

# *Letras Jurídicas*

## Volumen 11

Enero - Junio 2005

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

[letrasjuridicas@hotmail.com](mailto:letrasjuridicas@hotmail.com) y [contacto@letrasjuridicas.com](mailto:contacto@letrasjuridicas.com)

*Invitados*

PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*. Alianza Editorial, Madrid, 2003. 369 p.

Dra. Ma. del Carmen Ainaga Vargas\*

La obra objeto de la presente reseña versa sobre los problemas que suscita la exigencia de reconocimiento de derechos de las minorías y, en virtud de su carácter interdisciplinario, se compilaron en él artículos, no sólo de filósofos del derecho y autores relacionados con el mundo jurídico, sino también de sociólogos y antropólogos. El libro recoge los trabajos expuestos sobre ese tema.

Tras una presentación de *Javier De Lucas, Paolo Comanducci, en «La imposibilidad de un comunitarismo liberal»*, critica y considera inaceptable la interpretación que algunos autores han hecho de la Declaración on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religions and Linguistic Minorities, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992, y del protocolo adicional de la Convención europea sobre los derechos del hombre, aprobado por el Consejo de Europa en febrero de 1993, en el sentido de considerar estos documentos como una primera realización del comunitarismo liberal. Para Comanducci, la Declaración y el protocolo adicional «contienen medidas para las comunidades, pero sin justificaciones comunitaristas».

En «**Igualdad y minorías**» **Luis Prieto Sanchís** plantea la cuestión de las conexiones existentes entre igualdad y minorías; más en concreto, la cuestión de determinar si la pertenencia a una minoría puede justificar algún género de desigualdad normativa, ya sea de discriminación directa o de discriminación inversa. Para acometer el estudio de esta cuestión, lleva a cabo previamente una clarificación del principio de igualdad y del concepto de «minoría». Para Prieto Sanchís, por lo que a las minorías culturales concierne, la igualdad debe ser tratada en relación a tres problemáticas: la no-discriminación, la uniformidad (desaparición de las minorías vía la asimilación) y la función promocional del Estado. Atendiendo al régimen constitucional español y a los valores de libertad, igualdad y laicismo (neutralidad cultural del estado) que lo inspiran, no puede existir discriminación alguna en virtud de rasgos culturales; es decir, la pertenencia a una minoría no vale como criterio de restricción del ejercicio de los derechos. Para evitar el asimilacionismo, hay que respetar la diferencia cultural y defender la tolerancia como mecanismos protectores de las minorías. Con todo, el problema se plantea cuando las prácticas o costumbres de las minorías entran en conflicto con el Derecho. Opina que las minorías socioeconómicas plantean problemas de igualdad sustancial y de discriminación inversa. Problemas que exigen una justificación de la igualdad sustancial y, en segundo lugar, una justificación de la obligación de los poderes públicos de articular medidas de discriminación inversa. Prieto Sanchís muestra cómo la igualdad material y las medidas de discriminación inversa pueden adquirir su justificación en tanto que condiciones necesarias para la universalidad de los principios de dignidad formal y de autonomía.

---

\* Directora e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

En un claro, ordenado, preciso y completo artículo **«Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros»**, **Fernando F. Mariño** recoge algunas definiciones doctrinales de minoría utilizadas en el derecho internacional en materia de protección de las minorías; muestra cómo existe un amplio consenso en la Comunidad Internacional en torno a los elementos esenciales de la definición de «minoría», lo que le permite al autor ofrecer una acertada definición y desarrollar sus caracteres esenciales; se ocupa de las relaciones jurídicas existentes entre las «minorías» y otros grupos humanos también protegidos por el derecho internacional, tales como los extranjeros, los inmigrantes y los pueblos indígenas; nos informa sobre los derechos individuales de las minorías y sobre los derechos de las minorías como tales (el derecho a la existencia y el derecho al mantenimiento de la propia identidad) protegidos específicamente por diversos instrumentos jurídicos internacionales, así como sobre cuáles son las obligaciones internacionales de los Estados en materia de trato a las minorías y a las personas que las integran; y finaliza refiriéndose a las garantías internacionales del respeto a los derechos de las minorías y de las personas que las integran, y a las técnicas diplomáticas de prevención y solución pacífica de los conflictos interestatales surgidos por enfrentamientos en torno a la protección o trato de minorías.

En su artículo **«La ciudadanía, una apuesta europea»**, **Massimo La Torre** distingue dos concepciones de la ciudadanía cada una de las cuales comporta nociones de libertad, concepciones de «justicia», conceptos de «constitución», visiones de la representación política e, incluso, conceptos de honor propios y distintos. Analiza las relaciones entre los conceptos de ciudadanía (concebida como el estatus de miembro de una comunidad política concreta) y de subjetividad jurídica (personalidad jurídica, sujeto de derechos), así como las dos tensiones que surgen en torno a la ciudadanía: una primera tensión, que surge entre los dos modelos distintos de ciudadanía (un modelo excluyente, basado en una concepción «orgánica» de la comunidad política y un modelo inclusivo, sustentado sobre una idea «constitucional» o «contractual» de cuerpo político); y una segunda tensión, que se da entre el concepto universal e inclusivo de subjetividad jurídica y una noción excluyente de ciudadanía. La Torre critica el modelo «orgánico», aboga por el modelo «constitucional» y defiende la antecendencia conceptual y moral de los derechos civiles y de la personalidad jurídica sobre los derechos políticos y sociales, así como sobre la ciudadanía.

**Manuel Martínez Sospedra**, en **«Universalidad e igualdad de los derechos»**, muestra cómo la posición de las minorías en el Estado depende del modelo de Estado y de minoría de los que se parta y cómo varía en función de estos. A este respecto, discierne tres modelos de Estado nacional (estado nacional étnico, república democrática liberal y república democrática pluralista) y tres modelos de minoría (minorías nacionales, étnicas y de incorporación). En el Estado nacional étnico se les niega a las minorías en cuanto tales la plena ciudadanía; las minorías deben integrarse y desaparecer como grupos con una cultura diferente. En la república democrática liberal las minorías no pueden ser sujetos públicos, en ella sólo reconoce individuos y los ciudadanos con una cultura diferente a la mayoritaria pueden defenderse alegando discriminación y lesión de la igualdad. En la república democrática pluralista hay reconocimiento de las minorías como sujetos públicos. Este reconocimiento plantea el problema de coherencia las exigencias del principio de igualdad con las del principio de diferencia. A juicio de Martínez Sospedra, en una República Democrática Pluralista las exigencias del principio de igualdad obligan a ir más allá de la igualdad formal para establecer medidas destinadas a la obtención de la igualdad sustancial

de las minorías con respecto al grupo mayoritario. Lo justificable de esta exigencia no obstante que ella entre en tensión con la exigencia, inherente al estado de ciudadanos, de una identidad de régimen legal con respecto a derechos políticos y civiles.

En «¿Derechos de las minorías o igualdad?» **F. Rousso-Lenoir**, de la Universidad de París, muestra los escollos de orden ético (el intento de establecer un régimen especial y colectivo de derechos resulta contradictorio con las exigencias de reconocimiento universal de los derechos humanos y corre el riesgo de privilegiar la pertenencia comunitaria en detrimento de la libertad individual), jurídico (la imposibilidad e inoportunidad de establecer una definición de «minoría» capaz de circunscribir todos los tipos) y político (temor de los Estados de alimentar pretensiones secesionistas susceptibles de cuestionar su unidad nacional) con los que se han encontrado los distintos intentos de elaborar derechos de las minorías.

Según Rousso-Lenoir, para proteger a las minorías no es necesario seguir promulgando catálogos de derechos, nuevo derechos. La protección de las minorías es intrínseca a la de las libertades y a la del principio de igualdad y lo que hoy se requiere no son nuevos derechos, sino «la garantía colectiva e internacional de su aplicación efectiva a las minorías».

**Leslie S. Laczko**, de la Universidad de Ottawa, en «El pluralismo canadiense en una perspectiva comparativa», se plantea la cuestión de por qué algunos Estados contienen un mayor grado de diversidad y pluralismo étnico y lingüístico que otros. Aborda esta cuestión comparando el nivel de pluralismo de Canadá con el de otros estados y, especialmente, con el de los Estados Unidos de América. Realiza la comparación en torno a cinco variables o ejes: pueblos nativos, dualismo lingüístico, regionalismo y federalismo, grupos étnicos y de inmigrantes, y religión. Los estudios comparativos le permiten llegar a algunas conclusiones de interés: Canadá es un país con mayor pluralismo que EE.UU.; el mayor pluralismo de Canadá se debe, en gran parte, al modo como el Estado canadiense se desarrolló en competencia con Estados Unidos; en términos generales, los países con niveles más altos de desarrollo socio-económico tienden a tener niveles más bajos de pluralismo que los presentes en los países menos desarrollados (lo que resulta conforme con las predicciones de la teoría de la modernización), a este respecto, Canadá, EE.UU., Bélgica y Suiza constituyen casos excepcionales.

En «Para una política inmigratoria en Italia» **Mario G. Losano**, del *Istituto per la Documentazione e Informatica Giuridica di Firenze*, ofrece datos sobre la inmigración extracomunitaria en Italia; nos informa sobre las repercusiones de la inmigración extracomunitaria en la economía italiana, así como sobre los problemas y la situación de los inmigrantes magrebíes, chinos y senegaleses ubicados en Italia; apunta las fases que se han de seguir para la inserción social del inmigrante en el país de acogida; critica el mito regenerador de las «nuevas culturas» traídas por los inmigrantes y constata el surgimiento de un racismo culturalista o diferencialista; se ocupa de los problemas y límites económicos que plantea la acogida de los inmigrantes; muestra la necesidad de que toda política inmigratoria articule respuestas de tres tipos: defensivas (establecimiento de cuotas), asistenciales y promocionales (facilitar la integración); finalmente, realiza algunas propuestas políticas para controlar el flujo migratorio y las consecuencias de la inmigración y termina manifestando su temor a que, para frenar la inmigración, se opte por el recurso a la fuerza militar.

**Chr. Giordano**, de la Freiburg Universität (Suiza), en «Estado nacional, discurso étnico y reconocimiento de las minorías. Un análisis etnoantropológico con especial

**referencia a Europa centro-oriental**», plantea, en primer lugar, la cuestión de hasta qué punto el Estado nacional y la existencia de minorías constituyen dos realidades irreconciliables o irresolublemente antinómicas. A este respecto, el caso de Suiza mostraría cómo no tiene porqué existir necesariamente incompatibilidad entre el Estado nacional y la presencia de minorías. Pero la experiencia helvética constituye una «especificidad histórica» inexportable, pues según Giordano Suiza pasó del medievo a la contemporaneidad sin pasar por los procesos que han llevado a la gestación de los estados nacionales modernos europeos. Posteriormente, se ocupa de las filosofías o discursos étnicos que se encuentran en la base de los mecanismos institucionales reguladores de las relaciones entre estado nacional y minorías. En virtud de la «filosofía étnica» considera posible distinguir en Europa al menos tres modelos ideales de Estado nacional: el francés (basado en la *citoyenneté*, el *jus soli* y el asimilacionismo), el alemán (basado en el *Volk*, el *jus sanguinis* y el diferencialismo) y el anglosajón. Además, se ocupa del discurso étnico que existió en la Unión Soviética (discurso basado, en la teoría, en la doble pertenencia: ciudadanía y nacionalidad, pero que, en la práctica, funcionó como instrumento de segregación, discriminación y estigmatización) y de los discursos étnicos existentes en los países poscomunistas de Europa centro-oriental. Motivados por el mito de retornar a un estadio presocialista, en estos países se rechaza el modelo soviético y se tiende a restaurar la «filosofía étnica» alemana basada en la idea de *Volk*, que era el modelo generalmente vigente en estos países durante el período presocialista, lo que ha conducido, en la mayoría de los casos, a una territorialidad monoétnica excluyente. Tras analizar y criticar los distintos discursos a los que nos hemos referido, el autor concluye apuntando, sin desarrollar, la necesidad de abandonar tanto la idea de estado nacional como la de estado plurinacional para avanzar hacia un nuevo discurso sustentado en la idea de un estado «transnacional» o «anacional».

En «**Introducción a la ley sobre los derechos de las minorías nacionales y étnicas en Hungría**» **Pal Schmitt**, a la sazón embajador de Hungría, nos informa sobre la Ley sobre los Derechos de las Minorías Nacionales y Étnicas aprobada en 1993 por la Asamblea Nacional de la República de Hungría. Es de resaltar que la ley tenga como objetivo detener el proceso de asimilación de las minorías nacionales y étnicas y preservar su identidad, que en ella se reconozca el derecho a la doble o múltiple vinculación nacional, así como diversos derechos colectivos de las minorías nacionales y étnicas, y que se articulen garantías para hacerlos efectivos.

Finalmente, en el artículo que cierra el libro, «**Pluralismo normativo e igualdad jurídica. La repercusión de los movimientos migratorios de las minorías étnicas: la adopción por los extranjeros en Brasil**», **Marcela Varejao**, de la Universidad Católica de Pernambuco, nos permite conocer la situación de los menores en Brasil y, más en concreto, en el estado de Pernambuco. La autora subraya los muchos aspectos positivos y las avanzadas posibilidades que brinda la principal ley brasileña de menores (el Estatuto da *criança e do adolescente*), pero resalta cómo su aplicación ha sido escasa, pues la explotación, el ejercicio de la violencia y los malos tratos sobre los niños, el asesinato y el exterminio de menores (realidades sobre las que ofrece sobrecogedores datos) han sido potenciados y amparados por la corrupción policial e institucional y por la omisión generalizada de las autoridades públicas.

En definitiva, las breves referencias que hemos ido realizando de los contenidos de los distintos trabajos recogidos en *Tolerancia y minorías* pueden contribuir a mostrar que la obra contiene un excelente elenco de trabajos cuya consulta resultará de gran utilidad e

interés y sumamente provechosa por todos quienes deseen profundizar en la cuestión de los derechos de las minorías.

## El Parlamento Europeo y su nueva circunstancia (\*)

Ángela Figueruelo Burrieza \*

“Nuestra Constitución se llama democracia porque el poder no está  
en manos de unos pocos sino de la mayoría”  
Tucidides II.37

**RESUMEN:** El Tratado de Roma por el que se establece una Constitución para Europa fue solemnemente firmado en Roma el día 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los 25 Estados Miembros de la Unión Europea. España acaba de superar afirmativamente el Referéndum consultivo al que todos los ciudadanos fuimos convocados el día 20 de febrero de 2005. En el artículo 20 de la Parte I del citado texto normativo se regula el Parlamento Europeo como una de las Instituciones de la Unión Europea que ahora adquiere personalidad jurídica (artículo I-7). Es, sin duda, la institución ganadora de la presente reforma porque pasa a ejercer, en condiciones de igualdad con el Consejo de Ministros, la función legislativa y el monopolio de la función presupuestaria. De la composición muy numerosa ( con Niza 732, para el futuro 750, eurodiputados con un mandato de cinco años), ejerce funciones de control político y consultivas y elige al Presidente de la Comisión – institución que representa los intereses de la Europa unida en la diversidad – además de a su Presidente

**ABSTRACT:** *The Treaty of Rome, which establishes a Constitution for Europe was signed in Rome on October 29<sup>th</sup> 2004 by the 25 states that are members of the EU. Spain has voted “yes” to the European Constitution on the last Referendum held in our country on February 20<sup>th</sup> 2005. The article 20 of the 1<sup>st</sup> Part of the European Constitution states that the European Parliament is one of the European Institutions which now acquires juridical personality (article I-7). The Parliament is, without a doubt, the winner Institution of the present reform. It exercises the legislative and the budget functions, together with the European Council. The members of the European Parliament are numerous (with the Treaty of Nice they were 732, in the future they will be 750 with a mandate of five years). The European Parliament exercises political control and consultative functions and it also chooses the President of the European Commission (institution which represents the interests of the EU). There is an essential difference between the*

---

\* (\*) Texto readaptado y ampliado de la Conferencia pronunciada en la Universidad Pública de Navarra, el día 15 de noviembre de 2004, en el marco de las Jornadas sobre “Las funciones de los Parlamentos en el marco de la Constitución Europea”.

\* Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca.



la Mesa de entre sus Diputados.

A pesar del efecto mimético ejercido por los Parlamentos de los Estados miembros que se aprecia en la elección de sus Diputados, en su estructura y funcionamiento, en el estatuto de los parlamentarios, etc., sigue existiendo una diferencia esencial con sus modelos nacionales porque éstos son titulares en exclusiva “*ex constitutione*” de la función legislativa, y el Parlamento Europeo, representante de los ciudadanos de la Unión, aunque ha luchado mucho por encontrar un lugar propio en la construcción europea, la mayor conquista que ha logrado ha sido el procedimiento de codecisión, que le permite actuar en igualdad de condiciones con el Consejo de Ministros – que defiende los intereses de los estados miembros – a la hora de elaborar normas, pero careciendo de iniciativa legislativa que está reconocida a la Comisión. De momento no se va a poder avanzar más en la atribución de la capacidad legislativa al Parlamento: seguimos estando en la Europa de los Estados y de los ciudadanos. La Unión Europea no es un Estado, sino una organización supranacional “*sui generis*”.

