbditos reclamaban tribunales independientes para conocer de asuntos civiles y penales en que se versaban la protección a la vida, el honor y la libertad privada. León Duguit, 36), "llega al grado de negar la existencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo, sosteniendo que lo que hoy es un conjunto de órganos que colaboran entre sí en las diferentes actividades del Estado, sin importar que unos tengan por objeto producir el derecho, y otros ejecutarlo".

34) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 339

35) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 340

36) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 340

Diferentes del criterio del maestro Duguit, porque si bien es cierto que el poder público dimana de la soberanía nacional, también lo es que se manifiesta tanto en la creación del derecho como en la exigencia coercitiva de su observancia.

En ambos casos actúa el Estado mediante sus órganos constitucionales imponiendo su voluntad, supuestamente de la nación, a cada uno de los individuos que se encuentran dentro de las previsiones de las normas jurídicas, lo cual significa un poder público, es decir, un mandato, una orden que duele, la voluntad de esas personas, que, unidas, constituyen la propia nación.

El poder público debe ejercerse para que puedan cumplirse los fines del Estado y en observancia de las disposiciones de la Constitución del derecho público, la actividad que genera ese ejercicio se denomina "función" y representa, en resumidas cuentas, la expresión de la voluntad del Estado a través de sus órganos.

Consideramos, que independientemente de la razón histórica a que se refiere al ameritado profesor de la Universidad de Buenos Aires, existen otras sustanciales que determinan que no debe usarse la expresión función ejecutiva, y sí la de función administrativa.

En efecto, ello nos conduciría necesariamente a aceptar que no existen más que dos poderes, el legislativo y ejecutivo, esto es, que no existe el poder jurisdiccional porque también aplica a casos concretos las disposiciones legales, lo cual no podemos aceptar porque sería tanto como desconocer la naturaleza propia de los casos.

Ciertamente si bien es correcto hablar de un poder legislativo en cuanto indica la potestad exclusiva del Estado de formular las leyes, no es exacto aplicar el nombre de Poder Ejecutivo cuando queremos señalar que el propio ente jurídico tiene el poder del juez, de juzgar, de resolver controversias jurídicas, porque entonces debe llamarse poder jurisdiccional.



O existe alguna duda de que el Jefe ejerce un poder cuando un Juez dicta por ejemplo una sentencia condenando a muerte a una persona. No es evidente que en este caso impone su voluntad ya que no signa sobre la del afectado, sino sobre toda la sociedad, con base en la Ley.

El Ilustre Jurista Mexicano, Emilio Rabasa 37), cuya opinión ejerciera importante influencia doctrinal en la Constitución de 5 de febrero de 1917. Niega categóricamente, que el ejercicio de la función jurisdiccional sea un poder, opiniendo así a la declaración de la Constitución de 5 de febrero de 1957.

Esa afirmación fué expresada por Rebore en su obra intitulada La Dictadura, estudio sobre la organización política de México en donde, después de hacer un examen de las ideas de Montesquieu en cuanto a la separación de poderes, arguye que sólo puede existir un poder cuando los órganos estatales tomen sus decisiones con plena libertad, son poderes sólo los manifiesta los órganos de la voluntad del pueblo, es decir, los encargados de sustituir su determinación en lo que el pueblo puede hacer o no hacer; pero no los que tienen encomendada una función sin libertad, por más que la desempeñen en nombre y como apoyo de la Autoridad del Pueblo.

El Departamento Judicial nunca es poder, porque nunca la administración de Justicia es dependiente de la voluntad de la Nación porque en sus resoluciones no se toman en cuenta ni el daseo ni el bien público, y el derecho individual es superior al interés común, porque los Tribunales no resuelven lo que quieren en nombre del pueblo, sino lo que deben en nombre de la Ley, y porque la voluntad libre, y que es la esencia del órgano poder, sería la degeneración y la corrupción del órgano de la justicia.

Sin embargo los escrúpulos de los teóricos son infundados por que la

37) El Acto de Gobierno. Ríos Gilondo Roberto. Ed. porada. p. 342.

Justicia, en verdad, es una emanación del poder popular pero no en su aplicación, sino en la determinación de los principios que la establecen, no en la sentencia a que resuelve un caso particular, sino en la Ley que dicta las reglas generales no en cada Tribunal que falla, sino en el Congreso que Legisla.

El error de la teoría está en confundir el *ius* con el *judicium* para dar a éste la calidad de expresión del poder soberano, que sólo tiene aquí. Disentimos en principio; de ésta opinión, con base en lo que ya hemos expuesto sobre el poder y el acto jurisdiccional y porque además parece que confunde al poder con las facultades discretionarias que otorga la Constitución y las Leyes y Reglamentos que de ella emanan, a los órganos legislativos y administrativos, principalmente a éstos en razón natural de ser la Administración el aspecto más dinámico del estado, y la que ha de poner en práctica las políticas del Gobierno traducidas en planes y programas que han de motivarse por el bien común, y que, por lo mismo, requiere de la mayor discrecionalidad posible dentro del contexto del derecho y con obligación de responder ésa actuación, pues ella no otorga inmunidades mucho menos impunidad, de ninguna especie.

Por otra parte, Rabasa, también confunde el poder con la función estatal en cuanto a que el ejercicio de ésta genera a aquí, razón por la cual la doctrina más generalizada y el derecho admiten la existencia de los poderes legislativos, ejecutivos y Judicial, en el entendido en que en un Estado de derecho debe suponerse que todo poder público emana del pueblo, porque en éste reside, esencial y originariamente, la soberanía, como lo establecía y disponen las constituciones de 1857 y 1817. Esto lo inferimos de sus propias palabras.

Decir que el órgano de la Justicia no es un poder público en el sentido de la ciencia constitucional, no es decir que no tenga poder; lo tiene por cierto formulable.

Cabría preguntarse ante las afirmaciones del doctorado Jurista:

Es debido concebir, en condiciones normales, que el Jefe, al ejercer su noble función, no toma en cuenta en sus resoluciones ni el honor ni el bien públicos.

Creeo que acontece enteramente lo contrario, caso vezmas af adelante estrictamente, y de acuerdo con lo que antes verido sustancial al Poder Legislativo se manifiesta cuando se ejerce la función legislativa considerada desde el punto de vista material; en otras palabras, si el Jefe del Estado emite un Reglamento, o bien una ley en los casos de emergencia que a que hasta hecho referencia de tener el poder legislativo, con esto mismo punto acerca de los Poderes Administrativos y Jurisdiccionales habida cuenta de que el poder y el órgano son cosas distintas pues el primero, como se dejó anotado, significa imperio o fuerza; y el segundo el ente a quien se imputarán el poder según sea la función ejercida. El órgano, desde luego, corresponde a un criterio formal pero conlleva la esencia o naturaleza intrínseca de la función. Así, normalmente, los órganos Legislativo (Cámaras, Cortes, Dietas, Etc., o Ejecutivo, Jefe del Estado y Judicial, Tribunales), realizan tomando en cuenta el punto de vista material, actos Legislativos, administrativos y Jurisdiccionales, es decir, los órganos estatales han sido creados para realizar las funciones correspondientes a su denominación aún, cuando pueden también de manera excepcional, hacerse cargo de funciones pertenecientes, normalmente, a los otros órganos, que es como debe entenderse la famosa teoría de la separación de poderes formulada por Montesquieu que no es tajante, puesto que admite un sistema flexible de colaboración entre estos poderes, lo cual hace posible un adecuado equilibrio entre éstos y un mejor cumplimiento de los fines del Estado.