**Palabras claves:** Parlamento Europeo

*European Parliament and the different national Parliaments of the member states, because the national Parliaments exercise the legislative power, and the European Parliament, which represents the citizens of the EU, shares its ability to elaborate laws with the European Council, which defends the interests of the member states, but the European Parliament does not have the legislative initiative that the European Commission has. By the moment the European Parliament is not going to get any other legislative function: the EU is still formed by different States. The EU is not a State, it is a very special supranational organisation.*

**Key words:** European Parliament

**SUMARIO:** Introducción. 1. Naturaleza jurídica. 2. Elecciones y composición del Parlamento Europeo. 3. El estatuto de los parlamentarios, 4. Estructura y funcionamiento del Parlamento Europeo. 5. Las funciones del Parlamento Europeo. 5.1 Funciones de control democrático. 5.2 La capacidad de iniciativa legislativa, 5.3 Funciones en el proceso normativo. 5.4 Funciones presupuestarias. A modo de conclusión. Bibliografía de Referencia

## Introducción

Desde los años sesenta se han venido publicando trabajos en los que se insiste en el “déficit comunitario democrático” debido al escaso papel conferido al Parlamento Europeo y a la poca transparencia en los procesos de negociación y funcionamiento en el seno de la Comunidad Europea. Actualmente no faltan autores que consideran que dicha idea ha alcanzado la dimensión de “un mito” que debe desaparecer al analizar con detalle la originalidad del modelo comunitario de integración.

Desde 1951 hasta el día de hoy ha prevalecido la idea de someter la voluntad de los Estados miembros a una autoridad independiente denominada en origen Alta Autoridad y que después de 1957 se llamaría Comisión. Posteriormente se acrecentó el papel de los Gobiernos con la consolidación del Consejo Europeo y con la creación de políticas intergubernamentales. También entre los avances conseguidos merece la pena hacer mención a la conversión de la Asamblea Consultiva en una Cámara elegida por sufragio universal a la vez que se ampliaban y profundizaban sus competencias.

Para entender el lugar que puede y debe ocupar el Parlamento Europeo en la construcción de la Europa Unida, es obligado punto de partida el conocimiento de saber donde descansa la legitimidad democrática en la Unión Europea. Esta tiene una naturaleza jurídica propia de las organizaciones internacionales, pero con caracteres peculiares que la distancian del modelo existente en el siglo XIX. La legitimidad de las Comunidades Europeas se apoya en los Gobiernos de los Estados que la sustentan, que son los señores de los Tratados, al menos en lo que se refiere a su aprobación y reforma. Y aunque no negamos cierta representatividad a otras instituciones como el Parlamento Europeo, el Comité de las Regiones etc. son los representantes de los Estados miembros los que crean y dirigen en mayor medida la organización europea.

La Europa Unida no es un Estado, ni un super-Estado; tampoco es una superposición de Estados ni un OPNI (objeto político no identificado según la definición de J. Delors). Es, nada más y nada menos que una organización internacional de carácter supranacional surgida con vocación de organizarse conforme a la técnica federal, en un proceso de formación permanentemente abierto hacia dentro y hacia fuera. Por ello el efecto mimético que la moderna organización estatal pueda ejercer sobre la estructura, composición y funcionamiento de las Instituciones europeas debe ser analizado con todo tipo de precauciones, partiendo de la idea básica de que las Comunidades Europeas no se organizaron conforme al principio de división de poderes sino al de la colaboración de funciones, y que no surgieron de la voluntad de un pueblo que se sabe soberano sino, en primer lugar, de la voluntad de los Estados soberanos de Europa y, en segundo lugar, de sus ciudadanos.

Lo antes expuesto es la causa de que no encontremos en la base de la creación de esta organización internacional un verdadero poder constituyente en el sentido del moderno constitucionalismo. Los principios liberal, democrático y de supremacía constitucional necesitan una perspectiva y enfoque propios a la hora de ser aplicados al estudio de la Unión Europea que adquiere personalidad jurídica en el Art. 6 del recientemente aprobado Tratado Constitucional (Bruselas, 18 de junio de 2004) y que ha sido firmado en Roma por los 25 Estados miembros el 29 de octubre de 2004.

Desde hace lustros la doctrina reivindica un lugar propio para el Parlamento Europeo en el proceso de construcción de la Europea Unida. Se alude a que se trata de una Institución que expresa “la representación democrática” de forma primigenia; buena prueba de ello es el activismo parlamentario desarrollado que va desde la lucha por denominarse Parlamento

(y no Asamblea como en su origen) hasta el intento, en 1994, de elaborar una Constitución Europea. Pero, sin lugar a dudas la mayor conquista lograda en estos últimos años ha sido la consecución del llamado “procedimiento de codecisión” que le permite actuar casi en igualdad de condiciones con el Consejo de Ministros de la Unión Europea a la hora de elaborar gran número de las normas comunitarias.

## **1. Naturaleza jurídica**

Según el vigente art. 189 del TCE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) el Parlamento Europeo se compone de “representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad”. Nos hallamos ante una Cámara que no representa al pueblo europeo, porque éste no existe, sino a los pueblos de los distintos Estados que forman parte de la Comunidad Europea. Su legitimidad tiene un origen estatal y no representa la soberanía del “pueblo europeo” porque al no existir éste sólo son soberanos los Estados miembros que componen la organización supranacional. Sus diputados se eligen por sufragio universal, directo y secreto y con esta institución se pretende encarnar el “sui generis” principio democrático en la Unión Europea. Los miembros del Parlamento Europeo no tienen vinculación formal ni directa, ni indirecta, con los Gobiernos. Asumen en el marco de las peculiaridades propias de una organización supranacional una “legitimidad democrática” en su origen y en su ejercicio porque se eligen mediante sufragio por los pueblos y durante su mandato no pueden tener vínculo alguno con los Gobiernos nacionales.

Desde que se inició en los años cincuenta el proceso unificador siempre se tuvo presente la idea de dotarle de connotaciones políticas y para ello las CCEE contaron desde el principio con una Asamblea porque los Estados fundadores compartían la idea de que la integración europea debía encontrar sus cimientos políticos en “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos” (Preámbulo del Tratado CE) que permitiese a los ciudadanos participar en la vida política de las CCEE.

El Parlamento Europeo es una novedad en el marco teórico de las organizaciones internacionales ya que, con la participación de los pueblos de los Estados miembros en dicha institución se intenta conseguir una Unión Europea próxima a la democracia representativa y al pluralismo político, elementos estructurales de los Estados miembros de esa organización supranacional. En el Art. 191 del TCE se estableció la vinculación de la UE al pluralismo político según el Tratado de Maastricht. Y el Parlamento Europeo propuso y luego fue aprobado en el Tratado de Niza e introducido en el mismo precepto la regulación del estatuto de los partidos políticos a escala europea y su financiación mediante codecisión del PE y del Consejo.

Las transformaciones estructurales sufridas por el Parlamento Europeo desde la fundación de las CCEE lo convierten en la institución que más cambios ha experimentado. Comenzó denominándose Asamblea (CEE y CEEA) y Asamblea Común (CECA) y por Resolución de 30 de marzo de 1962 decidió

autodenominarse Parlamento Europeo (Journal Officiel n° 31, de 24-4-62). Después de la reforma efectuada por el Acta Única Europea en 1986, esa denominación fue reconocida de manera formal en los Tratados.

En las reformas que el Parlamento Europeo ha experimentado en los Tratados de Ámsterdam, Niza y actualmente el Tratado Constitucional siempre se le ha considerado como la institución ganadora, no tanto por las modificaciones en su composición como por las competencias adquiridas. Ha ido incrementando el ámbito material de la codecisión, al ampliarse la mayoría cualificada y los ámbitos de aprobación mediante el dictamen conforme que lo han convertido en un verdadero colegislador. Esta función la comparte con el Consejo de Ministros.

El Tratado Constitucional, aprobado en Bruselas el día 18 de junio de 2004, lo regula en su Art. I-20 en el cual establece lo siguiente:

1. El Parlamento Europeo ejerce juntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria, así como funciones de control político y consultivas, en las condiciones fijadas por la Constitución. Elige al Presidente de la Comisión Europea.
2. El Parlamento Europeo está compuesto por los representantes de los ciudadanos de la Unión. Su número no sobrepasa los setecientos cincuenta miembros. La representación de los ciudadanos está asegurada de forma regresivamente proporcional, con un mínimo de seis miembros por Estado miembro. Ningún Estado miembro puede atribuirse más de 96 representantes.  
El Consejo europeo adoptará por unanimidad bajo la iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión europea fijando la composición del Parlamento Europeo, respetando los principios aludidos en el primer apartado.
- 2 bis. Los miembros del Parlamento Europeo son elegidos para un mandato de cinco años por sufragio universal y directo, según un escrutinio libre y secreto.
3. El Parlamento Europeo elige de entre sus miembros a su Presidente y a su Mesa.

El desarrollo de esta institución de la Unión Europea se efectúa en los Arts. III-330 a 340 del Tratado Constitucional de 2004, cuya fecha prevista de entrada en vigor es en los finales del año 2006.

## **2. Elecciones y composición del Parlamento Europeo**

La representación de segundo grado predominó en la época que se extiende desde 1952 a 1959: los Diputados al Parlamento Europeo eran designados en el seno de los Parlamentos Nacionales lo que permitía acumular el doble mandato, nacional y europeo y la duración del mismo iba condicionada por la permanencia como parlamentario nacional. No obstante, el 20 de septiembre de

1976 el Consejo adoptó una Decisión y un Acta aneja –Acta Electoral Europea (AEE)- relativa a la elección de los representantes del Parlamento mediante sufragio universal y directo. Esta es la norma de derecho originario que rige, desde 1979, las elecciones a la Eurocámara. Desde esa fecha esta es la única institución de una organización internacional elegida por sufragio universal, directo y secreto. La duración del mandato parlamentario es de cinco años. Actualmente nos encontramos en la sexta legislatura, tras las elecciones celebradas el 13 de junio de 2004.

Pese a lo dispuesto en el Tratado, el AEE no fija un procedimiento electoral uniforme. Su contenido es mínimo: establece únicamente la duración del mandato, el carácter individual y personal del voto, la prohibición del mandato imperativo, el régimen mínimo de incompatibilidades... permitiendo compatibilizar el mandato europeo con la condición de parlamentario nacional. A pesar de todo, muchos Estados miembros, entre ellos España, prohíben la acumulación del doble mandato basándose en razones fundadas para ello. Esto también lo ha solicitado el Parlamento Europeo, pero su aprobación exige la reforma del AEE al respecto que, como hemos dicho es derecho originario. Esta norma no fija un procedimiento electoral uniforme debido a las grandes divergencias entre los distintos Estados miembros en relación al tamaño de la circunscripción –nacional o regional-, el sistema de escrutinio –proporcional o mayoritario-, la edad mínima para ejercer el derecho de sufragio, el sistema de listas... Para superar estos obstáculos el Tratado de Ámsterdam en 1997 (art. 190, 3 y 4) añadió la posibilidad de que el procedimiento electoral se rija por principios comunes. Pero hasta el día de hoy todas las elecciones europeas (1979, 1984, 1989, 1994, 1999 y 2004) se han celebrado en los distintos Estados miembros de acuerdo con las disposiciones nacionales específicas para los comicios europeos debido a la inexistencia de una norma electoral uniforme para la UE. A ella alude también el Art. III.330.1 del Tratado Constitucional que prevé una ley o ley marco europea del Consejo de Ministros para establecer un procedimiento uniforme de elección. En España rige la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 (LOREG) cuyo Título VI “Disposiciones especiales para las elecciones al Parlamento Europeo” fue introducido tras la reforma efectuada en 1987, para regular las elecciones europeas en nuestro país. Se establece que la circunscripción electoral es única para todo el territorio nacional, se prohíbe la acumulación de mandatos parlamentarios, se establecen causas de inelegibilidad y se mantienen las notas características del sistema electoral español: listas bloqueadas y escrutinio en base al sistema proporcional que favorece a los grandes partidos. En 1994 se volvió a modificar la LOREG para permitir (después del Tratado de Maastricht) el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión (ciudadanía europea) residentes en España que han optado por esta posibilidad una vez cumplido el requisito de la inscripción en el censo electoral.

Las elecciones a la Eurocámara se celebran siempre en el mes de junio y ofrecen el dato inquietante de la baja participación popular en las mismas. La clase política dirigente ha mostrado recientemente su preocupación por el

hecho de que cuanto mayor es la relevancia que adquiere el Parlamento en el funcionamiento de las Instituciones de la UE más bajo es el índice de participación; parece como si Europa estuviera cada vez más lejos de los ciudadanos de la Unión. Así, en las elecciones de 1979 participó el 63 % de la población, en 1984 el 61 %, en 1989 el 58.5 %, en 1994 el 56.8 %, en 1999 el 49.4 % y en el 2004 el 45.6 %. Se impone una tarea de divulgación y democratización ciudadana para ampliar la conciencia de ciudadanía europea y la necesidad de participar en la elección de los miembros de esta institución que representa a los pueblos de los Estados miembros que han formado la Unión Europea. Las regiones y sus pueblos están representadas no en el Parlamento y si en el organismo consultivo denominado Comité de las Regiones.

En la legislatura que se extendió desde 1999 hasta junio de 2004 el número de Eurodiputados fue de 626 representando a los ciudadanos de los 15 Estados miembros en una distribución de escaños que seguía una proporcionalidad poco acorde con la población de cada Estado miembro pues, los Estados pequeños están sobrerrepresentados en relación a los medianos y a los grandes; esto pone en duda la verdadera representación popular o democrática y muestra como el elemento internacional (el Estado y su representación) influye en la institución más comunitaria de todas: el Parlamento Europeo. El elevado número de escaños (750 de cara al futuro) lo convierten en una institución costosa y de funcionamiento difícil a la vez que se critica el desigual reparto de escaños por países que va en detrimento de las más elementales reglas democráticas. En esa legislatura España dispuso de 64 escaños que en Niza se redujeron a 50. En el Tratado de Ámsterdam en 1997 se fijó en el Art. 189 en 700 el número máximo de eurodiputados de cara a la Europa que se preveía ampliar. Pero en Niza no se respetó el compromiso y se amplió el número a 732 en una UE de 27 Estados dando un trato privilegiado a Alemania y Luxemburgo. En la legislatura actual (2004-2009) la Eurocámara dispone de 732 Diputados y se compensa algo a España, Chequia y Hungría al tenor de lo dispuesto en el “Protocolo sobre la ampliación” que reducía de 626 a 535 los Eurodiputados de los 15 Estados miembros hasta el 1 de mayo de 2009. El resto (desde 535 a 732) se debía a los representantes adjudicados a los 12 estados candidatos a la adhesión. Sin embargo, de cara al futuro, a partir del 2009 el número de miembros del Parlamento se ha elevado a 750 como máximo. Esto lo establece el Art. I-20.2 del reciente Tratado Constitucional que reforma lo establecido en el Proyecto donde se fijaba el número máximo en 736 y una representación mínima de 4 parlamentarios. Ahora, en la aprobación definitiva se establece que ningún país tendrá menos de seis representantes y ningún Estado miembro dispondrá de más de 96 representantes. De este modo Alemania rebajará su cifra de 99 a 96 eurodiputados y algunos países, como es el caso de España, podrán recuperar alguno de los escaños perdidos en Niza.

En la legislatura que acaba de comenzar la cifra de los miembros que componen el Parlamento Europeo tampoco coincide con lo establecido en el Tratado de Niza porque un Protocolo que se firmó Anejo al Proyecto de

Tratado Constitucional -y cuyo contenido coincide con lo previsto en el Tratado de Adhesión de los 10 nuevos Estados (13 de abril de 2003)- en su Art. 1 indicó el número de representantes de los ciudadanos en el Parlamento Europeo de cara a las elecciones de junio de 2004. Lo establecido resultó algo diferente a lo previsto en el Tratado de Niza vigente desde el 1 de febrero de 2003. El reparto se ha efectuado de la siguiente manera:

Alemania 99, Francia 78, Italia 78, Reino Unido 78, España 54, Países Bajos 27, Bélgica 24, Grecia 24, Portugal 24, Suecia 19, Austria 18, Dinamarca 14, Finlandia 14, Irlanda 13, Luxemburgo 6.

A los países que entraron a ser miembros de pleno derecho el día 1 de mayo de 2004 le corresponden los siguientes europarlamentarios: Polonia 54, República Checa 24, Hungría 24, Eslovaquia 14, Lituania 13, Letonia 9, Eslovenia 7, Estonia 6, Chipre 6, y Malta 5. Rumanía y Bulgaria no aparecen en el listado del Protocolo porque aún no son miembros de pleno derecho. En el Tratado de Niza se les otorgaban 33 y 17 eurodiputados respectivamente. El método del reparto obedeció a algo tan sencillo como distribuirse entre todos los Estados miembros en el momento de las elecciones los Diputados de esos dos Estados no incorporados en 2004. Si éstos se adhiriesen antes de que termine la legislatura presente, como así está previsto, quizás en 2007, una Declaración Aneja del Protocolo establece que el número de sus representantes se calculará a partir de las cifras que les asigna Niza, corregidas de acuerdo a la misma fórmula que se utilizó en el Protocolo para el resto de los Estados miembros.

### **3. El Estatuto de los parlamentarios**

Lo mismo que sucede a nivel estatal en el seno de la Unión Europea está previsto que los Diputados del Parlamento gocen de un Estatuto propio encaminado a proteger la independencia de su mandato frente a los intereses públicos o privados. El Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de 1965 (PPI), anexo a los Tratados, es la norma que regula este tema. Con carácter general todo eurodiputado goza de libertad de movimientos cuando se dirija al lugar de reunión del Parlamento Europeo o cuando regrese de la misma. Está prohibido que sean perseguidos, detenidos o procesados por las opiniones vertidas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (inviolabilidad) y el régimen jurídico para procesarlos (inmunidad y fuero especial) está en virtud del lugar donde se encuentren los diputados. Si están en el Estado de origen gozan del mismo Estatuto que los diputados nacionales mientras el PE esté en periodo de sesiones (en el caso español se les aplica el Art. 71 de la CE). Si se hallan en el territorio de otro Estado miembro gozan de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Pero, en caso de flagrante delito no puede invocarse la inmunidad. El defecto del sistema radica en que no se determina un estatuto uniforme para todos los diputados ya que, pese a compartir el mismo mandato, existen variaciones del estatuto de unos

parlamentarios y de otros en función del Estado miembro del que procedan. Por esta razón, en el Tratado de Ámsterdam se previó que la Eurocámara apruebe un Estatuto con las condiciones generales del ejercicio de sus funciones (Art. 190.5 TCE). El Tratado Constitucional mantiene, en el artículo III.330.2, que será una Ley europea la norma que regule el Estatuto y las condiciones generales del ejercicio de las funciones de los Diputados.

#### **4. Estructura y funcionamiento del Parlamento Europeo**

El periodo de sesiones del Parlamento Europeo es anual, se reúne sin necesidad de convocatoria el segundo martes del mes de marzo. Se dan periodos parciales de sesiones todos los meses, durante una semana, excepto en el mes de agosto. Es habitual que se celebren sesiones adicionales en marzo y en octubre o noviembre de cara al debate presupuestario. Las sesiones extraordinarias pueden convocarse a instancia del Consejo, de la Comisión o de la mayoría de los miembros del Parlamento (Art. 196 del TCE). El Presidente de la Eurocámara también está facultado para reunir con carácter excepcional al Pleno, siempre que lo solicite un tercio de los miembros del Parlamento y cuente con el acuerdo de la Conferencia de Presidentes (Art. 10 del R.i. de 1999). En los Tratados solo está prevista la designación por el Parlamento de un Presidente y de la Mesa (Art. 197 del TCE y Art. I-20.4 del Tratado constitucional). El Reglamento interno es la norma que desarrolla estas previsiones. El Presidente del Parlamento Europeo desempeña importantes funciones, por lo que se intenta lograr el mayor respaldo parlamentario en la elección. Los dos grandes grupos políticos, el conservador y el socialista, suelen acordar la alternancia en el cargo ya que el mandato del Presidente solo dura dos años y medio (la mitad de la legislatura (Art. 17 del R.i.)). Actualmente el Presidente del PE es el socialista español José Borrell a quien le sucederá en el cargo un conservador alemán. Además hay 14 Vicepresidentes elegidos por mayoría de votos y 5 Cuestores que se encargan de los asuntos económicos y administrativos que afectan a los eurodiputados. La Mesa del Parlamento está compuesta por el Presidente, los Vicepresidentes y los Cuestores y nombra al Secretario General del Parlamento. Las funciones de la Mesa son económicas, administrativas y de organización (Arts. 21 y 22 del R.C.)

El órgano principal de la Eurocámara es la Conferencia de Presidentes cuyas competencias abarcan la organización interna y el funcionamiento del órgano. Está compuesta por el Presidente del PE, los presidentes de los grupos políticos y los eurodiputados del grupo de los no inscritos que carecen de derecho de voto. Sus decisiones se intentan adoptar por mayoría pero, en caso de desacuerdo se establece un voto ponderado que se basa en el número de diputados de cada grupo político. La influencia de éstos en el seno del Parlamento se aprecia en la Conferencia de Presidentes. La ubicación de los Grupos políticos no se hace en función de la nacionalidad de los parlamentarios



sino de su ideología destacando el carácter europeo del mandato. Por eso el número de diputados que se exigen para formar un grupo se reduce en la medida en que los parlamentarios pertenezcan a más Estados miembros; se requieren 29 diputados si pertenecen a un solo Estado y si pertenecen a dos países distintos se exigen 23 diputados. Con 18 son suficientes si se reparten entre tres países y si están presentes cuatro o más Estados miembros sólo se requerirán 14 Parlamentarios para formar un grupo (art. 29 R.i.).

El Art. 191 del TCE reconoce la tarea de los partidos políticos a la hora de formar una conciencia europea como expresión de la voluntad política de los ciudadanos de la Unión. El Consejo, por el procedimiento de la codecisión previsto en el Art. 251 del Tratado establecerá el Estatuto de los partidos políticos y las normas relativas a su financiación. El Tratado Constitucional alude a este tema en el art. III-331 que remite a una ley europea la regulación del estatuto de los partidos políticos a nivel europeo a los cuales se refiere el art. I-46 parágrafo 4 (donde se regula el principio de la democracia representativa).

La existencia de los grupos adquiere relevancia de cara a la formación de las Comisiones Parlamentarias, de la Mesa y de la Conferencia de Presidentes en el seno del Parlamento. Son el resultado de las coaliciones electorales y de la formación reciente de partidos políticos a nivel europeo (Partido Popular Europeo y Partido Socialista Europeo) aunque, las construcciones artificiales a las que éstos obedecen nos mantienen todavía muy lejos del desideratum expresado en los Tratados.

El sistema de votaciones previsto para tomar decisiones es el de la mayoría absoluta de los sufragios expresados. Sin embargo, para cuestiones específicas los Tratados o el Reglamento interno pueden exigir otras mayorías. Así, por ejemplo, el rechazo en el procedimiento de codecisión y la aprobación de las enmiendas exigen mayoría absoluta de los Eurodiputados (actualmente 367 votos), la moción de censura a la Comisión o el rechazo del Presupuesto exigen una doble mayoría de 2/3 de los votos expresados y la mayoría absoluta de los miembros que componen el Parlamento. Las enmiendas al Presupuesto exigen una mayoría de cinco sextas partes en la segunda lectura. El quórum fijado por el Reglamento Interno es de un tercio de los miembros efectivos, con mandato en curso. La constatación del quórum solo es exigible si lo piden como mínimo 23 Eurodiputados con carácter previo a una votación.

## **5. Las funciones del Parlamento Europeo**

Puesto que la Unión Europea es una organización supranacional y no un Estado, sus instituciones (entre las que se encuentra el Parlamento Europeo) ejercen funciones y no poderes. No se da un principio de división de poderes como en el Estado Moderno y sí de colaboración de funciones en el ejercicio de las competencias que le transfieren los Estados miembros cuya merma de soberanía (permitida por las Constituciones, auténticas normas supremas),

sostiene a esta organización supranacional que nació con vocación de configurarse de acuerdo a la técnica federal. El efecto mimético en el funcionamiento de los órganos constitucionales estatales y de las instituciones de la Unión Europea no pueden hacernos olvidar (aunque coincidan en el nombre) el diferente significado y funciones de unos y otras. El Parlamento Europeo no se equipara ni podrá hacerlo nunca en la estructura actual de la Unión Europea, a los Parlamentos nacionales, órganos representantes de la soberanía popular, y el ejercicio de sus funciones, como veremos es buena prueba de ello.

Según el Tratado Constitucional el Parlamento ejercerá (artículo I-20.1):

a) juntamente con el Consejo de Ministros la función legislativa y la función presupuestaria.

b) funciones de control político y consultivas.

c) elige al Presidente de la Comisión Europea que viene propuesto por el Consejo.

En opinión de la mejor doctrina comunitarista ha sido la institución ganadora de la reforma porque, por fin, aumenta los ámbitos materiales de la codecisión (Art. 251 TCE) al ampliarse la mayoría cualificada, los ámbitos de aprobación (por el dictamen conforme) y se confirma junto con el Consejo de Ministros como Poder legislativo.

Ya en Niza se hizo caso a la reiterada petición de reconocerle la misma capacidad que al Consejo y a la Comisión para recurrir en el proceso de anulación (Art. 230 del TCE) y así se le reconoce paridad con dichas Instituciones en el “ius standi” ante el TJCE de modo que como demandante privilegiado ya no tendrá que justificar el interés para recurrir en la violación de sus prerrogativas. Al Parlamento se le considera en esa reforma como un defensor objetivo de la legalidad en igualdad de condiciones con las Instituciones que concurren en el procedimiento legislativo. También, gracias a la reforma de Tratado de Niza, se le reconoció capacidad para solicitar al Tribunal de Justicia de la CE dictámenes sobre la compatibilidad con los Tratados de los acuerdos internacionales que pretenda firmar la Comunidad con terceros. Puesto que debe emitir un dictamen conforme, previo a la prestación del consentimiento de la Comunidad Europea, no deja de ser coherente que previamente se despejen las dudas sobre su conformidad con el derecho originario. El reconocimiento de esta capacidad es una consecuencia del incremento de sus “poderes legislativos” que “casi” le igualan al Consejo. Se ha mejorado el equilibrio institucional dotando de un mayor contenido al principio de la paridad institucional.

## **5.1 Funciones de control democrático**

Actualmente, vigente el Tratado de Niza hasta el 2009 en lo que concierne a las Instituciones, al Parlamento le informan continuamente el Presidente de la Comisión (institución que representa los intereses de la Europa

unida) y los Comisarios. Pacta con ella el calendario de trabajo en materia legislativa y se pronuncia sobre el resto de las funciones que ocupan a la Comisión. También le informa la Presidencia del Consejo (institución que representa los intereses de los Estados miembros) y controla con carácter general el desarrollo de las políticas comunitarias.

El control político lo lleva a cabo mediante las interpelaciones o preguntas (orales o escritas), la discusión del informe general anual de la Comisión, la moción de censura a la Comisión y la aprobación de la ejecución del presupuesto. También funcionan, a la hora del control democrático, las comisiones de investigación y es de destacar la participación del Parlamento a la hora de nombrar a las personalidades que componen las distintas instituciones.

En esta faceta de la función de control ejercida por el Parlamento Europeo es donde se aprecia en mayor medida el efecto mimético del funcionamiento de los Parlamentos nacionales.

Las preguntas pueden dirigirse a la Comisión, o al Consejo en el marco de la política exterior y de seguridad común y en el marco de la cooperación policial y judicial (arts. 21 y 39 del TUE, respectivamente). Se trata de interpelaciones en las que los parlamentarios recaban de la Institución a la que van dirigidas, una opinión, información o explicación sobre un asunto determinado de su competencia o que afecta a las actividades de la UE o de las CCEE.

También se ha previsto en los Tratados que la Comisión presente cada año, en el mes de febrero, un Informe General al Parlamento sobre las actividades comunitarias y sobre el desarrollo de las diferentes políticas (arts. 200 TCE y 113 Euratom). Las Comisiones parlamentarias permanentes estudian el Informe y se celebra después en marzo, al abrirse el periodo anual de sesiones, un debate sobre el mismo que culmina con la aprobación de una resolución que se conoce a través de Internet. Destacan también los Informes sectoriales y el Informe Anual sobre la Aplicación del Derecho Comunitario en los Estados Miembros. Este informe lo elabora la Comisión desde 1988 y se publica en el Diario Oficial de la UE. La resolución parlamentaria al respecto se transmite al Consejo, a la Comisión, a los Gobiernos y a los Parlamentos de los Estados miembros.

Fue el Tratado de Maastricht el que dio reconocimiento normativo a las Comisiones temporales de investigación que ya se formaban antes del TUE. El objetivo de las mismas, reguladas en el R.I. del PE, consiste en examinar las alegaciones de infracción o de mala administración en la aplicación del Derecho Comunitario. Se constituyen a petición de una cuarta parte de los Diputados del PE y su finalidad (no duran más de un año) es elaborar un informe que se presenta al Pleno que dispone de capacidad para decidir si se hace público.

Otro instrumento de control político es la moción de censura a la Comisión con el objeto de exigir responsabilidades políticas por su gestión (arts. 201 TCE y 114 Euratom). Han sido presentadas mociones de censura en

1976, 1977, 1990, 1991, 1992, 1997 y 1999. Estas siete mociones fueron rechazadas; sin embargo, a raíz de un informe sobre fraude solicitado por el Parlamento, la Comisión presidida por J. Santer dimitió colectivamente en 1999. Puede ser planteada por la décima parte de los Diputados (74 en la actualidad) en forma escrita y además motivada. Es el Presidente del PE quien la anuncia a los Diputados y la notifica a la Comisión. El debate y votación en la práctica suponen de una a cuatro semanas de duración y los requisitos de la votación hacen que sea muy difícil el que prospere. Deben votar a favor (votación nominal y pública), 2/3 de los votos expresados y la mayoría absoluta de los miembros que componen el PE. En el caso de que la moción de censura triunfe los miembros de la Comisión dimiten colectivamente y la nueva Comisión deberá obtener el voto de confianza de la Eurocamara.

Además de participar en el nombramiento del Presidente de la Comisión, que es propuesto por el Consejo, y en la investidura de\* sus miembros, al Parlamento Europeo le corresponde ser consultado por el Consejo antes de los nombramientos de los miembros del Tribunal de Cuentas, de los miembros y del Presidente del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo, por mayoría de los votos emitidos, previo quórum de la mitad de los parlamentarios. Designa también al Defensor del Pueblo, institución encargada de controlar los actos de la mala administración en el ámbito del Derecho Comunitario y que dispone de un Estatuto aprobado por el Parlamento donde se regulan sus funciones y las condiciones del ejercicio de las mismas. Está obligado a informar al PE de sus gestiones y a presentarle un informe anual.

También está previsto en el TUE que el control político se extienda a los pilares intergubernamentales y por ello el Presidente del Consejo informa y consulta al PE sobre los aspectos principales y las opciones básicas de la Política Exterior y de Seguridad Común (art. 21 del TUE) así como sobre los principales aspectos de la actividad en materia de cooperación policial y

---

\* Con relación a este tema conviene resaltar cómo a finales del pasado mes de octubre el Parlamento Europeo ha cosechado un éxito sin precedentes consiguiendo aplazar la votación de confianza de la Comisión Europea propuesta por el Presidente Durao Barroso. Con ello ha obligado a renegociar la lista de los Comisarios y de las carteras tras el escándalo producido por las declaraciones emitidas por el democristiano italiano Buttiglione, que tenía asignada la cartera de Libertades, Justicia e Igualdad. Otros futuros Comisarios tampoco eran considerados idóneos por el Parlamento Europeo para el puesto que iban a desempeñar. El Parlamento Europeo solo puede aceptar o rechazar la Comisión en bloque aunque examine a cada Comisario individualmente y, en el momento presente forzar una votación que con probabilidad se hubiera perdido no era positivo ni para las instituciones ni para el proyecto europeo. Con el cambio de algunos Comisarios se volverá a solicitar la investidura de la Eurocámara probablemente el día 18 de noviembre de 2004, para conseguir un consenso amplio que le devuelva a la mencionada institución el papel de motor de la integración europea.

Si lo más importante en democracia son los controles y el equilibrio de poderes, esto se ha visto reforzado por el hecho de que el Parlamento Europeo ha ejercido sus potestades ante el Presidente de la Comisión en vísperas de la firma en Roma del Tratado Constitucional que en el futuro inmediato será sometido a referéndum en varios Estados miembros; el 20 de febrero de 2005 es la fecha prevista en España para dicho evento. Este gesto, que retrasó la entrada en vigor del Tratado de Niza para el caso de la Comisión Europea, prevista para el 1 de noviembre de 2004, refuerza la “democracia europea” y las instituciones y demuestra que algo se mueve en la Europa unida que actualmente sigue en proceso de avance.

judicial (art. 39 TUE). El PE puede dirigir preguntas o formular recomendaciones al respecto dedicando a este aspecto al menos un debate al año.

Cuestión relevante porque afecta a los derechos de la ciudadanía es el derecho de petición al PE (art. 21 TCE) que permite a cualquier ciudadano de la UE, personas físicas o jurídicas presentar de forma individual o colectiva una petición ante la Comisión parlamentaria de peticiones sobre un asunto de la UE que le afecte directamente.