Pedro Languo 38), "afirma en su breve pero excelente trabajo la noción del acto jurisdiccional, que no existe problema jurídico donde reina ma'

por confusión y existen más divergencias que en el de la definición del acto jurisdiccional".

Para considerarnos, después del examen que hemos hecho de este punto, que esa confusión es artificial, debido a que, como lo hemos sostenido, se mezclan ingredientes en parte indiscutidos, como son los de carácter político identificados en el poder y por evidente es indiscutible, para ejercerlo el Estado debe valerse de un órgano especializado, tradicionalmente denominado (poder judicial), que actúa con independencia de los otros dos órganos instrumentados por los poderes Legislativo y Ejecutivo, y así poder equilibrarse con estos, según la idea de Montesquieu. En consecuencia, haremos de separar lo político de lo funcional y aplicar la metodología, también aplicada, de analizar el acto jurisdiccional atendiendo a la forma y a la materia, para que de esta manera establezcamos la naturaleza propia, característica de este acto, y veamos si es distinto de la del acto administrativo como lo es del acto legislativo, según hemos visto.

El criterio formal, del que tanto se vale Carré de Malberg, es por demás simplista, pues únicamente tiene en cuenta el órgano del cual emana el acto jurisdiccional, por lo que, con esa misma sencillez, diremos que este acto es aquel que es emitido por el poder judicial instituido por la Constitución.

A este propósito estimamos conveniente involucrar el criterio de Oguit, (39), quien considerara indispensable, para evitar confusiones al emplear la palabra judicial cuando se hace referencia a dicho poder, utilizar ese al punto de vista formal, y el vocablo jurisdiccional, cuando se aplica al punto de vista material, lo que nos permitirá comprender con más claridad, porque los Poderes Legislativo y Administrativo, en algunos casos por excepción, emiten actos jurisdiccionales al juzgar contro-

39) El Acto de Gobierno. Rius Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 124

verales.

De todo lo expuesto podemos concluir que el Estado, para el cumplimiento de sus objetivos fundamentales, de una parte crea el derecho, y por otra parte, lo cumple y lo hace observar, en la primera situación el Estado realiza una actividad legislativa, y en la segunda, otra de naturaleza ejecutiva; de donde surgen tres funciones características, legislativa, administrativa y jurisdiccional. Finalmente en el ejercicio de éstas funciones se manifiesta el poder del Estado, el cual conforme a las ideas de Carlos de Góttmann, y por razones meramente políticas y de uso general del poder en los derechos humanos, se divide en tres partes: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, lo cual es congruente, por lo demás, con el viejo principio de derecho público que establece, en cuanto se refiere al señalamiento de competencia a los órganos estatales, que lo que está separado objetivamente debe estarlo subjetivamente aceptado, así que, en la ejecución de la ley se realizan tres funciones, la Administrativa y la Jurisdiccional, parece conveniente ahora precisar cuáles son las diferencias específicas que se advierte en el género de que una forma parte, o sea la realización del derecho vigente, no está ésta de carácter moderno, ya que históricamente no se ha registrado mayor interés en sus discernimiento, en cuanto quiere decir el conocimiento de las Autoridades Gubernamentales a la Ley, o lo que es lo mismo, el reconocimiento del Imperio de la Ley.

Hemos dicho que no podemos aceptar la idea precisada principalmente por los publicistas Alemanes, en el sentido de que la función ejecutiva, será aquella que no sea ni función legislativa ni Jurisdiccional, por que además de que el sistema reside por ellos empleado es la forma más sencilla de soslayar la solución de un problema, aquella función tiene una naturaleza propia, bien definida, o sea la que concierne a la Administración y al Gobierno propiamente dicho, y esto se complica porque,

como lo hace notar F. Prieto Giliberto Fernández 40), el derecho positivo tampoco establece ningún concepto directo de la jurisdicción que permita concluir una ayuda para la definición doctrinal de sus funciones, y, por lo mismo, para exponer que existen diferencias cualitativas entre el acto administrativo y jurisdiccional en el acto y su estructura sustantiva y en referencia también a sus formalidades características, lo que no debe confundirse con la forma inherente al poder estatal al que la Constitución imputa la atribución a través de sus órganos correspondientes. Por ello, no podemos estar de acuerdo con Gelfo Marki 41), quien después de hacer una revisión de las teorías más conocidas sobre las diferencias entre Administración y Justicia, concluye evidenciando la conexión y la vinculación del formalismo nacional a un lado y la verdadera solución del problema que no pueda encontrarse sino en la determinación de la sustancia del acto jurisdiccional.

Con un criterio semejante, Carró de Melberg, 42), afirma: "Así en el curso de los estudios que antecede, se ha demostrado que la Legislación y la Administración son dos funciones distintas por más que no se diferencian siempre por el contenido de sus actos respectivos; también, no existe contradicción en sostener que la Jurisdicción, en derecho, es una verdadera función distinta de la administración, aunque haya establecido por otra parte que sólo difiere esencialmente de ésta desde el punto de vista formal.

En la esfera de las cosas jurídicas se puede decir que el Órgano crea la función; la existencia de un Órgano distinto, dotado de una potestad especial, implica que la competencia propia de este Órgano constituye por sí misma una función distinta".

40) El Acto de Gobierno. Afos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 348

41) El Acto de Gobierno. Afos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 348

42) El Acto de Gobierno. Afos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 348

Como nuestra constitución no se encarga a precisar cuál es la competencia de los órganos que ejercitan los poderes Legislativo, Administrativo y Judicial, pues ello está señalado en la estructura constitucional de cada país, sino más bien, como tantas veces se ha dicho, a saber si existe o no una diferencia intrínseca entre los actos Administrativo y Judicial, habida cuenta de que ambos se traducen en la aplicación de la ley a casos concretos, habremos de ocuparnos con seguridad de las distintas ideas que han expuesto los más distinguidos tratadistas, así sea de una manera sucinta.