## **5.2 La capacidad de iniciativa legislativa**

Tradicionalmente la iniciativa normativa en Derecho Comunitario ha sido una competencia clásica de la Comisión que gozaba de ella con un carácter muy amplio. Este cuasimonopolio del derecho de iniciativa se considera como un elemento fundamental del equilibrio institucional por lo cual todas las reiteradas peticiones del PE para compartir este derecho han chocado con la oposición de los Estados miembros para modificar los Tratados en este aspecto. La Convención para la reforma de los Tratados puso de nuevo sobre la mesa este tema. Y también Maastricht en el art. 192 TCE, hizo aportes novedosos igualando al PE con el Consejo en este aspecto concreto. Así las cosas, el Parlamento puede solicitar a la Comisión que le presente propuestas sobre asuntos que, en su opinión, requieran de la elaboración de un acto normativo comunitario. Pero no se le reconoce derecho de iniciativa, ni subroga a la Comisión si ésta no actúa. Únicamente puede presentar una moción de censura a la Comisión o demandarla conforme al procedimiento por omisión previsto en el art. 232 TCE.

De cara al futuro, cuando entre en vigor el Tratado Constitucional, aunque el PE ejercerá juntamente con el Consejo de Ministros la función legislativa ordinaria, elaborando leyes europeas y leyes marco europeas (arts. I-33 y I-34 del Tratado Constitucional) conforme al procedimiento legislativo ordinario y previsto en el Art. 396, el derecho de iniciativa sigue ejerciéndolo la Comisión que debe presentar una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros.

## **5.3 Funciones en el proceso normativo**

Hasta el acta Única Europea de 1986 que incrementó la participación del PE en el proceso normativo mediante el procedimiento de cooperación para adoptar decisiones en ciertos ámbitos del Tratado CE (art. 252) la competencia consultiva del PE era el núcleo de su participación en el proceso de decisión legislativa. Los Tratados establecen que el Consejo y la Comisión antes de adoptar determinadas decisiones soliciten y conozcan el dictamen del PE. En la práctica le somete la Comisión a consulta casi todas sus propuestas normativas y el Consejo, en menor medida, también lo hace aunque no lo exijan los

Tratados. Fue el TUE el que amplió los ámbitos del dictamen consultivo preceptivo, que no es vinculante para la Institución que lo solicite.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el procedimiento de cooperación queda relegado y limitado a determinadas decisiones sobre Unión Económica y Monetaria. Se trata de un procedimiento de decisión en dos fases, porque hay dos lecturas de la propuesta normativa de la Comisión en el PE y en el CE de forma alternativa. Hasta el Tratado de Maastricht este procedimiento fue la máxima expresión del diálogo triangular en las CCEE. La cooperación se añade al procedimiento general de consulta, una vez que el Consejo adopta su posición común en la primera lectura. Esta se envía de nuevo al PE que durante tres meses y en segunda lectura examina el texto para comprobar en qué medida el Consejo ha seguido sus indicaciones. Y, aunque puede aprobar o proponer enmiendas quien decide es el Consejo; también puede rechazar la posición común por mayoría absoluta de sus miembros. En este caso la postura del Consejo se mantiene por unanimidad. De ahí que la mayor virtud de este procedimiento vaya ligada al voto mayoritario.

El Tratado de Maastricht estableció un procedimiento en el art. 251 del TCE al que la doctrina ha denominado procedimiento de codecisión. Denominación que no fue aceptada en los Tratados para satisfacer al Reino Unido y a Dinamarca. La codecisión está prevista para ciertas materias del Tratado de la Comunidad Europea y no se aplica al ámbito del Euratom debido a sus características sectoriales y técnicas. Se trata de un procedimiento normativo para elaborar derecho derivado: reglamentos, directivas y decisiones que deberán ir firmadas conjuntamente por los Presidentes del PE y del Consejo y que aparecerá publicado en el Diario Oficial de la UE (art. 254 TCE).

Obedece este procedimiento, punto de llegada en nuestra opinión del poder legislativo a alcanzar por el PE, a las reivindicaciones de esta institución por convertirse, desde el nacimiento de las CCEE, en un auténtico poder legislativo. Sus funciones en este campo sólo eran indirectas y se ponía de relieve el deseo de participar positivamente en el proceso de decisión. No obstante, hasta el Tratado de Maastricht y la creación de la codecisión constantemente el PE vio incrementados sus poderes autónomos, pero de forma negativa: moción de censura, rechazo del presupuesto, rechazo en la cooperación, dictamen no conforme y la posibilidad de veto en la codecisión.

Se trata de un procedimiento de doble lectura en el PE y en el Consejo. A) La primera lectura coincide básicamente con la del dictamen consultivo o consulta ordinaria y no hay plazos. Destaca el hecho de que la Comisión, titular del derecho de iniciativa, envía su propuesta de forma simultánea al Consejo y al PE que gozan de la misma capacidad decisoria. Pero el Consejo no está obligado a seguir el dictamen del PE y en caso de incorporar todas o algunas de sus indicaciones deberá hacerlo por unanimidad. También la Comisión podrá incorporar todas o algunas de las propuestas del PE en cuyo caso el Consejo puede aprobar la posición común por mayoría cualificada.

B) A partir de la posición común ya comienzan los plazos en el proceso de decisión. El PE en su segunda lectura dispone de tres meses para pronunciarse sobre lo realizado por el Consejo bien aprobándolo por mayoría de votos, rechazándolo por mayoría absoluta de sus miembros o proponiendo enmiendas a la posición común, también por mayoría absoluta de sus miembros. La Comisión es competente para emitir un dictamen positivo o negativo sobre las enmiendas del PE que tendrá en cuenta en los procedimientos de cooperación y codecisión. En esta fase de segunda lectura el PE depende de la voluntad de la Comisión para hacer valer sus enmiendas. El Consejo en su segunda lectura dispone de un plazo de tres meses para aprobar por mayoría cualificada las enmiendas del PE que obtuvieron conformidad de la Comisión; las restantes se aprueban por unanimidad. Hay verdadera codecisión cuando el Consejo acepta todas las enmiendas del PE. De no ser así se convoca el Comité de Conciliación compuesto por quince representantes parlamentarios y otros tantos del Consejo, que trabajarán en las enmiendas propuestas por el PE y en la posición común del Consejo. La Comisión no podrá modificar su iniciativa; el acuerdo debe ser conseguido en el plazo de seis semanas y deberá ser confirmado por mayoría absoluta de los votos emitidos en el PE y por mayoría cualificada en el Consejo. Si no se consigue el acuerdo el rechazo del PE significa el veto y paraliza la decisión de forma definitiva impidiendo la existencia del acto normativo.

Destaca de este procedimiento el hecho de que por vez primera (art. 251.4 TCE) se rompe el tabú de la fuerza de la iniciativa de la Comisión, porque el Consejo puede desvincularse de la propuesta y aceptar un texto pactado con los representantes del PE por mayoría cualificada y no por unanimidad como se exigía antes cuando se apartaba del texto de la Comisión. Esto sin duda significa un paso adelante de cara a una mayor democratización de la Comunidad.

La Comisión puede dificultar o impedir un acto normativo adoptado por la mayoría cualificada del Consejo (representantes de los Estados miembros) y la mayoría absoluta del PE (representantes de los ciudadanos) porque se parte de que representa el interés general y vela contra mayorías espúreas pero no debería imponerse un órgano ejecutivo de carácter técnico frente al poder legislativo dual del Consejo y del PE. El privilegio de la propuesta de la Comisión ha sido uno de los presupuestos tradicionales del principio de equilibrio institucional necesario en un sistema en el que el poder legislativo descansaba en el Consejo. Este sistema estaba pensado para una época en la que el PE sólo tenía competencias de deliberación (antes de 1987, entrada en vigor del Acta Única). Pero la evolución de las funciones de esta Institución a lo largo de los años ochenta y noventa hace que el PE se convierta en un interlocutor del Consejo sin que tenga que estar subordinado a la Comisión cuando se trata del proceso legislativo. Por lo anteriormente dicho los Estados en el art. 251 del TCE han previsto una mayoría simple de los votos de los diputados presenten en la sesión o incluso aprobación tácita o por silencio para aprobar la posición común del Consejo. La variedad de formas en que se vota

en el PE está en función de crear los menos problemas posibles al Consejo en su posición común. En cambio, en esta Institución se vota siempre por mayoría cualificada. Se desprende la intención de los Estados miembros de hacerle pagar caro al PE la divergencia entre ambas instituciones. En una Europa Unida de carácter democrático no es de recibo la aprobación de una norma de rango legislativo que no cuente con la mayoría absoluta del PE y la mayoría cualificada del Consejo; sin duda esto sería una garantía democrática para los pueblos de la Unión Europea que verían asistir a sus representantes con carácter obligatorio a las sesiones del PE.

El procedimiento de la codecisión tiene una gran importancia a la hora de implicar al PE en el procedimiento de elaboración de las normas pero el eje del mismo sigue siendo la Comisión en las relaciones Consejo-PE. Destacan la subordinación del PE a la Comisión y un cierto desequilibrio a favor de Consejo.

Las mejoras en el equilibrio institucional se aprecian tras las reformas de Maastricht y Ámsterdam que amplían el ámbito de las materias objeto de codecisión. Amplitud que se incrementa en Niza hasta llegar al Tratado Constitucional donde se incrementa la mayoría cualificada y se equiparan en la titularidad de la función legislativa al Consejo y al PE y en el ejercicio de la función presupuestaria. Se generaliza el procedimiento de codecisión que pasa a denominarse procedimiento legislativo ordinario que se regula en el Art. III-396.

Finalmente conviene aludir al procedimiento de participación del PE en el poder de decisión del Consejo mediante los Dictámenes Conformes introducidos por el Acta Única de 1986 y ampliados por el Tratado de Ámsterdam de 1997. Necesitarán dictamen conforme los siguientes supuestos:

- Los Tratados de Adhesión de nuevos Estados miembros por mayoría absoluta de los miembros del PE.
- Los Acuerdos internacionales de asociación por mayoría simple.
- Los Acuerdos que crean un marco institucional específico organizando procedimientos de cooperación (dictamen conforme no reforzado).
- Los Acuerdos con implicaciones presupuestarias importantes para la Comisión (dictamen conforme no reforzado).
- Los Acuerdos que implican una modificación de un acto adoptado según el procedimiento del art. 251 (dictamen conforme no reforzado).

Ambas modalidades de dictámenes conformes (reforzado o no reforzado) tienen la misma naturaleza jurídica que un acto de autorización para celebrar un acuerdo internacional, similar al que se precisa en Derecho Interno por parte de los Parlamentos Nacionales para la prestación del consentimiento del Estado. Con la autorización del PE, éste participa en el poder de decisión porque no hay acuerdo sin la misma, pero no puede incluir su propia posición, aunque puede sacar provecho de la situación si el Consejo y la Comisión están muy interesados en el Acuerdo, ya que no les quedará otra opción que



renegociar con el tercero lo solicitado por el PE para prestar su dictamen conforme.

Uno de los aspectos que merecen destacarse en el sistema de dictamen conforme en los ámbitos normativos es que el Consejo y el PE podrán dialogar y negociar directamente, de forma paralela al debate y con carácter previo a la votación; no habrá necesidad de la intermediación de la Comisión como sucede en la codecisión.

#### **5.4 Funciones presupuestarias**

En el momento presente, estando vigente la reforma efectuada por el Tratado de Niza, el ejercicio presupuestario coincide con el año natural (art. 272 TCE). Los Tratados prevén que cada año, de cara al año siguiente, cada Institución elabore antes del 1 de julio un estado de los gastos previstos y lo remita a la Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de Presupuesto, previa consulta al Comité de Política Económica. Dicho Anteproyecto se presenta por la Comisión al Consejo antes del 1 de septiembre de cada año; éste tiene un plazo hasta el 5 de octubre para examinarlo. Si pretender apartarse del contenido del Anteproyecto debe consultar a la Comisión y a las instituciones afectadas. El voto del Consejo debe hacerse por mayoría cualificada buscando el consenso previamente; una vez aprobado por el Consejo el Anteproyecto se convierte en Proyecto y se presenta al PE. Este dispone de 45 días para su examen en primera lectura pudiendo:

- a) rechazarlo de forma global por motivos importantes;
- b) presentar enmiendas a los GNO (gastos no ordinarios), y proponer modificaciones a los GO (gastos ordinarios) y
- c) aprobar el Proyecto sin enmiendas ni modificaciones.

En el caso de que haya enmiendas ó modificaciones el Proyecto vuelve de nuevo al Consejo. Este, después de haber deliberado con la Comisión tiene 15 días para decidir y en el caso de no modificar las enmiendas presentadas el Presupuesto se considerará adoptado definitivamente. Normalmente las enmiendas introducidas por el PE son modificadas por mayoría cualificada y ello obliga a que de nuevo el Proyecto vuelva al PE para una segunda lectura. Con las nuevas enmiendas se adjunta una Memoria sobre las deliberaciones. Para esta segunda lectura dispone de 15 días que en el caso de no pronunciarse se da por aprobado el Presupuesto, aunque lo normal son las tensiones que en esta fase se producen entre el Consejo y el PE que suelen terminar a veces en el Tribunal de Justicia. Una vez concluido el procedimiento es el Presidente del PE, no el del Consejo (porque después de la segunda lectura el Proyecto no vuelve al Consejo) quien declarará en el Pleno la aprobación definitiva y dispondrá su publicación en el Diario Oficial de las CCEE.

La Comisión es la institución encargada por los Tratados para ejecutar el presupuesto (art. 274 TCE) teniendo en cuenta el Reglamento financiero y las formas específicas de participación del resto de las Instituciones.

El control del PE sobre la ejecución del Presupuesto se lleva a cabo en dos momentos diferenciados: durante el ejercicio presupuestario el PE hace un seguimiento de la Comisión y un año después de su ejecución examina la gestión del Presupuesto y cierra el ciclo presupuestario. Esta actividad de control se engloba dentro de la general de control político que ejerce el PE sobre la Comisión.

El Tratado Constitucional regula el Presupuesto Anual de la Unión en el Art. III-403 y ss, estableciendo en el Art. III-404.2 que la Comisión presentará el Proyecto al PE y al Consejo de Ministros y el resto de las variaciones que se introducen en el procedimiento de elaboración van dirigidas a dar cumplimiento al contenido del art. I-20 donde se establece que el PE y el Consejo de Ministros ejercen la función presupuestaria de forma conjunta que será aprobado mediante una ley europea (norma de rango legislativo introducida en la última reforma).

## **A Modo de Conclusión**

Siempre ha habido coincidencia en el seno de las Comunidades para encontrarle al Parlamento Europeo un lugar propio en la Constitución de la Europa Unida. Sin duda la mayor conquista ha sido el procedimiento del art. 251 TCE, denominado por la doctrina procedimiento de codecisión que le permite actuar en igualdad de condiciones que el Consejo de Ministros a la hora de elaborar un buen número de las normas comunitarias. Puede, quizás, entenderse que este proceso es una fase más en la traslación del poder que desde los años cincuenta se ha venido desplazando desde el Consejo de Ministros al Parlamento Europeo. Pero, las cosas no son lo que parecen: El procedimiento de codecisión es el punto de llegada en ese traspaso de funciones de una institución a otra y en la Europa Unida que tenemos no se va a poder avanzar más en la atribución de capacidad normativa al Parlamento. El derecho de la UE descansa sobre unas bases convencionales que condicionan no sólo su origen sino también su evolución; por estas razones el Consejo de Ministros debe seguir teniendo la última palabra sobre los acuerdos comunitarios que obligan a los ordenamientos internos y a los Estados soberanos, señores de los Tratados. Si se estableciese un procedimiento de decisión en el cual el Consejo quedase relegado respecto al Parlamento, en caso de conflicto entre ambas Instituciones sería muy probable que el Consejo de Ministros tratase de eludir el control parlamentario acudiendo a los mecanismos clásicos intergubernamentales propios del Derecho Internacional y con ello saldrían perdiendo el Parlamento y la función de garantía que cumple el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En resumen: creemos que el proceso de codecisión (en el Tratado Constitucional denominado procedimiento legislativo ordinario, en el artículo III-396), es el techo al que el Parlamento Europeo puede y debe aspirar. Aunque se amplíen las materias (y esto se hace en cada reforma de los

Tratados) sometidas a dicho procedimiento no es conveniente que el Parlamento Europeo ocupe el lugar preeminente que en el seno de la UE le corresponde al Consejo de Ministros, porque este representa los intereses de los Estados miembros en el marco de una organización supranacional. Con ello no negamos la legitimidad que le corresponde al Parlamento Europeo que representa a los pueblos de los Estados miembros; de ahí, su carácter electivo y los poderes que cada vez son más amplios, y aunque su control sobre el Consejo es limitado el hecho de nombrar al Presidente de la Comisión, y de controlarla políticamente a través de la moción de censura y de la investidura, le coloca actualmente en un lugar ciertamente privilegiado.