Lo que es, tal como se dice por los diversos autores que se citan en este asunto atendiendo al objeto, a la estructura y al fin del acto de jurisdicción, y con ello se aparta del criterio formalista o orgánico, en cuanto al primer grupo, el referido al objeto, coincide con Carré de Malberg en cuanto, en este caso, la particularidad de dicho acto consiste en que decide una discusión que recae sobre derecho, es decir, en resolver litigios entre partes con pretensiones contrarias apoyadas su puestamente en derechos subjetivos derivados de la Ley, tesis también expresada por Montesquieu, Cremona acertado está punto de vista, porque efectivamente no basta con que el estado produzca el derecho ni que lo aplique, se hace necesario que resuelva las controversias originadas por estas actividades, pues por una parte una ley puede ser la agnada judicialmente por estimarse que tiene vicios que son en la constitución de legalidad, lo cual se haría al aplicarse a casos concretos, cuando menos en el derecho Mexicano, promovándose el juicio de amparo y de otro, la convivencia humana y la actuación del Estado por conducto de los autoridades determinan en forma permanente numerosos conflictos jurídicos referidos a bien de un aspecto de derecho a una cuestión de hecho. Desde el punto de vista material, el que nos interesa principalmente,

el estado, como es el de esta naturaleza, también realiza estos juicios y emite las resoluciones de cada uno de los poderes, el Legislativo y el Administrativo, cuyas resoluciones en esta última, pasan en el funcionamiento a los Tribunales de lo Contencioso, Administrativo y Laborales, no importa de momento, en consecuencia, cuál sea el órgano dependiente de los tres poderes que dirima controversias jurídicas, pues basta la realización de esta actividad el juez dicere, para que nos encontremos frente al acto jurisdiccional.

Ahora bien, en la doctrina se ha suscitado una polémica entre quienes afirman que el acto jurisdiccional implica necesariamente una contienda, esto es, un enfrentamiento de las partes, incluso cuando se trata de un juicio en rebeldía, y los que sostienen que esto no es indispensable, pues es suficiente la intervención de un derecho subjetivo cuyo respeto se reclama por conducto del estado, aún cuando no exista propiamente la controversia porque el demandado acepta las pretensiones del demandante, y, sencillamente, se trate de lo que se denomina (Jurisdicción voluntaria), donde sólo se solicita del juez, como órgano del Estado, la protección y aseguramiento de los derechos de los particulares, pero sin plantear conflicto alguno ni señalar demandado.

Así, por ejemplo, León Amador (4), en sus conferencias sur P Administration et le Droit Administratif, publicadas en el año de 1939, propone esta definición del acto jurisdiccional "para expresar bien cuáles son los actos emanados de la Administración activa que pueden tener el carácter de juicios, es preciso no detenerse en la superficie de las cosas ni considerar como acto de jurisdicción toda decisión que afecta un derecho.

Lo háere y puede dar lugar a reclamación en la vía contenciosa un juicio (contencia es una decisión sobre un litigio y para que haya litigio, se

(4) El Acto de Gobierno. José Elizondo Roberto. Ed Porrión. p. 347



necesario las críticas los surgen (relaciones que se a);

Mauricio 46), con el mismo criterio, afirma que es "absolutamente cierto que el Juez Francés está encerrado a totalidad en la competencia, es decir, en la solución de litigios determinados".

"Arthur 45), considera, en su trabajo teórico de separación desprovenir et separations des fonctions, que "para que la función de juzgar se ejerza, es necesario que existan cuestiones controversiales a dilucidar", y Jolinck, en sus Principes dominants du contentieux administratif, manifiesta, con igual parecer, que en una función judicial para que exista un debate controversial es que también exista un litigio, es decir, una litigación en juicio.

Bunnard 47), en su trabajo la conception materialle de la fonction Juris dictionnelle, expresa este criterio al decir que en el acto jurisdiccional es la consecuencia de una discusión surgida, respecto de un derecho subjetivo.

El distinguido Procesalista Uruguayo Eduardo J. Couture 48), "define la jurisdicción como la "función pública realizada por órganos competentes del Estado, con los fondos recaudados por la ley", al virtud de la cuál por acto de juicio se resuelve el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, se dirigen decisiones con autoridad de cosa juzgada, ejecutabilidad factible de ejecución".

Mauricio Guverger considera que la jurisdicción tiene un "fin doble: 49), una parte, al de frenar las violaciones de la ley cometidas por los ip

45)El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 346

46)El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 345

47)El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 343

48)El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed.Porrúa. p. 348

49)El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 345

diversos (Jurisdicción penal); por otra, la de dirimir las controversias que pueden surgir a propósito de la existencia o de la aplicación de una regla de derecho. (Jurisdicción civil). Gabino Fraga 50), "distinguido" administrativista mexicano, participa de la misma opinión, al decir que "La jurisdicción supone, en primer término y a diferencia de las otras" funciones, una situación de conflicto preexistente; surgen dos pretensiones opuestas cuyo objeto es muy variable".

Por nuestro lado estimamos que, en efecto, desde el punto de vista del objeto del acto jurisdiccional, entendido como materia y no como fin, es indispensable que ese acto resuelva un conflicto entre dos o más personas, pues no siendo así se trataría incontestablemente de un mero acto de aplicación de la norma jurídica a un caso particular, con lo que se identificaría con el acto administrativo. Ahora bien, el acto jurisdiccional se traduciría en una sentencia pronunciada con base en la ley por el órgano competente estatal, que, de hecho, puede también pertenecer al Poder Legislativo y al Ejecutivo, y pondría fin al conflicto jurídico, restaurando el orden normativo general y los derechos debidos en la controversia, no hay duda de que en el derecho mexicano, se acepta el criterio de que el acto jurisdiccional, tiene por objeto dirimir controversias jurídicas.

Así el artículo 103 de la Constitución dispone que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia suscitada por leyes o actos de la autoridad que violan las garantías individuales; por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y por leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad Federal.

De igual modo, en los artículos siguientes hasta el 107, se pone de manifiesto *ídem* tesis.

El grupo de autores que ve en la estructura del acto jurisdiccional su nota funcional real, considera que éste se compone de dos elementos ligados estrechamente entre sí y muy evidentes.

El primero se integra, a su vez, por dos situaciones, cada una: que se haya comprobado o reconocido plenamente que la regla de derecho ha sido violada, o que la situación jurídica, de que se trata sea negada o desconocida en su existencia o en su extensión.

El segundo elemento es la decisión que con esto sea comprobada.

Esta estructura, dicen los traductores que conforma los criterios no se encuentra en el acto administrativo considerado desde el punto de vista esencial. Cuando luego la existencia del primer elemento supone la presencia de un conflicto o controversia cuya solución definitiva se pide al estado por conducto del Poder Judicial, y termina en el instrumento jurídico que es la sentencia en grado de cosa juzgada (res iudicata o res iudicata habetur), es decir el segundo elemento.

Laband y Duguit (51), basándose en el concepto estructural, vigorizaron la tesis de que toda decisión jurisdiccional es un silogismo porque se integra de una premisa mayor, de una premisa menor y de una conclusión.

El primero de estos tratadistas considere que a la premisa mayor es la regla de derecho legislativa, la menor la comprobación de la especie concreta conocida al Juez, y la conclusión, la decisión de éste última.

Por su parte, el jurista Gordales (52), expresa lo siguiente: "lo que caracteriza esencialmente la función de juzgar es hallarse al estrado mismo ligado por el reconocimiento solemnado, verificado por él, del derecho objetivo y del subjetivo, y que la decisión que dicta debe ser la conclusión "silogística" de aquel reconocimiento o declaración jurídica, toda decisión jurisdiccional es un silogismo, constituye la mayor la regla"

51) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 351

52) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 351

de derecho que ha de aplicarse; lo menor, el reconocimiento auténtico del acto o del hecho contrario a esta regla o de la situación de derecho creada conforme a la regla misma, y la conclusión la declaración adoptada y hecha pública, la cual, es á su vez, consecuencia necesaria y lógica de aquel solenne y auténtico reconocimiento".

Participo de este criterio Gabino Fraga, 53) al decir: "hasta esa momento la declaración de existencia de un conflicto no hay más que una operación lógica de formulación de un silogismo, en el que la mayor parte es esta representada por la norma o situación jurídica que se pretende anular, lo menor por el hecho, estado o situación que se sostiene contrario a aquella y la conclusión por la declaración de si existe o no tal contradicción".

Resacas Siches 54), partiendo de su afirmación categorica de que la sentencia es una totalidad compleja de sentido unitario, de que la labor del juez consiste en realidad de una forma de valoraciones y de actos de voluntad, complementaria de la realizada previamente por el legislador. Hace una severa critica a la doctrina que considera la sentencia judicial como un silogismo. Kelsen 55), ha puesto en evidencia que el menos que las normas individuales, de la sentencia judicial y de la resolución administrativa con sus "derechos", como las normas generales, por que al igual que estas, aquéllas forman parte del orden jurídico total. Como puede parecerse, Resacas Siches se adhiere a la tesis de Kelsen 56), quien afirma que el acto jurisdiccional, como el legislativo, es creación, producción o posición de Derecho, siendo uno y otro actos dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica, lo cual es antagónico

53) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 351

54) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 352

55) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 352

56) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 352

co con la tesis del silencio que según el fallo dictado por el juez, no crea nuevos derechos, sino simplemente decide, a petición de parte, si ha habido violación o no de una norma jurídica o admite la existencia de derechos subjetivos cuando estos han sido negados o desconocidos, esto llevado implícita, respectivamente, por ahora las distintas modalidades o clases de sentencias que se dictan en las controversias jurídicas, creamos en este respecto, que Hugo Kocco S7), tiene razón cuando rebate este criterio de la teoría formalista y dice que la norma jurídica se distingue de los otros mandatos del Estado en que se impone a todos los ciudadanos y no al particular y vale para toda una categoría de tal clase y no ya para una relación jurídica singular, pero ello no implica que el mandato que emite mediante la publicación de la Ley, sea inmediatamente obligatorio, al igual que otro mandato del Estado, podrá surgir duda acerca del alcance real, podrá discutirse, por el carácter general abstracto y universal del mandato, si aquel caso o este otro entra o no en el ámbito de ésta o aquella norma-jurídica; pero para resolver esta duda sólo habrá necesidad de investigar cuál es, en su alcance real, la voluntad del legislador, sin embargo, esto es cuestión de interpretación del derecho, no de creación de él".

#### ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO POLITICO O DE GOBIERNO.

En páginas anteriores dejamos señalado que el Estado, como persona moral que es, realiza una diversidad de actos jurídicos y materiales tendientes a la conservación y afirmación de su propia existencia y al logro de los fines que le corresponden por propia naturaleza y por disposición de la Ley, los que al final de cuentas deben traducirse en el bien público. Se significó asimismo, que esa actividad se realiza en el Estado moderno

57) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 353

por conducto de tres poderes, siguiendo al pensamiento de Jheronimus, de carácter político-jurídico, denominado Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y también identificamos los rasgos más característicos de los actos legislativos y Jurisdiccional, lo que nos ha permitido distinguir entre unos y otro y emboscar por comparación los rasgos más relevantes del acto administrativo.

En seguida pasaremos a completar esta última noción, con lo cuál estaremos ya en aptitud de ocuparnos del acto de gobierno, sin embargo, por razón de metodología, estimamos necesario hacer breves consideraciones sobre el derecho administrativo y la administración pública, haciendo cuenta que uno y otros actos de gobierno y administrativo, son materia de aquéllos.

Pero por principio de cuentas, ¿Qué es la Administración Pública?

Puede decirse que todos los intentos realizados para definirla se han apoyado en los rasgos característicos del Estado existente a partir del siglo XVI en que se funda el Estado Nacional y desaparecen.

Por su parte, Leonard De White SS), manifiesta: "hasta donde llega la memoria humana, el arte de la administración ha sido una de las posesiones esenciales del hombre. La construcción de la pirámide fué una proeza administrativa de primer orden, tanto como una realización notable. La administración de los negocios del Imperio Romano, con los medios de que entonces se disponía, fué una gigantesca obra bien ejecutada durante siglos organizar el Estado Nacional sobre el feudalismo de la Edad Media y crear ejércitos disciplinados, de muchachos indisciplinados, de caballeros cubiertos con armaduras, fueron hazañas administrativas tanto como políticas, a pesar de las grandes diferencias, los siglos fué intrínsecamente el mismo que ahora hace posibles grandes empresas de negocios, sistemas continentales de Gobierno y las conquistas de

un orden universal".

Nuestros defensores a la administración pública como aquella que, mediante un sistema, permanente y continuo, que realiza el Poder Ejecutivo, tendiente al logro oportuno y cabal de los fines del Estado, mediante la prestación sistemática de servicios públicos, materiales y culturales, para lo cual dicho poder establece la organización y los métodos más adecuados, todo ello con arreglo a la Constitución, al Derecho administrativo y a criterios eminentemente prácticos.

Como acertadamente lo suscitara Woodrow Wilson en su trabajo clásico "do en el número 2 de la revista política Science Quarterly intitulado "The Study of Administration", los estudios sobre la administración pública se inician en el siglo XIX, a pesar de que la administración es "la parte más visible del Gobierno".

En el decenio de 1880, Federico Winslow Taylor, Director de importante empresa industrial, puesto alcanzado no obstante su origen obrero de la ciudad de Filadelfia, Estados Unidos, proclama inspirado en las ideas en boga, entre ellas las de positivismo científico que la administración como todos los fenómenos del universo, debería ser estudiada mediante la aplicación de métodos científicos con objeto de descubrir los principios que la rigen y derivar de estos, reglas técnicas para hacer más eficiente y eficaz su ejercicio.