## **BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA**

ALLÚE BUIZA, A.: “El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las Comunidades Europeas”, Universidad de Valladolid, 1990.

ARCE JARAIZ, Juan Carlos: “El control parlamentario en las Instituciones europeas. El Parlamento Europeo, control presupuestario y control político” en VV.AA: “Problemas actuales del control parlamentario”, VI Jornadas de Derecho Parlamentario. Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

ASTOLA MADARIAGA, Jasone: “El control democrático en el ámbito de la Comunidad Europea”, CE, Deusto, 5.

DE ESTEBAN ALONSO, Jorge: “El Parlamento Europeo: realidad actual y perspectivas de futuro”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 75, 1998-1999.

ECKART KLEIN: “Perspectivas de desarrollo para el Parlamento Europeo”, Revista de las Cortes Generales, nº 14, 1988.

GIL ROBLES y GIL DELGADO, José Mª y otros: “Los Parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo”, Madrid, 1977.

MANGAS MARTIN, Araceli: “El Tratado de Niza: los complejos equilibrios en la futura UE ampliada”. Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 2001, Bilbao 2002.

–“El Parlamento Europeo”. Capítulo 7 de la obra: “Instituciones y derecho de la Unión Europea” en colaboración con D. J. LIÑAN NOGUERAS, Tecnos, Madrid, 2002.

- MARTIN y PEREZ DE NANCLARES, José: “El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención”. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 15, Madrid 2003
- MATIA PORTILLA, Fco. Javier: “Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión Europea”, Revista de Estudios Políticos, nº 119, 2003.
- NAVARRO BATISTA, Nicolás: “El Parlamento europeo”, en <http://www.iustel.com>  
- “Parlamento Europeo y poder normativo en la Unión Europea”, 2ª Ed. Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1997.
- PEREZ CALVO, Alberto: “Integración europea y constitución europea”, Civitas Europa, nº 4, marzo 2000.  
- “Derecho Comunitario, derecho interno y principio de competencia”, Ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, diciembre 2003.
- SAN FERNANDEZ, Javier: “El déficit democrático en la UE: el papel del Parlamento Europeo y de los Parlamentos de los Estados miembros”, Corts-Anuario de Derecho Parlamentario, 4, 1997.

## Política de Competencia en el Tratado de Libre Comercio entre Chile, EE.UU. y el NAFTA

José Manuel Astudillo S.\*

**RESUMEN:** La presente monografía analiza las disposiciones contenidas en el capítulo 16 sobre Política de Competencia del Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Chile y Estados Unidos de América. Adicionalmente se hace referencia a los sistemas de defensa a la libre competencia de cada una de las partes signatarias del Tratado. Por lo tanto este trabajo contiene un estudio de la forma en que los Estados Unidos de América y Chile garantizan el cumplimiento de una Política de Competencia común.

**Palabras claves:** libre competencia, tratado de libre comercio.

**ABSTRACT:** *This monograph analyzes the clauses contained in Chapter 16, "Competition Policy", in the Free Trade Agreement (FTA) negotiated between Chile and The United States of America. In addition this study discusses the defense systems for free competition in each signatory parts to this Treaty. Therefore this work contains a study of the way that the United States of America and Chile guarantee the enforcement of a common Competition Policy.*

**Key words:** *free competition, free trade agreement*

**SUMARIO:** Introducción. Desarrollo. 1. Consideraciones preliminares relativas a la Política de Competencia. 2. Prácticas de negocios anticompetitivos. 3. Cooperación, Transparencia y solicitudes de información. 4. Monopolios Designados. 5. Empresas del Estado. 6. Diferencias de Precios. 7. Consultas y Controversias. Conclusiones. Bibliografía.

### Introducción

El Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Chile y Estados Unidos (EEUU) el día 6 de Junio de 2003 contiene una serie de capítulos, entre los cuales destaca su capítulo 16 relativo a la "Política de Competencia, monopolios designados y empresas del Estado". Este capítulo se caracteriza por ser de un marcado carácter declarativo, es decir, las obligaciones que contraen las partes distan de significar un gran sacrificio para ambas,

---

\* Profesor de Derecho Económico de la Universidad Central de Chile.

centrándose más bien en la cooperación entre los contratantes y en el reconocimiento de ciertos mínimos exigibles a cada ordenamiento jurídico en materia de competencia.

De esta forma, en el capítulo 16, las partes coinciden en señalar normas relacionadas con las prácticas de negocios anticompetitivos y la cooperación en materia de competencia. Apartado especial merecen además los temas relativos a los Monopolios Designados y las Empresas del Estado, así como también las diferencias de precios que pudiesen establecerse y la transparencia que debe existir en las políticas de competencia de cada uno de los Estados contratantes.

El objetivo que persigue esta monografía, consiste fundamentalmente en efectuar un análisis de las disposiciones del Capítulo 16 del TLC, sobre Política de Competencia, para lo cual es necesario reconocer los sistemas de defensa a la libre competencia tanto en Chile como en EEUU y el marco jurídico sobre el cual se aplican dichos sistemas, con especial consideración de las diferencias que se producen a partir de la pertenencia de un sistema a la tradición jurídica anglosajona y del otro a la románico continental. Además, se debe enmarcar las disposiciones de este tratado en el proceso de apertura de la economía chilena a otros mercados, situación que requiere la revisión de las disposiciones del TLC a la luz de los otros tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el último tiempo, con el fin de develar que grado de innovación introduce el TLC en materia de competencia.

En consecuencia, se debe determinar, a la luz de las disposiciones del TLC y de los respectivos sistemas de defensa a la libre competencia, de que forma los EEUU y Chile garantizan el cumplimiento de una política de competencia común plasmada en el TLC y que es reflejo de un proceso de liberalización del comercio por parte de ambas naciones.

Una hipótesis de trabajo nos indicaría que la existencia de una notable diferencia en el desarrollo de los sistemas de defensa a la libre competencia entre ambos Estados, ha redundado en el hecho de que las disposiciones del TLC contengan principalmente normas que establecen instancias de cooperación, así como también, principios básicos que deben reglar toda Política de Competencia en una economía de mercado. De ello se desprende que el grado de innovación que pueda presentar el TLC en la legislación chilena (en materia de competencia) es de limitada relevancia y sólo tendrá por fin el garantizar la existencia de reglas e instituciones básicas en la defensa a la libre competencia, que aseguren un mercado de competencia leal, necesario para asegurar un próspero desarrollo de los procesos de liberalización del comercio internacional.

Por Política de Competencia se debe entender el conjunto de directrices que elaboran los Estados en orden a regular la competencia económica tanto en el ámbito interno como en la esfera internacional. Este concepto amplio de lo que representa la Política de Competencia, no lo circunscribe tan sólo al establecimiento de las figuras o prácticas que atentan contra la libre competencia, sino que lo centra en el bien jurídico reconocido por el Derecho de la Competencia.

La presente monografía entrega una breve introducción al estudio de la competencia, asistidos por la ciencia económica. El estudio de las disposiciones del TLC se hace desde una perspectiva jurídica, sin perjuicio de la utilización interdisciplinaria cuando el estudio así lo amerita. De esta forma, el presente trabajo se estructura metodológicamente en el análisis de cada una de las disposiciones del capítulo 16 del TLC, con el propósito de cumplir el objeto planteado.

La presente monografía tiene sólo carácter inductor al estudio de uno de los aspectos significativos del TLC, y por tanto, debería dar paso a un estudio posterior sobre

las distintas posiciones doctrinarias y de aplicación del tratado, respecto a los diversos contenidos del Capítulo 16.

## **Desarrollo**

### **1. Consideraciones preliminares relativas a la Política de Competencia**

El Capítulo 16 señala en su epígrafe que versará sobre la “Política de Competencia, los monopolios designados y las empresas del Estado”. Ello nos permite reconocer que tanto los monopolios designados como las empresas del Estado en el ámbito comercial son temas y situaciones abarcados por la amplitud del primer concepto que nos entrega el mencionado epígrafe. Para entender de mejor manera la magnitud del concepto de Política de Competencia se hace necesario realizar un acercamiento al concepto de “Competencia” acuñado por la doctrina.

El profesor Jorge Witker señala que la Competencia Económica es la “rivalidad consistente en actos jurídicos entre dos o más sujetos con relación a una misma clientela, que buscan un beneficio económico producto de una actividad comercial similar, aunque existen casos en que se presenta entre sujetos con actividades comerciales distintas”<sup>1</sup>. En la tradición jurídica anglosajona la definición de competencia no difiere mucho de la antes señalada, se define así la competencia por algunos académicos como “la existencia de un proceso de rivalidad entre empresas que, en búsqueda de un interés propio, procuran ganar la clientela en un mercado”<sup>2</sup>. De la comparación de ambos conceptos se desprende que ambas se fundan en la existencia de una rivalidad entre agentes económicos y que dicha competencia para efectos de regulación de la libre competencia se da entre sujetos económicos que ostentan la calidad de oferentes en el mercado (siendo la definición del Profesor Witker más amplia al no circunscribirlo necesariamente a la existencia de una “empresa”). Además ambas reconocen, una en el beneficio económico y la otra en el interés personal, el ánimo de lucro propio de la generalidad de las actividades mercantiles, para finalmente coincidir en que se trata de una relación entre oferentes v/s demandantes (clientela).

En la doctrina económica se distinguen principalmente dos situaciones de competencia diametralmente opuestas: Competencia Perfecta y Competencia Imperfecta.. La Competencia Perfecta se da en “una industria donde hay tantas empresas que las decisiones individuales de cualquiera de ellas no pueden influir sobre el precio del mercado, y donde hay tantos consumidores que las decisiones individuales de maximización de la utilidad de cualquier consumidor tampoco pueden afectar el precio de mercado”<sup>3</sup>. La competencia perfecta reconoce requisitos que la ciencia económica ha identificado para la existencia de este tipo de competencia, a saber: “1º) (...) Adecuado número de compradores y vendedores en el mercado, de manera que la cantidad de bienes y servicio ofertados o demandados por cada uno de ellos no sea significativa con respecto al

---

<sup>1</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.4.

<sup>2</sup> Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p.18.

<sup>3</sup> Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Ed. FCE, 1998, p.47.

total transado y de esta manera el comportamiento individual no tenga una influencia directa sobre los precios de mercado (...), 2º) Homogeneidad del producto transado (...), 3º) Simetría de la información(...) requisito que asegura la posibilidad de predecir correctamente el precio de equilibrio del mercado, 4º) Libre entrada y salida de empresas (...)"<sup>4</sup>. La máxima manifestación de la competencia imperfecta es el monopolio, conceptualizado como "aquel mercado en el que existe un solo oferente que tiene plena capacidad para determinar el precio"<sup>5</sup>. Se identifican dos tipos de fuentes que permiten el surgimiento y el mantenimiento de los monopolios impidiendo la aparición de empresas competidoras. Entre estas fuentes encontramos en primer lugar las restricciones estatutarias o legales y en segundo lugar, condiciones tecnológicas de la producción conocidas como economías de escala<sup>6</sup>. Se agrega a esto último ciertas condiciones que pueden predisponer a un mercado a la fijación monopólica de los precios como por ejemplo la falta de elasticidad en la demanda<sup>7</sup>. Entre el mercado de competencia perfecta y los monopolios se identifican otras estructuras como los oligopolios y los mercados que presentan otras manifestaciones de competencia imperfecta. "Un mercado Oligipólico es aquel que contiene pocas empresas que reconocen que sus decisiones individuales de maximización del beneficio son interdependientes. (...) Un mercado imperfectamente competitivo es aquel que tiene la mayoría de las características de un mercado perfectamente competitivo (...), pero que tiene un importante elemento monopólico: las empresas producen bienes diferenciables en lugar del bien homogéneo producido por las empresas perfectamente competitivas"<sup>8</sup>.

La Libre Competencia, se ha definido desde una perspectiva económica como "la situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares intentando atraerse a los consumidores"<sup>9</sup>, es decir, "la libertad de los sujetos económicos para establecer una oposición o rivalidad con otros que tienen una aspiración común con él"<sup>10</sup>. En consonancia con lo anterior desde un punto de vista jurídico la libre competencia sería entonces "el derecho de los agentes económicos, de conformidad a los principios y normas del orden público económico, para participar en mercados de bienes y servicios que presenten condiciones de plena y real existencia de una concurrencia competencial económica, exenta de cualquier arbitrio que tienda a impedirla, eliminarla, restringirla o entorpecerla, y que aseguren el interés público de mantenimiento de una economía eficiente"<sup>11</sup>.

La Política de Competencia se manifiesta a través de normas jurídicas, que en su conjunto conforman el denominado Derecho de la Competencia, o sea, aquella "rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público"<sup>12</sup>. En el derecho anglosajón similar idea está dada

---

<sup>4</sup> Manuel Astudillo, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.81.

<sup>5</sup> Alonso y Mochón, *Economía Básica: Chile, una realidad*", Ed. McGraw Hill, Santiago de Chile, 1994.

<sup>6</sup> Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, 1998, p.48.

<sup>7</sup> Richard A. Posner, *El Análisis Económico del Derecho*, Ed. FCE, 1998, p.274.

<sup>8</sup> Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Ed. FCE, 1998, p.52.

<sup>9</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.4.

<sup>10</sup> Manuel Astudillo, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.80.

<sup>11</sup> Manuel Astudillo, *Op. cit.*, p.84.

<sup>12</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.21.



por las “antitrust laws”<sup>13</sup>. A pesar de las diferencias de denominación en ambas tradiciones jurídicas los fines perseguidos por las normas de defensa de la libre competencia parecen ser similares:

1. Se busca proteger el proceso productivo.
2. Concretizar el derecho a desarrollar una actividad económica.
3. Permitir la eficiencia económica.
4. Velar por el bienestar de los consumidores.

Finalmente al ser el derecho de la competencia un derecho que persigue proteger la competencia y no promoverla, manifestándose generalmente a través de normas negativas y prohibitivas es lógico suponer que su objeto sea la regulación de prácticas anticompetitivas, entendiéndose por tales “aquellas conductas mercantiles ilícitas realizadas por empresas privadas o públicas, locales o globales, que distorsionan los mercados nacionales o externos a través de precios depredatorios, discriminados o subsidiados, dañando a competidores (...), consumidores y el interés público”<sup>14</sup>. Son estas prácticas anticompetitivas las que pasaremos a estudiar a continuación.

## 2.Prácticas de negocios anticompetitivos

El artículo 16.1 del TLC se refiere a las prácticas de negocios anticompetitivas. En el apartado anterior señalamos que las prácticas anticompetitivas consistían fundamentalmente en hechos de tipo ilícito que realizan las empresas, de forma tal que generan una distorsión en los precios que daña los intereses protegidos por el derecho de la competencia. Cabe preguntarse entonces de que forma se expresan estos hechos ilícitos: “Las conductas anticompetitivas pueden manifestarse de varias maneras, siendo las más significativas para la economía actual las llamadas prácticas restrictivas y las prácticas desleales de comercio internacional”<sup>15</sup> que se concretan en actos anticompetitivos que restringen la competencia y actos anticompetitivos que eliminan la competencia<sup>16</sup>.

En cuanto a las prácticas anticompetitivas que restringen la competencia, estas tienen por finalidad directa restringir o eliminar la competencia mediante la manipulación en el mercado de un producto o servicio, las líneas de productos o servicios, o una cadena productiva o incluso una rama industrial<sup>17</sup>. Este tipo de conductas se presentan generalmente bajo cuatro formas<sup>18 19</sup>:

---

<sup>13</sup> Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p.46: Las antitrust laws no persiguen directamente incentivar la competencia, sino que más bien prevenir cualquier forma de conductas anticompetitivas en el mercado. Sin embargo esta forma de protección de la competencia en la tradiciones jurídicas anglosajonas a presentado ciertas dificultades debido a un desacuerdo considerable en cuanto a si las antitrust laws deberían preocuparse de la regulación del poder de grandes empresas más que de la remoción de obstáculos a la competencia, o bien si protege a los competidores o el proceso de competencia, y si está más preocupada del interés de los consumidores que el de los productores.

<sup>14</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.13.

<sup>15</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.55.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

1. Abuso de posición dominante o monopolización: En este caso una empresa o empresas que gozan de una posición dominante en el mercado pueden dañar la competencia individual o colectivamente. Contra esto algunos argumentan que es generalmente aceptado que si una empresa gana la “competitive struggle” de forma legítima no debería ser sancionada por su mayor eficiencia, sin embargo no hay razón para creer que esto significa que el poder económico pueda ser empleado por la empresa que goza de la posición dominante para prevenir o restringir la competencia de competidores existentes o potenciales<sup>20</sup>.
2. Acuerdos Horizontales: La gran mayoría de estos acuerdos son sobre fijación de precios, asignaciones de cuotas o zonas en los mercados u otros aspectos importantes de la interacción competitiva de las empresas. Este tipo de acuerdo generalmente se encuentran absolutamente prohibidos<sup>21</sup>.
3. Acuerdos Verticales: A diferencia de los acuerdos horizontales se señala por la doctrina que este tipo de acuerdos son menos dañinos de la competencia, pero si pueden presentarse como conductas anticompetitivas en economías en transición o en desarrollo<sup>22</sup>.
4. Fusiones: En algunos casos las empresas buscan fusionarse para de esta forma ser más eficientes, lo cual irá en beneficio de los consumidores al generar una disminución de costos y por ende de precios, pero en otros casos se pueden producir efectos anticompetitivos destinados a reducir la competencia en el mercado y a crear artificialmente o fortalecer una posición dominante que no está basada en una mayor eficiencia económica de la empresa.