Si bien, la influencia del derecho administrativo crece con gran vigor en Francia, Alemania e Italia, en cuanto a definir normativamente el "qué" debe hacer o dar la administración pública, y el "cómo" debe hacer o dar las particularidades cuando las mismas normas de derecho administrativo relacionan a una y a otros; o en otras palabras, para determinar los derechos y obligaciones del Estado frente a los administrados, así como los derechos y obligaciones de estos frente a la administración pública, el legalismo, no detuvo las corrientes pragmáticas que venía fluyendo a partir de los mencionados estudios generalísticos, en todo Europa, pues

se advirtió que no solamente era exigible la observancia de dicho postulado establecido por la Revolución Francesa sino también la necesidad del establecimiento de principios, bases y sencillas, que definirían el como debían manejarse los asuntos de la administración activa, dado que esto no era sólo beneficioso para los propios particulares, sino determinante para el buen Gobierno.

Corresponde a Lorenza Von Stein, Jurisconsulto y economista Austriaco, crear en el corriente a mediados del siglo XIX en el Continente Europeo, las bases para el desarrollo de la enseñanza de esos principios, a través de su carácter de profesor de economía de la Universidad de Viena. Las Escuelas Francesa y Alemana de derecho administrativo, de orígenes distintos, pero coincidentes en sus objetivos, fueron determinantes para las demás naciones del continente Europeo, principalmente en Italia, España y Austria, donde los estudios sobre la administración pública, desde los puntos de vista jurídicos y pragmático quedan encuadrados dentro de esa rama del Derecho público.

En pleno florecimiento de los estudios acerca de la administración del Estado, en 1918 se crea, en Bruselas, el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, el cual, de acuerdo con la corriente predominante en Europa, también impulsó los estudios sobre derecho administrativo, la mayor parte de sus fundadores eran profesores de esta disciplina jurídica; pero a partir de 1930, inició propiamente dicho, el estudio analítico de la actuación de la administración pública, sin tener en consideración a sus aspectos jurídicos.

Para el distinguido publicista Inglés, comprometido del liberalismo prevaliente en la época victoriana, el rule of law representa una de las dos características de las instituciones políticas inglesas, cuyos orígenes parten de poco después de la invasión normanda dirigida por Guillermo en la segunda mitad del siglo XI, desembarcó en Pevensey el 28 de septiembre de 1077, o sea "El derecho de los jueces a ejercer el control



del gobierno del ejecutivo".

La otra nota distintiva consistía en la supremacía de poder central, es decir, del parlamento, pero el rule of law, aparte de su aspecto político, tiene un sentido jurídico y otro filosófico muy importantes, el primero lo constituye el principio conocido como the process of law, que representa una garantía individual frente a los actos del Estado en cuanto a la aplicación de la ley, principio reconocido por las constituciones modernas.

En respuesta a lo anterior, (59), queda manifestar: "un Tribunal Administrativo como el Consejo del Estado, que forma parte de un cuerpo administrativo de gran experiencia y, por tanto, fallar basándose en los motivos de la conducta del funcionario con mayor libertad y acierto que un juez inglés con una formación completamente opuesta y ejerciendo un control legalista".

Criterio el cual nos adherimos plenamente, pues, en efecto, la experiencia adquirida en México con el funcionamiento del Tribunal Fiscal de la Federación y el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, ha demostrado plenamente la justificación de este sistema jurisdiccional de control de la observancia del principio de la legalidad.

La ausencia de un derecho administrativo en Inglaterra debe atribuirse a la naturaleza propia de su constitución, que se considera, en términos generales, como no escrita y de índole flexible, toda la facilidad para hacerle enmiendas; en realidad la parte escrita se encuentran en un gran número de documentos y estatutos comunes, entre los que sobresalen por su importancia y trascendencia.

En realidad, dice el destacado administrativista Jesús González Pérez, (60), el único requisito que se exige con carácter general para que un ac-

59) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 372

60) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 380

to administrativo son susceptible de impugnación en vía administrativa, es, aparte de la naturaleza administrativa, que son actos definitivos".

Esto es, expresamos nosotros, decisivo en cuanto significa la manifestación de voluntad final del Estado en materia administrativa.

El derecho administrativo, decíamos, tiene por objeto la administración pública, pero siendo esto al parecer tan sencillo, ha habido en la historia doctrinal de esa importante disciplina jurídica, diversas como opuestas corrientes de pensamiento en cuanto se refiere a su definición conceptual, dependiendo ésta falta de identidad del enfoque hecho y del tiempo en que vivieron sus autores.

Como dijimos, la Administración Pública, representa la parte dinámica del estado y por ello, concretamente del Poder Ejecutivo en cuanto que pone en práctica los fines sociales, económicos y culturales de la propia corporación política, representada por la organización que establece la mayor importancia, tanto desde el punto de vista estático o institucional, como activo o funcional.

Resulta evidente, que tal organización debe responder a las necesidades particulares de cada estado, dependiendo del grado de desarrollo alcanzado y de los sistemas políticos y económicos adoptados, desde el propiciado por el liberalismo clásico.

Existe un consenso general respecto al país que juzga el estado moderno en el proceso de desarrollo, al asumir una mayor responsabilidad en todos los órdenes de la actividad socio-económica.

Este reconocimiento implica la necesidad correspondiente de modificar cuantas veces sea necesario, los cuadros institucionales para lograr una eficiente y eficaz realización de las tareas del Poder Ejecutivo.

La complejidad de la administración pública de nuestro tiempo concierne, fundamentalmente, por la filosofía social del Estado, y por consecuencia su intervencionismo económico cada vez más necesario para la obtención de los efectos redistributivos de la riqueza nacional preconiza-

da por esta filosofía, obligan a una constante reorganización administrativa y a un examen permanente de los métodos y sistemas que deben emplearse para el logro cabal de los objetivos siempre de índole pública. Esto habrá de originar en la mayoría de los casos, la correspondiente reforma a la legislación administrativa.

A nuestro juicio, la definición del derecho administrativo, debe, necesariamente, tener en consideración el rico contenido social que caracteriza actualmente a la legislación administrativa en todos los países del mundo, aún en aquellos de corte capitalista o industrializado, y el carácter que el derecho en la actualidad más importante el derecho constitucional, merece al indiscutible intervencionismo del Estado.

Es bien sabido, por otra parte, que el derecho administrativo es el instrumento jurídico más eficaz de que se vale el Estado para obtener los fines de justicia social que se propone, en cuanto que con base en sus normas, los que se activan por los políticos gubernamentales del Poder Ejecutivo elabora y pone en práctica los planes y programas para el desarrollo y redistribuye el ingreso a través de la fijación y cobro de impuestos que han de traducirse en la consecución de los propósitos.

En nuestra opinión, es indócil concebir un derecho administrativo social autónomo, esto es, independiente del derecho administrativo, pues su existencia estaría subordinada a la filosofía de los regímenes gubernamentales del poder.

Por lo expuesto, definimos el acto administrativo como la manifestación de voluntad del Estado, expresada normalmente por el poder ejecutivo, con base en una norma de derecho constitucional o de derecho administrativo.

#### ACTO POLITICO O DE GOBIERNO.

Hemos precisado, así sucesivos, la naturaleza sustantiva de cada uno de los actos estatales, legislativo, administrativo y jurisdiccional, lo

cual nos permitió establecer las semejanzas y diferencias que existen entre sí.

Ahora bien, existen ciertos actos del género del poder ejecutivo que se apartan de la caracterización del acto administrativo como el llamado acto político o de gobierno.

De este último concepto de sus antecedentes, habremos de ocuparnos a continuación con el único fin de concluir si existe o no base sólida para considerarlos distintos, sustancialmente del acto administrativo tal y como lo hemos definido.

Primariamente consideramos necesario recordar que debe entenderse por político y determinar el significado de gobierno, pues en algunos casos la doctrina y el derecho positivo utilizan, de manera indistinta, el primer vocablo en otros, al segundo y por último, los dos palabras con un sentido airante.

La doctrina de los actos políticos o de gobierno, es manifestada Fernando Garrido Falla, en sus orígenes francesa y jurisprudencia, se trata como dice Ducot 61), de una prudente reserva del Conseil d'Etat a la evocación del recurso por exceso de poder, una especie de sanción al poder ejecutivo para evitar los recelos que necesariamente hubieran de producir en esto las crecientes conquistas de la justicia administrativa. En el artículo 89 de la propia Constitución se señalan las principales facultades y obligaciones del Presidente de la República, sin cuando no se consignan, como debiera ser, las facultades importantes de emitir leyes o decretos mencionados en la fracción I del artículo 71, ni la de suspender las garantías individuales establecida en el artículo 29.

Esas facultades y obligaciones son las siguientes:

Procurar y ejecutar las leyes que expide el Congreso de la Unión, prove

61) El Acto de Gobierno. Ríos Elizondo Roberto. Ed Porrúa. p. 405

y en el ramo de administrativo, de la Secretaría de Gobernación; nombrar y re-  
 mover a los Secretarios del Despacho, al Secretario General  
 de la Hacienda, al Jefe del Departamento del Distrito Federal y al Pro-  
 curador General de Justicia del Distrito Federal; resolver los puntos  
 diplomáticos y de las relaciones exteriores y nombrar, promover y  
 remover a los señores embajadores de la Unión, cuyo nombramiento o remoción  
 se efectúa de conformidad a otras normas de la Constitución o en las Leyes,  
 nombrar los ministros, agentes diplomáticos e cónsules generales, con  
 aprobación del Senado, nombrar con aprobación del Senado, los Embajadores  
 y cónsules oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerzas Aéreas Na-  
 cionales, y los cónsules superiores de Hacienda, nombrar a los cónsules ofi-  
 ciales del Ejército Armada y de Fuerzas Aéreas Nacionales, con arreglo a las  
 leyes del ejército terrestre, de la Marina, de Guerra y de la Fuerza  
 aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación,  
 disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos  
 que previene la fracción IV del artículo 76, declarar la guerra en nom-  
 bre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la  
 Unión, dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con  
 las potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación del Congreso  
 Federal.

En las disposiciones de la Ley de la Organización de la Administración  
 Pública Federal, se precisan las atribuciones que corresponden a cada  
 uno de los Secretarios y Jefes de Departamento de Estado, las cuales de-  
 ben considerarse, corresponden originariamente al Presidente de la Repú-  
 blica, en los términos de los artículos 80, 89 y 90 Constitucionales.

De acuerdo con lo que hemos supuesto, pueden considerarse actos de go-  
 bierno, los siguientes, que no se vinculan con la acción de administrar:  
 la declaración de guerra, la suspensión de garantías individuales; la  
 declaración de que existe un estado de sitio; las iniciativas de leyes o  
 decretos ante las Cámaras legislativas; la promulgación de leyes o decre-

tas, de voto a ínter y lo convocaría al congreso a sesiones extraordinarias.

Pero ni en la Constitución, ni en las leyes que de ésta derivan, se utilizó la expresión "acto político" o "acto de Gobierno", ni tampoco se prohibió a los Tribunales o autoridades administrativas conculcar de inconstitucionalidad los actos realizados con base en las facultades constitucionales que concede éste código al Presidente de la República, cuando han afectado la esfera jurídica de cada individuo.

La controversia surge en la fracción II del artículo 30. Constitucional al considerarse una disposición que implica nulidad de lo dictado, dice la siguiente:

Artículo 30. . . .

"II.- Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y grados pero por lo que concierne a la educación primaria, secundaria y normal y a la de cualquier tipo o grado, destinada a obreros y campesinos deberán obtener previamente en cada caso la autorización expresa del poder público. Dicha autorización podrá ser negada o revocada, SIN QUE SE SUJETA TALES RESOLUCIONES A PROCEDER JUDICIAL O ADMINISTRATIVO".

El constituyente de 1917 no estableció esta disposición; fueron las reformas al artículo 30. de la Constitución, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 13 de diciembre de 1934, las que la introdujeron. Posteriormente fué ratificada al hacer varias otras modificaciones a ese precepto las que fueron publicadas en dicho órgano el 30 de diciembre de 1946.

Independientemente de los motivos que el legislador de 1934 hubiera tenido para introducir estas reformas - que no corresponde aquí analizar - consideramos que la citada disposición contradice lo establecido en los artículos 10., 14., 16., 103 y 107 de la propia Constitución porque implica el derecho de defensa.

3. efectos:

El artículo 14 establece que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías individuales que otorga la Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y en las condiciones que ella misma establece.

En el artículo 14 se consagra una de las más importantes garantías individuales que otorga la Constitución como es la de que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante "juicio" seguido ante los Tribunales provinciales establecidos en el caso de cumplir la formalidad de los juicios del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al juicio.

Por su parte el artículo 15, que también contiene otra valiosa garantía individual, dispone que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la Autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El artículo 133 dispone, que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

Finalmente en el artículo 137 se establece que todas las controversias a que se refiera el citado artículo 133, se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la Ley; este precepto establece el juicio de amparo que es orgánico del sistema jurídico mexicano. Ahora bien, aún cuando existieron estas disposiciones en la Constitución al establecer que un derecho puede ser revocado por la propia autoridad administrativa que lo concedió, sin probar previamente la existencia de una causa de nulidad del acto de otorgamiento, o que el titular de ese derecho en el caso de una autorización para impartir atención - no cumplió con los requisitos condicionantes de su vigencia, es ya, por sí sólo, violatorio de uno de los derechos humanos más preciados, como es el de defensa.