En lo referido a las prácticas desleales de comercio internacional estas son principalmente al Dumping (en cualquiera de sus formas) y las subvenciones. Este tipo de medidas requieren de un análisis especial que corresponde al estudio de otros capítulos del TLC por lo que nos abstendremos de abarcarlo.

El numeral primero del artículo 16.1 señala que “*Cada parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas (...)*”<sup>23</sup>, cabe por tanto señalar cual es el marco jurídico de defensa a la libre competencia tanto en Chile como en EEUU.

En el caso de Chile el estatuto jurídico que regula la defensa de la libre Competencia es el Decreto Ley N° 211 de 1973 y cuya última modificación fue introducida por la Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003. Si hacemos un poco de reconstrucción histórica podemos encontrar que la primera ley antimonopólica que tuvo Chile fue la Ley N° 13.305 de 1960 que definía el delito de monopolio y establecía una estructura orgánica

---

<sup>19</sup> Especial mención se hace en los TLC`s Chile-UE, Chile-Corea y Chile EFTA a los acuerdos contrarios a la competencia, a las prácticas concertadas, al comportamiento abusivo resultante de posiciones dominantes y a las fusiones que tengan efectos anticompetitivos importantes

<sup>20</sup> Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p.48.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Similar disposición encontramos en el TLC celebrado entre Chile y México: “*Cada parte adoptará o mantendrá medidas que prohiban prácticas de negocios contrarias a la competencia...*” (artículo 14-02: “*Legislación en materia de competencia*”). Esta disposición se repite prácticamente igual en el artículo 1501 del NAFTA y en el artículo J-01 del TLC entre Chile y Canadá.

denominada Comisión Antimonopolios<sup>24</sup>. Posteriormente vendría el Decreto Ley N° 211 que rige las materias de competencia hasta el día de hoy. Especial significación cobra la última reforma introducida por la ya mencionada Ley 19.911 que modifica las figuras ilícitas y sus sanciones, suprime y reemplaza los organismos jurisdiccionales encargados de la aplicación de las normas sobre competencia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica ciertas facultades del Fiscal Nacional Económico.

En su artículo 1° el DL 211 señala que este cuerpo normativo “*tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”. Esto trasunta en que el objetivo de la ley sea el de proteger “el derecho a desarrollar actividades económicas, la eficiencia económica y con ello el bienestar general de los consumidores”<sup>25</sup>. Por otra parte la figura ilícita que actualmente se encuentra en este cuerpo normativo es general y amplia, no estableciendo ya de forma taxativa las practicas anticompetitivas, esto último en razón de la naturaleza de los ilícitos que se buscan sancionar. De esta forma el artículo 3° señala que “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

- a). Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.
- b). La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c). Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

De lo anterior se desprende que en la primera parte se establece la acción sancionada y en los apartados solamente una ejemplarización de la acción que puede consistir en la colusión en materia de precios y producción, prácticas abusivas y la monopolización predatoria, respectivamente. En cuanto al régimen sancionatorio, la ley faculta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para:

- a) “Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”.
- b) “Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”.
- c) “Aplicar Multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20.000 UTM. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores,

---

<sup>24</sup> Sergio Carvallo Hederra, *Manual de Legislación Económica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983, p.165.

<sup>25</sup> Discurso del Ministro de Economía de Chile, Don Jorge Rodríguez Grossi, en la inauguración del Día de la Competencia (30 de Octubre de 2003).

administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”.

En el caso de los Estados Unidos<sup>26</sup> no sólo se presenta una legislación mucho más antigua que la chilena, sino que también ésta es por mucho más extensa. Las principales leyes federales que sustentan la legislación antitrust en EEUU son la Sherman Act, Clayton Act, Federal Trade Commission Act, y la Hart-Scott-Rodino Act<sup>27</sup>. Así como en el caso de la legislación chilena hicimos una breve revisión histórica de su evolución, procederemos a repetir lo mismo en el caso de la legislación de los EEUU. El profesor Witker nos señala que una de las primeras normas que surgen en EEUU para regular la competencia es la Sherman Act que tenía por finalidad proteger la libertad de empresa, libertad que en ese momento estaba siendo amenazada por el poder de los conglomerados empresariales que se habían formado. Especial importancia cobra el hecho de que en su interpretación inicial esta se limitaba sólo a proteger la libertad de comercio, y luego pasaría a enjuiciar también las condiciones de competencia, es decir, a los efectos que una práctica produce sobre la estructura del mercado. De esta forma a la interpretación basada en principios jurídicos se agregan a partir de ese momento ciertos principios económicos. El análisis económico fue ganando terreno en esta materia hasta consolidarse de la mano de la “Escuela de Chicago” en momentos en que la empresa estadounidense perdía competitividad. Esta irrupción del análisis económico del derecho trajo consigo el que se planteara como objetivo fundamental de las normas antitrust el bienestar de los consumidores, bienestar que sólo puede ser alcanzado a través de la eficiencia económica (otros de los fines del derecho de la competencia), y en pos de lograr dicha eficiencia pueden ser sacrificados otros fines de las normas que regulan la libre competencia como por ejemplo la libertad de empresa. Así en la actualidad la doctrina discute en EEUU cuáles son las funciones que tienen las normas antitrust y en que medida pueden sacrificarse unos y otros fines a la hora de llevar a cabo un enjuiciamiento<sup>28</sup>.

La Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7 (de 1890) surge a consecuencia de la gran concentración del comercio y la industria por parte de conglomerados de empresas. Dicha concentración dañaba profundamente la competencia, lo que redundaba en un daño a los consumidores<sup>29</sup>. Entre las figuras delictivas que se destacan podemos encontrar en primer lugar la sección primera (§1) que señala que “todo contrato, combinación en forma de trust u otra clase, o conspiración, restrictiva del tráfico o del comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras, se declara ilegal”<sup>30</sup>, y la sección segunda que establece que “toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o combine o conspire con

---

<sup>26</sup> No se consideran las normativas estatales en materia de competencia.

<sup>27</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.86.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> “§ 1 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1

*Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty*

*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*

cualquier otra persona, para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras, será estimada culpable de un delito”<sup>31</sup>.

Por su parte la Clayton Act de 1914 tiene un contenido más casuístico que la Sherman Act, contenido que redunde de la misma manera en una extensión mucho mayor. “Esta ley declara ilegales: la discriminación de precios, los contratos de exclusivas, la adquisición de acciones entre corporaciones y las direcciones de enlace cuando tales prácticas disminuyan la competencia o tiendan a crear un monopolio”<sup>32</sup>.

Otra norma de importancia en materia de regulación de la competencia esta dada por The Federal Trade Commission Act, norma que crea la Federal Trade Commission como órgano encargado de responsabilidades específicas en la política antitrust<sup>33</sup>, particularmente en la aplicación de las prohibiciones contenidas en la Clayton Act. Las disposiciones más importantes de esta ley van dirigidas a prohibir métodos injustos de comercio y prácticas ilegales y fraudulentas, como ya señalamos crear la Federal Trade Commission, y finalmente otorgar facultades exclusivas a la Comisión para la aplicación de la sección 5 de la misma norma<sup>34</sup>.

Se incorporan también a la legislación Norteamericana normas como la Ley Hart-Scott-Rodino de mejoramiento de legislación antitrust y que tienen por finalidad establecer un control a priori de las fusiones o adquisiciones en los casos en que se cumplan los límites exigidos por la ley en relación al tamaño de las partes o del negocio. De esta forma se puede investigar y así impedir o modificar los términos establecidos para una fusión que atente contra la libre competencia<sup>35</sup>.

Luego de señalar que “Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas (...)”, el artículo 16.1 en su número 1 establece a continuación que dichas normas se adoptarán o mantendrán “con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”. Lo anterior es absolutamente coherente con los fines de la libre competencia que hemos señalado anteriormente y con los objetivos perseguidos por el DL 211 de la legislación chilena. Sin embargo se omite dentro de los fines el derecho a desarrollar actividades económicas, lo cual se debería a que en la legislación norteamericana cobran mayor importancia los principios de eficiencia económica y bienestar general de los consumidores, pasando a ser la libertad de empresa un principio o derecho sacrificable en pos de los otros dos.

El artículo 16.1 en su numeral 2° se divide en 3 partes: Reconocimiento de las autoridades competentes para la aplicación del derecho de la competencia; establecimiento de un principio de trato no discriminatorio a los sujetos; y la consagración de normas de

---

<sup>31</sup> § 2 Sherman Act, 15 U.S.C. § 2

*Monopolizing trade a felony; penalty*

*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony*

<sup>32</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.88.

<sup>33</sup> Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p.34.

<sup>34</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.89.

<sup>35</sup> Ibid.

debido proceso legal en materia de competencia. De esta forma se señala al comienzo de este numeral que “*Cada parte mantendrá una autoridad responsable de hacer cumplir sus leyes nacionales de competencia (...)*”. Esta disposición plantea la interrogante: ¿cuáles son estas autoridades tanto en Chile como en EEUU?<sup>36</sup>.

En el caso chileno podemos reconocer dos autoridades fundamentalmente como las encargadas de ejecutar las leyes relativas a materias de competencia: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y La Fiscalía Nacional Económica<sup>37</sup>. Con respecto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, este es bastante nuevo y viene a remplazar a las desaparecidas Comisiones Resolutiva y Preventiva. En el artículo 7° del DL211 se señala que el Tribunal “*es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*”. Para cumplir con estos fines es que estará integrado por un Abogado que será Presidente del Tribunal, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes que confecciona la Corte Suprema mediante concurso público dirigido a profesionales y académicos especializados en materias de libre competencia, Derecho Comercial o Derecho Económico y que acrediten diez años de ejercicio profesional. En segundo lugar integrarán también el Tribunal un Abogado y un licenciado en Ciencias económicas o con post grados en Ciencias económicas: Ambos serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Finalmente, formarán también parte del Tribunal, también un Abogado y un licenciado en Ciencias económicas o con post grados en Ciencias económicas, pero en este caso a diferencia del anterior ambos serán designados por el Presidente de la República a partir de dos ternas (una para cada designación) confeccionada por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Entre las atribuciones del Tribunal relativas a la aplicación del DL 211 podemos distinguir:

*1. Función de Conocimiento:* “Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”.

*Función Consultiva:* “Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos”.

---

<sup>36</sup> En los tratados de libre comercio entre Chile-Corea, Chile-UE, y Chile-EFTA se designa expresamente quien es la “autoridad de competencia” de cada parte.

<sup>37</sup> En el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Corea llama la atención de que “autoridad de competencia” para Chile signifique la Fiscalía Nacional Económica únicamente (ver artículo 14.1 relativo a las definiciones, del Tratado de Libre Comercio Chile-Corea). En el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, Chile designó como “autoridad de competencia” a la Fiscalía Nacional Económica y a la ya desaparecida Comisión Resolutiva, sin embargo debe aplicarse el artículo segundo de la ley N° 19.911 que señala que “*el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia será el continuador y sucesor de la Comisión Resolutiva...*” para en este caso la aplicación del artículo 173 N° 2 b del Tratado de Libre Comercio con la UE. En el caso del TLC Chile-EFTA se adopta una modalidad peculiar en la cual las partes acuerdan designar a su autoridad competente o a otra entidad pública e informar de su decisión a las demás partes en la primera reunión del Comité Conjunto dentro de los 60 días siguientes a la entrada en vigor del tratado (ver artículo 79 del TLC Chile-EFTA).

2. *Función Instructora*: “Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

3. *Función requiritoria de modificaciones*: “Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

4. *Función Correctiva y Sancionatoria*: Entre las sanciones que puede adoptar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentran:

a) “Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley” (Función Correctiva).

b) “Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley” (Función Correctiva).

c) “Aplicar Multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20.000 UTM. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”.

5. *Función de Apremio*: Antes de la reforma introducida por la ley 19.911 la Comisión Resolutiva podía “ordenar” al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal por incurrir una persona natural o jurídica en los delitos tipificados en el DL 211; en la actualidad sólo le compete al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “autorizar” al Fiscal Nacional Económico para solicitar a la justicia ordinaria las medidas de apremio en aquellos casos en que alguien entorpezca las investigaciones de la Fiscalía y se haga necesario apremiarla con arresto.

Otra figura importante en materia de competencia en la legislación chilena es la del Fiscal Nacional Económico. Según el artículo 21° del DL 211, la “*Fiscalía nacional económica será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción*”. En términos generales podemos decir que “la investigación de los hechos que pueden constituir un atentado a la libre competencia y la representación del interés general de la colectividad ha sido entregado por el legislador”<sup>38</sup> al Fiscal Nacional Económico. Se critica en la doctrina que la independencia que la ley señala “no corresponde a una realidad jurídica, pues se trata de un servicio público descentralizado

---

<sup>38</sup> Manuel Astudillo, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.97.

(...), sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República, y el Fiscal Nacional Económico es un funcionario de confianza del Primer Mandatario, quien lo designa y remueve libremente”<sup>39</sup>.

Por su parte en el sistema de regulación de la competencia en los EEUU la función de velar por la aplicación de la legislación antitrust esta radicada en dos organismos: La División Antitrust del Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission. Partiendo por la Antitrust Division, dependiente del Department of Justice, podemos decir que esta “es la principal agencia federal de ejecución de las leyes antitrust (...). Las raíces orgánicas de la División pueden remontarse a la creación de un Ayudante al Ministro de Justicia en marzo de 1903, encargado de tomar todos los pleitos archivados bajos las leyes antitrust y las leyes comerciales interestatales”<sup>40</sup>. Entre las funciones de este organismo se citan:

1. “La ejecución de leyes federales civiles y criminales y otras leyes relativas a la protección de la competencia y la prohibición de restricciones al comercio y la monopolización (...).
2. Intervención o participación ante agencias administrativas que funcionen total o parcialmente, bajo la regulación de estatutos en procedimientos que requieren consideración de las leyes antitrust o políticas competitivas (...).
3. La abogacía de políticas procompetitivas ante otras ramas de gobierno (...)”<sup>41</sup>.

En segundo lugar señalamos a la Federal Trade Commission, organismo que se encuentra integrado por cinco miembros designados por el Presidente de los Estados Unidos y ratificados por el Senado. Sus facultades se clasifican en: Facultades para investigar y facultades para impedir el empleo de medios ilegales de restricción de la competencia en el mercado. Dichas funciones emanan tanto de la Federal Trade Commission Act como de la Clayton Act, entre otras<sup>42</sup>. De esta forma sus competencias recaen fundamentalmente sobre:

1. “La regulación de prácticas monopólicas prohibidas por las leyes antitrust
2. La regulación de métodos desleales de competencia y prácticas comerciales desleales o engañosas
3. La gestión de investigaciones sobre empresas
4. La promoción de la autorregulación de las empresas mediante conferencias sobre prácticas comerciales”<sup>43</sup>.

Después de referirse a los organismos o autoridades responsables de dar aplicación al derecho de la competencia en cada Estado el artículo 16.1 N° 2 señala que ***“la política de aplicación de la ley de competencia por parte de las autoridades nacionales de competencia de las Partes, no discriminará sobre la base de la nacionalidad de los sujetos que son objeto de sus procedimientos”***<sup>44 45</sup>. Cabe cuestionarse en este punto si esta

---

<sup>39</sup> Olga Feliú de Ortúzar, “Los organismos de la defensa de la Competencia”, Actualidad Jurídica, N°5, Enero de 2002, p.201.

<sup>40</sup> Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000, p.151.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> El Tratado de Libre Comercio entre Chile y la UE entiende por “*actividad de aplicación de la ley...cualquier medida de aplicación de las leyes de competencia mediante investigaciones o procedimientos*



disposición consagra un “trato no discriminatorio” en los términos del artículo 16.9, es decir, **“el mejor entre el trato nacional y el trato de nación más favorecida, según lo establecido en las disposiciones pertinentes de este tratado”**, o bien hace referencia a la aplicación de un “trato nacional” respecto de los sujetos que son objeto de la aplicación de los procedimientos destinados a la defensa de la libre competencia. En nuestra opinión se refiere a un trato nacional en los términos del artículo III del GATT<sup>46</sup>, esto debido a que el “trato no discriminatorio” fue definido específicamente de esa forma en el artículo 16.9 para efectos del capítulo sobre Política de Competencia de modo que si se hubiese querido dar en el artículo 16.1 N° 2 un “trato no discriminatorio” lo lógico hubiese sido que explícita e inequívocamente así se hubiere señalado como en el caso del artículo 16.3 N° 3 c.