Para existencia precisa de esos presupuestos con fundamentos como son los contenidos en los mencionados artículos 101, 114, 115, 108 y 107 de la Constitución, no puede ser calificada tal alteración, sino como un abando jurisdiccional.

Desde otro punto de vista ese precepto también se opone a lo establecido en el artículo 49 de la Constitución el cual estatuye que el "Supremo Poder de la Federación", se divide, para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, porque dispone que contra de un acto del poder Ejecutivo no proceda juicio o recurso alguno, lo tanto como empujar el poder judicial, su vida esencial fundida: hacer justicia, y, con ello alterar el necesario equilibrio entre los tres poderes que ordena el propio Código fundamental.

Por otra parte, esta disposición que hace extra jura ordinem, el acto administrativo deteriora la imagen de los Tribunales en cuanto a que da la impresión de que desconoce de su recta actuación, la cual es totalmente indebido por apriorístico y por desconocer el limpio historial de los órganos jurisdiccionales mexicanos.

Ahora bien, es principio elemental de la técnica legislativa que cuando dos disposiciones que forman parte de un código se oponen en la costumbre, una de ellas debe de desaparecer.

En la aplicación a este principio, ¿cabría alguna duda de que debe de prevalecer en nuestro texto constitucional la disposición que se opone a las que consagran los derechos humanos y garantizan su pleno respeto?

Véase como, sin hacer referencia a actos políticos o de gobierno, el derecho objetivo pueda establecer, aún en una constitución o lo cual es muy grave - bases para impulsar la arbitrariedad y el abuso del poder.

Un vínculo estrechamente con la pretendida inmunidad jurisdiccional de ciertos actos del Estado, es lo que se conoce con el nombre de "Fuero" o "Inmunidad" y del cual gozan por disposición constitucional determinadas funciones de alto jurisdiccional y administrativas de ciertos



Principiaremos por el fin que la citada palabra "fuero" tiene diversas acepciones, pero las que nos interesan son las precisadas por Don Juan Quiñ Escricha, como sigue:

"Las cartas de privilegios, o instrumentos de exenciones de gabelas, concesiones de gracias mercedes, franquezas y libertades y así acordar por el fuero e ir contra fuero, conceder o confirmar fueros, no es más que otorgar solemnemente y por escrito semejantes exenciones y gracias, o pasar contra ellas".

El Tribunal del Juez en cuya jurisdicción esté sujeto el reo o de causa de y fuero especial o privilegiado es el poder de conceder o el lugar en donde se concede que las causas civiles o criminales de cierta clase o de ciertas personas que las Leyes han sustraído del conocimiento de los Tribunales Generales u ordinarios".

La constitución de 18 de febrero de 1917 establece el "fuero" como una inmunidad a favor del Presidente de la República, de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Estado y el Procurador General de la República, y en ningún caso como impunidad. Estas situaciones de exención se autorizan y regulan en los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113 Constitucionales y tienen su origen más remoto cuando menos en lo referente a responsabilidades oficiales - en la Constitución Americana - de 17 de septiembre de 1787, que disponía en sus entonces:

Artículo I sección III. 6 "361o al Senado incumba la facultad de Juzgar por responsabilidades oficiales (to try all impeachments), y cuando se reunieron con este objeto, los Senadores prestarán un juramento o promesa".

Artículo I, sección III. 7 "En las causas por la responsabilidad oficial de que se trata, la sentencia condenatoria no podrá exceder de la destitución de empleo o inhabilitación para poder obtener y desempeñar cargo alguno honorífico, consajil o lucrativo de la Federación; pero

En este sentido también, no obstante, sujeto a sus acciones, juzgada, sancionada y castigada con arreglo a derecho".

Artículo I, sección VI. "Excepcionalmente los casos de detención, prisión o privación de la tranquilidad pública, tendrán en todos los casos más el privilegio de no ser revocados durante el período de los viajes a que asistirán o en su viaje con motivo de ellos. Fuera de las mismas causas no podrán ser reiterativamente cuestionados por ninguno de sus discursos o de los debates en que intervinieren cuando parta".

Artículo II, sección IV. "El Presidente, Vicepresidente y todos los demás empleados civiles de la Federación serán revocados de sus empleos, empleos que fueren otorgados y convalidados de traición, cohecho, malversación u otros delitos o faltas graves".

Ahora bien, el artículo 108 de nuestra Constitución, dispone lo siguiente:

Los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho y el Procurador General de la República, son responsables por los delitos cometidos que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo. Los Gobernadores de los Estados y los Diputados a las legislaturas locales, son responsables por violaciones a la Constitución y leyes federales.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Como se podrá observar, en realidad, este dispositivo sólo concede inmunidad al Presidente de la República, en tanto ocupa este cargo, siendo aplicable en este caso la primera acepción que da Escrivá de la palabra fuera y señala que los altos funcionarios son responsables por los delitos, faltas u omisiones en que incurran, sean oficiales o del orden de

món; a este respecto, el artículo III Constitucional, establece que el Congreso de la Unión expedirá una "Ley de Responsabilidad de todos los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales".

Esta ley fué promulgada el 30 de diciembre de 1959 y ha sido objeto de diversas modificaciones.

De la Lectura de los artículos 109, 110, 111 de la Constitución, se desprende claramente que tratándose de delitos oficiales, el "fuero" a que se refieren no tiene el significado de inmunidad que establece el artículo 108 en favor del Presidente de la República; sino la segunda excepción que de el mencionado diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escorche, en cuanto se sustraen al acoso de los Tribunales comunes para sustraerlo a uno especial.

Es decir, que éste "fuero" tiene por objeto únicamente que sean las Cámaras de Diputados y Senadores, según se trate de delitos del orden común o de carácter oficial, los que se erigen en tribunales que la constitución denomina "gran jurado" y juzguen si se cometió o no el delito de que se trata, pero no liberen al funcionario de la pena correspondiente, en caso de que hubiese realizado el acto u omisión sancionados por las leyes penales aún cuando esté ocupando el cargo oficial.

Es bien sabido por otra parte, que el origen de este fuero, que llamaremos "jurisdiccional" encuentra su justificación en la necesidad de garantizar plenamente al funcionario libre cometido de su función frente a cualquier acto de presión o represalias de parte de fuerzas policíacas; "las amenazas para impedir el ejercicio de sus funciones a los integrantes de los Poderes Legislativo y Judicial - Félix (San Román de), pueden provenir principalmente del Ejecutivo, mediante detenciones arbitrarias aunque en menor medida, también existe el peligro de que los actos

ridades judiciales interfirieran los tribunales en el ejercicio de las funciones de los otros poderes suscitados procesos e instancias de agraviación sólo contra sus miembros.

Para detener estos patológicos abusos se erige el fuero, que sólo cede ante la resolución del órgano legislativo competente.