El artículo 16.1 N° 2 finaliza señalando ciertas garantías que cada parte debe dar para que la política de aplicación de la ley de competencia que ejecutan los organismos de defensa de la libre competencia ya revisados, cumpla ciertos requisitos mínimos del debido proceso legal<sup>47</sup>. De esta forma en el artículo 16.1 N° 2 a) se exige que cada parte garantice el que **“antes de imponer una sanción o una medida en contra de cualquier persona por haber violado sus leyes de competencia, permitirá a la persona el derecho a ser escuchada y de presentar evidencia, salvo en caso de imposición de una sanción interina o de una medida provisional, pudiendo otorgar tales derechos dentro de un plazo razonable con posterioridad a su imposición”** y el que **“una corte o un tribunal independiente imponga o, a solicitud de la persona, revise dicha sanción o medida”**.

Podemos señalar entonces que, en primer lugar, se estaría consagrando el principio de bilateralidad de la audiencia<sup>48</sup> y, en segundo lugar, se estaría estableciendo el principio de doble instancia<sup>49</sup> <sup>50</sup> que constituye una garantía de legalidad y justicia en las resoluciones que pronuncien los organismos encargados de velar por la aplicación del derecho de la competencia, exigiendo a la vez que el tribunal o corte encargado de revisar la resolución cumpla con el principio de independencia.

En lo que se refiere al análisis del artículo 16.1 N° 3, este presenta un grado de complejidad porque su interpretación a primera vista plantea la duda de si estamos frente a un capítulo que establece una mera declaración de intenciones (salvo el establecimiento de espacios de cooperación), o plantea derechos y obligaciones que no pueden ser ignorados por la otra parte mediante la dictación de normas internas que regulan la competencia económica. Este cuestionamiento surge del hecho de que el artículo 16.1 N° 3 señala que **“nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará en el sentido de infringir la autonomía de cada parte en el desarrollo de sus políticas de competencia...”**. Especial hincapié hay que hacer en el uso del término “Política de Competencia” toda vez que una

---

*efectuados por la autoridad de competencia de una parte, que pueda resultar en la imposición de sanciones o medidas correctoras”* (artículo 173 N° 3). Idéntica definición encontramos en los TLC’s Chile-EFTA y Chile-Corea.

<sup>45</sup> Novedosa e interesante resulta la introducción del principio de no discriminación en esta disposición a la luz de un análisis comparativo con los otros TLC’s suscritos por Chile en el último tiempo.

<sup>46</sup> Concordar el artículo 3.2 y 3.1 del TLC.

<sup>47</sup> Principio consagrado expresamente en el artículo 72 N° 4 del TLC Chile-EFTA.

<sup>48</sup> Sergio Rodríguez Garcés, *Derecho Procesal Funcional*, Tomo I, Ediciones Vitacura, Santiago de Chile, 1993, p.93.

<sup>49</sup> Ver DL 211 artículo 17 L; § Clayton Act 15, U.S.C. § 21; Appeals, 15 U.S.C. § 29: Constituyen ejemplos en las legislaciones chilena y estadounidense en las que se consagra el “principio de doble instancia”.

<sup>50</sup> UNCTAD, *Model Law on Competition*, United Nations Publications, Nueva York, 2004, p.8.

interpretación amplia del mismo<sup>51</sup> como la señalada en la introducción a este trabajo llevaría a concluir que la autonomía de cada Estado para fijar el desarrollo de sus políticas de competencia le permitiría dictar normas contrarias a las disposiciones de este capítulo (situación que haría del mismo una mera declaración). Otro argumento que permitiría acoger esta postura está relacionado con el artículo 16.6 N° 3 que prescribe el deber de poner a disposición de la otra parte información *“concerniente a las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia”*. El problema del artículo antes señalado es que no se refiere a que tipo de excepciones hace alusión ¿a las disposiciones del tratado? Sin embargo nosotros consideramos que el artículo 16.1 N° 3 al hacer mención a las políticas de competencia se está refiriendo a las *“leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas”* y en menor medida si se quiere al mantenimiento de *“una autoridad responsable de hacer cumplir sus leyes nacionales de competencia”*. Lo anterior no sólo se deduce del hecho de que el artículo 16.1 este referido a las prácticas anticompetitivas y a la *“política de aplicación de la ley de competencia”* bajo el epígrafe de *“Prácticas de negocios anticompetitivas”*, sino que también al hecho de que tanto el artículo 16.3 N° 1 como el artículo 16.4 N° 1 contienen una disposición similar en relación a sus propios epígrafes (Monopolios designados y Empresas del Estado respectivamente). De permitir el artículo 16.1 N° 3 que cada Estado dicte normas contrarias a las dispuestas en este capítulo se haría innecesaria la existencia de los artículos 16.3 N° 1 y 16.4 N° 1. En conclusión consideramos que el artículo 16.3 en vez de utilizar el término *“Políticas de competencia”* debería haber hecho referencia explícitamente a las *“Prácticas de negocios anticompetitivas”*, sin perjuicio de que también se podría haber definido en el artículo 16.9 que se iba a entender por política de competencia para efectos de este tratado.

### 3. Cooperación, Transparencia y solicitudes de información

El artículo 16.2 señala que *“las Partes acuerdan cooperar en el área de la política de competencia. Las Partes reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para profundizar el cumplimiento efectivo de las leyes de competencia en el área de libre comercio. En consecuencia, las Partes cooperarán en asuntos relativos a actividades tendientes a hacer cumplir las leyes de competencia, incluidas notificaciones, consultas e intercambio de información en relación con la aplicación de las leyes y políticas de competencia de las Partes”*<sup>52</sup>.

En el caso chileno la Fiscalía Nacional Económica tiene 2 atribuciones muy importantes en esta materia señaladas por el DL 211 en sus artículos 27 m) y n), que consisten básicamente en la posibilidad de que la Fiscalía Nacional Económica celebre convenios de entendimiento con agencias extranjeras con el fin de promover o defender la libre competencia<sup>53</sup> (en este caso convenios a celebrar con la Antitrust Division y la Federal Trade Division), además de la posibilidad de convenir la interconexión electrónica

---

<sup>51</sup> Otra definición consiste en señalar la Política de competencia como “disciplinas que regulan la cantidad de competidores que existen en un mercado determinado”.

<sup>52</sup> Los TLC's celebrado por Chile con Canadá y México, así como también el NAFTA además de las actividades tendientes al cumplimiento de las leyes de competencia, las notificaciones, las consultas y el intercambio de información, agregan la asistencia legal mutua.

<sup>53</sup> Terry Winslow, *Competition Law and Policy in Chile: A peer review*, OECD – BID, Enero de 2004, p.9.

con organismos públicos extranjeros con los cuales haya celebrado convenios de entendimiento.

Por su parte la Federal Trade Commission y la Antitrust Division pueden en virtud de la “International Antitrust Enforcement Act” celebrar acuerdos de asistencia mutua con autoridades antitrust extranjeras de forma tal que se puede con ciertas limitaciones compartir información y asistencia en la investigación de hechos que constituyan infracciones a la libre competencia<sup>54</sup>.

Con respecto a la Transparencia, a pesar de que las partes declaren que **“reconocen el valor de la transparencia en las políticas de competencia gubernamentales”**, en el TLC no están contempladas exigencias entre las partes con respecto a esto salvo en los casos en que una de las partes solicite a la otra una determinada información<sup>55</sup>. Así una parte respondiendo a la solicitud de la otra pondrá a su disposición información relativa a:

1. “Actividades tendientes a hacer cumplir sus leyes de competencia”.
2. “Empresas del estado y monopolios designados, públicos o privados, en cualquier nivel de gobierno” y en este caso se “indicarán las entidades o localidades involucradas, especificará las mercancías y mercados particulares concernidos, e incluirá indicios de prácticas que pudieren restringir el comercio o la inversión entre las partes”.
3. “...las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia. Las solicitudes (de información) especificarán las mercancías y los mercados particulares de interés, e incluirán indicios de que la excepción pudiere restringir el comercio o la inversión entre las partes”<sup>56</sup>.

#### 4. Monopolios Designados

El artículo más extenso del capítulo de Política de Competencia es el 16.3 sobre Monopolios Designados<sup>57</sup>. En su número 1º señala que **“nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte designe un monopolio”**. Esto significa que las disposiciones de este “Capítulo” (no solamente artículo) no afectan la autonomía de cada Estado parte para poder designar un Monopolio (situación similar a la del artículo 16.1 N°3). Cabe preguntarse en que consiste la designación de un monopolio, para lo cual se hace necesario recurrir al artículo 16.9 que señala que **“designar significa el establecimiento, designación o autorización, formal o de hecho, de un monopolio, o la**

---

<sup>54</sup> Interesante se hace saber de que EEUU y México en el marco de NAFTA han celebrado un acuerdo con respecto a la aplicación de sus leyes de competencia (Julio de 2000), esto con el fin de lograr una mayor cooperación en el ámbito del cumplimiento y la técnica de sus leyes antitrust, además de la coordinación de sus autoridades de defensa a la libre competencia.

<sup>55</sup> Especial atención se presta en el TLC entre Chile-EFTA y Chile-Corea al tema de la confidencialidad en el intercambio de información.

<sup>56</sup> Al referirse a “las excepciones dispuestas de conformidad con sus leyes de competencia” como señalamos en el numeral 2º de este trabajo (referido a las Prácticas de negocios anticompetitivas) se crea un problema en la calificación del capítulo 16. Para dar una interpretación de este artículo que sea coherente con la adoptada ante el artículo 16.1 N° 3, consideraremos que dichas excepciones están referidas a cualquier tipo de situación excepcional a la libre competencia o a las prácticas anticompetitivas convencionales con excepción de las situaciones contempladas en los artículos 16.3 y 16.4.

<sup>57</sup> Este artículo guarda una gran similitud con el artículo J-02 del TLC de Chile-Canadá y con el artículo 1503 del NAFTA, con la diferencia que en el TLC entre Chile y EEUU las disposiciones tienen una construcción más imperativa.

*extensión del ámbito de un monopolio para cubrir una mercancía o servicio adicional*<sup>58</sup>. A su vez *“monopolio significa una entidad incluido un consorcio o una agencia de gobierno, que en cualquier mercado relevante en el territorio de una parte sea designado como el proveedor o comprador exclusivo de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual únicamente en virtud de tal otorgamiento”*.

Se prescribe a continuación que al designar un monopolio, y que como consecuencia de esa designación se pueda afectar los intereses de personas de la otra parte, la parte designante deberá cumplir con 2 requisitos<sup>59</sup>:

1. *“Al momento de la designación, procurar introducir condiciones tales al funcionamiento del monopolio, que permitan minimizar o eliminar toda anulación o menoscabo de beneficios en el sentido del Anexo 22.2 (Anulación o menoscabo)...”, es decir, “...cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga este Tratado, considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las siguientes disposiciones...”*. Lo anterior tiene por objetivo el que a través de la designación de monopolios no se vulnere el espíritu de las normas contenidas en el TLC, no restringiéndose a nuestro juicio tan sólo a los capítulos señalados en el Anexo 22.2 (que permite que en los casos en que haya anulación o menoscabo a los beneficios contenidos en los capítulos señalados en dicho Anexo, las acciones que generan dicha anulación o menoscabo sean objeto del procedimiento de solución de controversias).
2. *“Notificar por escrito, y por anticipado cuando sea posible, a la otra Parte acerca de la designación y de cualquiera de dichas condiciones”*.

Este artículo contiene una norma que obliga la revisión de los monopolios gubernamentales ya designados por las partes, incluso previo a la entrada en vigencia del TLC toda vez que en el artículo 16.3 N° 3 se establece que *“cada Parte garantizará que cualquier monopolio de propiedad privada que se designe después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y que cualquier monopolio gubernamental que designe o haya designado:”*

1. No puede vulnerar las disposiciones del TLC si dicho monopolio ejerce facultades regulatorias, administrativas o facultades propias del Estado delegante en conexión con la mercancía o servicio monopolístico.
2. Las acciones del monopolio sólo pueden estar fundadas en base a consideraciones comerciales (adquisiciones y ventas por ejemplo). Deben entenderse exceptuados de esta obligación los casos en que el acto de designación del monopolio señale que sus acciones deban fundarse en otro tipo de consideraciones, pero bajo ninguna circunstancia los términos de su designación pueden ser contrarios al principio de trato no discriminatorio o bien a autorizarlo para incurrir en prácticas anticompetitivas.

---

<sup>58</sup> Ver el artículo 4° del DL 211 que señala que *“no podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”*.

<sup>59</sup> Artículo 16.3 N° 2 TLC.

3. Otorgue trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, mercancías y proveedores de servicio de la otra parte.
4. No hacer uso de su posición monopólica para realizar prácticas anticompetitivas que afecten a las inversiones cubiertas de la otra parte. Sin embargo en este caso se debe aplicar el artículo 16.1 N° 1 y 3 del TLC, lo que se traduce en que cada parte puede libremente determinar en su legislación cuales practicas se consideran anticompetitivas.

El artículo 16.3 finaliza señalando que “*este artículo no se aplica a la contratación pública*”.

## 5. Empresas del Estado

Al igual que en el artículo 16.3 y con el mismo espíritu del artículo 16.1 N° 3, el artículo 16.4 N° 1 dispone que “*ninguna disposición de este tratado se interpretará en el sentido de impedir que una parte establezca o mantenga una empresa del Estado*”. Reiteramos por tanto la voluntad de ambos Estados contratantes de respetar la autonomía de su contraparte, en este caso, para que se creen y mantengan empresas del Estado.

El artículo 16.4 presenta ciertos problemas para su interpretación debido a la forma en la cual se encuentra redactado: “*Cada Parte deberá garantizar que cualquier empresa del Estado que establezca o mantenga o actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con este Tratado, cada vez que dicha empresa ejerza cualquiera facultad regulatoria, administrativa, o cualquier otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado, tales como el poder de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales, o imponer cuotas, derechos u otros cargos*”. Es por esto que se hace necesario recurrir a la comparación con el texto del TLC en su versión en Inglés: “*Each Party shall ensure that any state enterprise that it establishes or maintains acts in a manner that is not inconsistent with the Party’s obligations under this Agreement wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses, approve commercial transactions, or impose quotas, fees, or other charges*”. Del análisis de ambas disposiciones se desprende el espíritu de este artículo y que consistiría en señalar que lo que cada parte debe asegurar es que las empresas del Estado que establezca en el futuro o mantenga en la actualidad, actúen de forma tal que sus acciones sean compatibles con las obligaciones que la parte bajo el amparo del la cual se crearon o mantengan, haya contraído, cuando la empresa ejerza una facultad gubernamental que la parte le haya delegado<sup>60 61</sup>.

A su vez “*cada Parte deberá garantizar que cualquier empresa del Estado que establezca o mantenga, otorgue trato no discriminatorio en la venta de sus mercancías o servicios a las inversiones cubiertas*” lo cual se hace muy lógico si suponemos que una de estas empresas del Estado puede ser la proveedora de un inversionista correspondiente a la

<sup>60</sup> En este caso se puede también arribar a una interpretación similar a la señalada si se hace analogía con el artículo 16.3 N° 3 a.

<sup>61</sup> Otra disposición que nos acerca a la interpretación antes expuesta se encuentra en el artículo J-03 del TLC Chile-Canadá en la parte relativa a las empresas del Estado. Cabe además recordar que el TLC Chile-Canadá y el NAFTA guardan disposiciones muy similares a las del TLC Chile-EEUU en lo relativo a Monopolios designados y Empresas del Estado.

otra parte.

## 6.- Diferencias de Precios

El artículo 16.5 contempla 2 hipótesis y un requisito común a ambas para el cobro de diferentes precios de modo que dicha diferencia no sea incompatible con las normas relativas a los monopolios designados (en su artículo 16.3 N° 3 c) y a las empresas del Estado (en su artículo 16.4 N° 3). La primera hipótesis es que se trate de diferentes mercados y la segunda hipótesis es que se trate del mismo mercado, entendiéndose por mercado ***“el mercado geográfico y comercial para una mercancía o un servicio”***<sup>62</sup>. El requisito común a ambas hipótesis es que las diferencias de precios deben estar fundadas en consideraciones comerciales normales, señalándose como ejemplo en la disposición las condiciones de oferta y demanda.

## 7.- Consultas y Controversias

Una forma de cooperación que contempla el capítulo 16 guarda relación con la posibilidad de realizar consultas entre las partes o bien la posibilidad de que el fin de estas consultas sea el tratamiento de materias específicas que surjan. Para llevar a cabo estas consultas se hace necesario de que una de las partes solicite a la otra la iniciación de consultas, señalando su relevancia y como la materia objeto de consulta afecta el comercio o la inversión.