Es conveniente aclarar que en caso de que se declare culpable al acusado de un delito oficial, no se lo separará de sus funciones, y quedará a cargo de los Tribunales ordinarios el juzgarlo y sancionarlo con arreglo a la Ley; si se tratara de delitos de otro orden, el acusado será suspendido en sus funciones hasta en tanto los Tribunales competentes resuelvan en definitiva si es o no culpable.

En otras palabras: El fuero sólo de inmunidad transitoria y no impunidad. Sin embargo, si bien es cierto, que se establecen las constituciones con el fin de proteger a los sistemas democráticos de cada país basados en la libertad y en la fuerza popular, es de lamentar que éste propósito se distorcione y se convierta en instrumento de opresión de gobiernos arbitrarios, con violación de los más altos principios del derecho y de la moral.

Terminaré con las palabras de Rodolfo Von Jhering: 63), "La resistencia contra la injusticia es un deber; deber de la persona para consigo misma porque se trata de un precepto de la propia conservación moral; deber también para con la comunidad, porque la conciencia del ciudadano se hace la resistencia no pueda conseguir sus fines donde sea común y general".

63) El Acto de Gobierno. José Elizondo Roberto. Ed. Porrúa. p. 432

## CONCLUSIONES:

El acto político puede clasificarse, acotando los actos políticos a los actos administrativos parcialmente reglados y parcialmente discrecionales.

Bastaría decir al momento que se trata de un acto administrativo parcialmente reglado y parcialmente discrecional.

Este acto estaría sometido al control de la legalidad en cuanto a su parte reglada se refiera y respectiva a que controlar en lo que hace a su parte discrecional.

Además de notar que desarrollarse dentro de los límites señalados el poder discrecional puede ser controlado en cuanto a su ejercicio se refiere considerando tres situaciones distintas.

1.- La obligación del órgano administrativo al dictar un acto en ejercicio de su poder discrecional, de examinar las circunstancias de hecho que dieron origen al mismo.

2.- El exceso de poder negativo.

Esto ocurriría cuando el órgano administrativo que tiene un poder discrecional, para rechazar una petición, lo hace dando un motivo que es reconocido como jurídicamente inexacto.

La decisión en este caso está viciada de exceso de poder negativo.

3.- La renuncia al ejercicio de un poder discrecional. Es lo que ocurre cuando el órgano administrativo, en lugar de ejercer su poder discrecional, recurre a un órgano consultivo para obtener su parecer y dicta una resolución con esta base.

Toda actividad administrativa resultan de la ejecución de la ley y deben estar en consecuencia sometidos al Principio de Legalidad; y esto está demostrado por dos proposiciones siguientes:

a).- En un estado de derecho ninguna autoridad puede tomar una decisión individual sino está comprendida entre los límites fijados por una ley.

posición normativa, vale decir, una ley en sentido estricto.

b).- Es necesario para que un país posea un estado de derecho que exista un órgano jurisdiccional que reúna todas las condiciones de independencia, de imparcialidad y de competencia.

Ante este órgano jurisdiccional se deberán llevar los recursos para anular toda decisión que se haya tomado en violación del derecho.

## CONCLUSIONES:

- 1.- Los actos administrativos se han de entender en su sentido literal.
- 2.- Cuando los actos estuvieran expresamente condicionados por determinados motivos o presupuestos, la interpretación literal se acomodará a lo que resulte congruente con los motivos o presupuestos determinantes del acto.
- 3.- Se ha de tender siempre a interpretarlos de la manera más equitativa posible a los efectos de compensar las facultades administrativas con los derechos y obligaciones que derivan para el particular.
- 4.- Cuando los actos tengan por objeto la concesión de un privilegio, se entenderán restrictivamente.
- 5.- El desconocimiento por la administración del principio de la no retroactividad constituye no solamente un exceso de poder sino también una falta susceptible de traer aparejada su responsabilidad.
- 6.- En cuanto a los actos que crean derechos y deberes recíprocos a cargo de la administración y de los particulares su carácter retroactivo es admisible en la medida en que se equilibren las ventajas y los cargos.

## DECISIONES ADMINISTRATIVAS RETROACTIVAS

- 1.- Aplicarse a los actos jurídicos nacidos antes de su intervención.
- 2.- Modificar una situación objetiva con respecto a una época anterior a su publicación.
- 3.- Modificar un situación subjetivo aún cuando fuera elemento para el futuro.

### LIMITES AL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

- a).- Respeto al principio de legalidad. Ello porque si bien el principio de la no retroactividad lleva en sí mismo su propia justificación, queda subordinado, jerárquicamente, a la observación o al restablecimiento de la legalidad;
- b).- En ocasiones la retroactividad del acto se impone por su propia naturaleza;
- c).- Cuando la seguridad del comercio jurídico no está en juego, el respeto del principio de la no retroactividad no se impone de manera tan firme.
- d).- La administración puede anular los actos ilegítimos. El acto de anulación tiene efectos ex-tunc, vale decir carácter retroactivo. En esta forma queda salvaguardado el principio de la legitimidad. El acto inválido puede ser retirado del mundo jurídico en cada jurisdicción, y el acto administrativo que haga efectiva esa resolución tendrá carácter retroactivo. Estas decisiones retroactivas pueden ser destructivas o constructivas. En el primer caso la decisión administrativa viene a cancelar el efecto destructivo del acto de



invención dictada en sede jurisdiccional. En el segundo caso la doctrina administrativa trata de reconstruir nuevamente aquella aplicación del ordenamiento jurídico en la que el caso invocado se había introducido como un elemento de decisión.

- e).- En cuanto a la retroactividad derivada de la naturaleza de los actos, se puede decir que la doctrina que admite la distinción entre actos declarativos y constitutivos, reconoce a los primeros la posibilidad de tener un efecto que se remonta al momento en que tuvo lugar el hecho consuetudinario por ese acto.
- f).- Igualmente, por ómnino la retroactividad tolerada, particular en el hecho. Para comprender esta tolerancia hay que advertir que el principio de la no retroactividad se introdujo en el derecho con el objeto de proteger la seguridad del comercio jurídico de proteger a los particulares. La no retroactividad no tendrá objeto cuando el acto no perjudicará a los particulares y menos cuando les fuera ventajoso.

El principio de la no retroactividad no prepara al juez una absoluta regla de interpretación de los actos administrativos equivocados, sino que se presenta como una regla de derecho objetivo cuyo cumplimiento debe observar el órgano administrativo bajo pena de nulidad de sus actos.

## BIBLIOGRAFIA

Ríos Elizondo, Roberto.

"El acto de Gobierno", Edit. Porrúa.

F. Cárdenas, Raúl.

"Responsabilidad de los Funcionarios  
Públicos". Edit. Porrúa.

Ríos Manuel, María.

"El Acto Administrativo", Argentina,  
Buenos Aires, Argentina.

Castro Rojas, Andrés.

"Derecho Administrativo". Edit. Porrúa