De esta forma con las consultas se suple en cierta medida el hecho de que ***“ninguna parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias conforme a este Tratado, respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con los artículos 16.1, 16.2, ó 16.7”*** (Prácticas de negocios anticompetitivas, monopolios designados y Consultas, respectivamente).

## Conclusiones

Al analizar en el Tratado de Libre Comercio el apartado correspondiente a las prácticas anticompetitivas, pudimos dar un vistazo general a las principales diferencias y similitudes que existen entre la legislación estadounidense y la chilena en materia de competencia. Es así como observamos que las mayores diferencias se presentan en el desarrollo y la extensión de las normativas, así como también en los tipos de órganos encargados de velar por el cumplimiento de la legislación de defensa a la libre competencia. En esta materia el TLC sólo se preocupa de fijar los lineamientos básicos que deben existir para el desarrollo de una política de competencia que pueda insertarse en los procesos de liberalización del comercio internacional (existencia de un estatuto jurídico que regule la materia, autoridades encargadas de aplicarlas, y garantías mínimas de los procedimientos de aplicación de dicha normativa).

En lo que respecta a la Cooperación, Transparencia y solicitudes de información cobran importancia los acuerdos que en esta materia puedan celebrar las autoridades que

---

<sup>62</sup> Ver artículo 16.9

velan por el cumplimiento de la legislación de defensa a la libre competencia. La cooperación entre las autoridades de ambas partes permitirá un mejor cumplimiento y ejecución de una política de competencia común que pueda desarrollarse en un futuro cercano.

En cuanto a los Monopolios Designados al igual que en el caso de la Empresas del Estado, se reconoce el derecho de cada Estado para designar monopolios o crear o mantener empresas estatales, de forma tal que las disposiciones contenidas en el TLC sólo tienen por objeto garantizar la existencia de ciertas reglas mínimas que permitan a las personas de cada parte seguir gozando de los beneficios que se les otorgue por este tratado.

## **Bibliografía**

ALONSO y Mochón, *Economía Básica: Chile, una realidad*, Ed. McGraw Hill, Santiago de Chile, 1994.

ASTUDILLO, Manuel, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 1999.

CARVALLO HEDERRA, Sergio, *Manual de Legislación Económica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983.

COOTER, Robert y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Ed. FCE, 1998.

DABBAH, Maher M., *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.

POSNER, Richard A., *El Análisis Económico del Derecho*, Ed. FCE, 1998.

UNCTAD, *Model Law on Competition*, United Nations Publications, Nueva York, 2004.

WINSLOW, Terry, *Competition Law and Policy in Chile: A peer review*, OECD – BID, Enero de 2004.

WITKER, Jorge, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, Ed. Porrúa, México, 2003.

\_\_\_\_\_, *Derecho de la Competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. FCE, Santiago de Chile, 2000.

## **Hemerografía**

FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, “Los organismos de la defensa de la Competencia”, *Actualidad Jurídica*, N°5, Enero de 2002.

## **Internet**

[www.wto.org](http://www.wto.org)

[www.ustr.gov](http://www.ustr.gov)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

[www.unctad.org](http://www.unctad.org)

[www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)



[www.fne.cl](http://www.fne.cl)

[www.usdoj.gov/atr/](http://www.usdoj.gov/atr/)

[www.ftc.gov](http://www.ftc.gov)

[www.minecon.cl](http://www.minecon.cl)

## El trabajo en la imaginación apocalíptica

José Manuel Lastra Lastra\*

**RESUMEN:** El autor realiza un análisis crítico acerca del trabajo y sus transformaciones en las formas productivas por el impacto generado por la utilización de nuevas tecnologías y las tendencias actuales de la economía mundial, que no permiten su expansión, pero si la exclusión de la norma jurídico-laboral, lo cual propicia la simulación de las relaciones laborales, la contratación precaria, subcontratación, autoempleo y otros modelos atípicos que relegan al trabajo a la economía informal y por tanto a la clandestinidad, por tal circunstancia, se ha incrementado el porcentaje del trabajo informal y ha disminuido el trabajo formal jurídicamente protegido; el resultado es un número cada vez mayor de trabajadores sin derechos, frente a una minoría a quienes pueden aplicarse los efectos tutelares de la Ley del Trabajo.

**Palabras claves:** trabajo, teletrabajo

**ABSTRACT:** *The author does a critical analysis about work and its transformations in the productive forms because of the impact generated by the use of new technologies and actual tendencies of world economics, that don't allow its expansion, but allow the exclusion of the labor-law norm, which causes the simulation of labor relationships, precarious hiring, subhiring, autoemployment, and other atypical models that relegate work to informal economy and also to secrecy, for this, the percentage of informal work has increased and formal lawfully protected work has decreased; the result is a larger number of workers without rights, against a minority to who tutelary effects of the Labor Law can be applied.*

**Key words:** work, telework

**S U M A R I O:** Introducción. I. El trabajo y sus metamorfosis. II. Poder de dirección empresarial y deber de obediencia. III. Fuerza expansiva y presunción de laboralidad. IV. El pleno empleo: ¿una aspiración frustrada? V. Empleo total y trabajo atípico. VI. Simulación de las relaciones de trabajo. VII.

---

\* Investigador de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Catedrático en las Facultades de Contaduría y Administración y en Derecho, Premio UNAM en Docencia 2002, Investigador Nacional.

La contratación precaria y sus modalidades. 1. Trabajo a tiempo parcial. 2. Teletrabajo. 3. Autoempleo. Reflexión final. Bibliografía.

## Introducción

Al finalizar el milenio, los *arúspices* y *taumaturgos* ocuparon gran parte de su tiempo, en ejercitar la imaginación del desastre, presagiaron un porvenir con grandes incertidumbres y penalidades para el mundo del trabajo y su Derecho; algunos dejaron de frecuentar y olvidaron el “*pasado cierto*”<sup>1</sup> para concurrir con insistencia frenética hacia el futuro incierto y siempre dudoso. Recrear el pasado y frecuentarlo es tarea útil, cuando sirve para actualizar, comprender y evocar una época, en la que el derecho de la “*pobreza laboriosa*”<sup>2</sup> surgió con gran fuerza y vigor, para defender al trabajo de los excesos que produjo el individualismo egoísta e insensible a los problemas sociales.

El problema actual para el Derecho del Trabajo radica en enfrentar un pasado que fue, con un futuro que pretende difuminar lo que era. Esto nos recuerda la metáfora elocuente del gran jurista de Bolonia, U. Romagnoli, quien en símil con la corriente de un río diría “nadie debe pensar que el Derecho del Trabajo pueda regresar hacia atrás la corriente de su historia”<sup>3</sup>.

Por su parte los *abusioneros* insistieron con terquedad en la desaparición o el “fin del trabajo”<sup>4</sup>, para ello reprodujeron imágenes catastróficas y promovieron con euforia la proximidad de sus *exequias*.

El arte de la adivinación es oficio antiguo, consiste en vaticinar las cosas futuras, para predecir el destino del hombre. Marco Tulio Cicerón, el gran tribuno de Roma, escribió en su libro *De la adivinación*<sup>5</sup>, en el año 44 a. C. que existen dos géneros de adivinación: uno el que es partícipe del arte; el otro, el que carece del arte. Hay arte en aquellos que buscan el conocimiento de los hechos futuros por medio de la conjetura; los hechos antiguos los aprendieron por medio de la observación. Y carecen de arte, aquéllos que no han sido observados por medio del razonamiento, sino por medio de la agitación del alma, lo cual acontece a quienes sueñan y vaticinan por medio del delirio profético.

---

<sup>1</sup> Séneca, *Tratados filosóficos*, Editorial Porrúa, México, 1973, p. 100.

<sup>2</sup> Umberto Romagnoli, *El derecho, el trabajo y la historia*, Trad. Marina Tomadini, 1ª ed., Consejo Económico Social, Madrid, 1992, p. 33.

<sup>3</sup> Umberto Romagnoli, *Del lavoro ai lavori, scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Volume I, Diritto del Lavoro, Giuffré Editore, Milano, 1998, p. 509.

<sup>4</sup> Véase entre ellos a J. Rifkin, *La fin du travail*, V. Forrester, *L'horreur économique*, Fayard 1996 ; Dominique Meda, *La fin de la valeur travail*, F. Gallimard, 1997; *Le travail une valeur en vai de disparition* ; Denis Collin, *La fin du travail et la mondialisation*, L'Harmattan, París, 1998 ; Horst Kern y Michael Schuman, *La fin de la division du travail*, Edition de la maison des sciences de l'homme, Paris, 1989 ; Dominique Schnapper, *Contre la fin du travail*, 1997 ; Gilles Lipovetski, *Le crépuscule du devoir*, Editions Gallimard, Paris, 1992 ; Gerry y Janine Rodgers, *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral*, Ministerio del trabajo y seguridad social, Madrid, 1992 ; Juan José Castillo, *La automatización y el futuro del trabajo*, 2ª ed., Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, Madrid, 1991, Javier Barraycoa, *El trabajador inútil*, SCIRE/BALMES, Barcelona, 1999; Néstor de Buen Lozano, *La decadencia del derecho del trabajo*, Porrúa, México, 2001.

<sup>5</sup> Cfr. Marco Tulio Cicerón, *De la adivinación*, Introducción y traducción de Julio Pimentel Álvarez, UNAM, México, 1988.

Quienes practican la disciplina augural y la *orinomania* decidieron centrar sus ensueños apocalípticos, en preludiar un mundo turbulento caracterizado por la infelicidad y el desastre, así como los postreros días, en los que habría de llegar el *transir* o el *desprendimiento*, para dejar al ser humano y a su energía creadora (el trabajo), en esa soledad ontológica –como diría E. Nicol- para ingresar sin reservas en el reino de los entes, en el que “sólo quedan el recuerdo físico del hombre que se fue”.<sup>6</sup> Pero resulta que la vida es renovación, lo cual implica resurgir, volver a aparecer. Así lo enseñó Heráclito, el filósofo de Efeso, en sus *Fragmentos*. Expuso en ellos, la Teoría de la “transformación perpetua e inacabable de todas las cosas”,<sup>7</sup> señaló también que el hombre al morir “enciende para sí una luz en la noche, apagados sus ojos, y sin embargo vive”.<sup>8</sup> Por su parte, Séneca escribió en sus *Tratados Filosóficos* que no era forzoso conservar la vida, porque lo importante no es vivir mucho sino vivir bien, que es un deber aguardar el término que la naturaleza nos prescribe. La obra maestra de la *Ley Eterna* es haberle procurado varias salidas a la vida del hombre, que sólo tiene una entrada. Para él “la muerte más sucia es preferible siempre a la esclavitud más elegante”.<sup>9</sup> Por ello, la idea de muerte para el trabajo y su derecho, puede y debe traducirse en transformación, porque todo cambia, “lo único que no varía es el anhelo de variar. Todo se muda y se transforma; lo que permanece invariable es el movimiento y la transformación”<sup>10</sup> y grandes han sido las mutaciones de la humanidad en su larga y penosa travesía histórica.

## I. El trabajo y sus metamorfosis

Todo lo que es, tiene forma. Por su forma conocemos cada cosa. La forma es una constancia del ser. Pero el hombre es un ser inconstante. La suya, es una forma que se transforma.

La mutación de su forma es, en el ser humano, un “título de nobleza ontológica”.<sup>11</sup> ¿Qué es lo que cambia? ¿Qué queda del humano cuando su existencia no es la de un ser verdadero? ¿En dónde queda el ser, cuyos cambios existenciales representan efectivas variaciones del lugar mundano? Porque las cosas carecen de él; si no se lo damos nosotros, ocupan siempre el mismo lugar ontológico. En rigor, no tienen lugar alguno, porque *no lo adoptan*.

¿Cuál es el lugar que la sociedad posindustrial ha asignado al trabajo? ¿El trabajo debe cambiar para adquirir nuevas formas? ¿Es este el precio de su transformación?

En la actualidad, el mundo evoluciona y cambia de manera vertiginosa, esto no ocurre sin trastornos, obstáculos y penas. El trabajo y sus diversas formas de organización, están

<sup>6</sup> Eduardo Nicol, *La agonía de Proteo*, UNAM, México, 1981, p. 12.

<sup>7</sup> A. Fernández Galiano, *Conceptos de Naturaleza y Ley en Heráclito*, Anuario de Filosofía del Derecho, t. V, Gráficas González, Madrid, 1958, p. 283. La exposición de la doctrina cosmológica del eterno fluir, obligaba a Heráclito a emplear imágenes plásticas en las que quedase materializada, recuérdese la imagen del curso del agua, tan conocida en sus fragmentos: “Fluyen aguas siempre distintas sobre quienes entran en los mismos ríos. En los mismos ríos entramos y no entramos, somos y no somos –según Heráclito- no es posible entrar dos veces en el mismo río”.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> Séneca, *Tratados filosóficos*, Ed. Porrúa Hnos, México, 1975, p. 175.

<sup>10</sup> Antonio Caso, *Obras completas*, T. VI., UNAM, México, 1972, p. 4.

<sup>11</sup> Eduardo Nicol, *Op cit.*, p. 9.

“mudando de piel”,<sup>12</sup> por lo que han dejado de ser una referencia estable, son ahora, en muchas de sus franjas, un mundo convulso e incierto, fragmentado en lógicas de supervivencia, cada vez más personalizadas y azarosas. Los ciclos biográficos del trabajo se han desestructurado, las perspectivas de una vida laboral continua y homogénea se han roto, para que surja una *laya* atípica de contratos inestables, fraudulentos, acompañados de un enorme y grotesco simulacro que induce a la deslaboralización y al confinamiento del trabajo hacia la clandestinidad y la degradación generalizada. La intención es clara y perversa, impulsar el “individualismo extremo”,<sup>13</sup> para debilitar, desregular, fragmentar e individualizar el trabajo, maestro de la solidaridad y cohesión social y preparar así, el retorno para invertir las tendencias, es decir, “pasar de la solidaridad como principio inspirador hacia el egoísmo”.<sup>14</sup>

Los profundos cambios en las formas de organización y la reducción relativa de la hegemonía del trabajo por cuenta ajena, no sólo está afectando la delimitación de fronteras sino que ha invadido los espacios territoriales, pertenecientes al derecho del trabajo. Este debe defender su territorio, no permitir invasiones absurdas o arbitrarias, debe empezar por “estudiar la mejor manera de combatir el trabajo informal”,<sup>15</sup> que es la zona telúrica del ordenamiento jurídico y sus “fuentes de producción, son el epicentro”.<sup>16</sup> El dilema consiste en saber si esta disciplina continuará excluyendo de su ámbito las *formas de trabajo no subordinadas*, es decir, las autónomas o independientes, porque hasta ahora evita someter la relación contractual de trabajo a la autonomía de la voluntad, pero, sin embargo, acepta y configura en favor del empresario un poder de mando y “sujeción jurídica”.<sup>17</sup> La noción de subordinación ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, por ello, deben ser revisadas las fronteras de la condición de asalariado. Alain Supiot propone revisar el funcionamiento del: “a) trabajo dependiente y trabajo independiente; b) trabajo oneroso y gratuito; c) trabajo asalariado y función pública y, d) trabajo y formación profesional”.<sup>18</sup> La férrea ley de bronce, que el capital hace pesar sobre el trabajo en la economía mundializada, ponen en duda las seguridades y estabilidades añejas atribuidas al trabajo.

En la actualidad existen modalidades de organización productiva, en las que la figura del empleador desaparece, para eludir los compromisos que producen los efectos de la

<sup>12</sup> Michael Hansenne, *Preservar los valores, promover el cambio*, Oficina General del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1994, p. 30.

<sup>13</sup> Luis Enrique Alonso, *Trabajo y posmodernidad: el empleo débil*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2000, p. 223.

<sup>14</sup> Américo Plá, *Otra inversión de tendencias en la Seguridad Social: de la solidaridad al egoísmo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, 1992, p. 821.

<sup>15</sup> Américo Plá Rodríguez, *la actual coyuntura del derecho laboral*, Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999), Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales No. 28, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 1174.

<sup>16</sup> Umberto Romagnoli, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, Revista Debate Laboral, Americana e Italiana del Derecho del Trabajo, Año V, No. 12, San José Costa Rica, 1992, p. 9.

<sup>17</sup> Jesús Cruz Villalón, *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2002, p. 23.

<sup>18</sup> Alain Supiot, *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 115, No. 6, Ginebra, 1996, p. 663.

relación laboral; sin embargo, existe *el empresario oculto*, producto de la “externalización y descentralización productiva”.<sup>19</sup> Los ortodoxos del ultraliberalismo no han dejado de influir en las nuevas tendencias liberalizadoras y promueven la infiltración del derecho del trabajo por el derecho de la competencia, para asegurar una mayor competencia entre las empresas, con la eliminación o reducción de las normas laborales. Las formas de la subordinación se han transformado, pero no desaparecen. A pesar de los esfuerzos para convertir el trabajo en un material flexible y adaptable a las necesidades de la economía, quienes esto intentan olvidan por completo que el trabajo no es “material humano maleable”,<sup>20</sup> conforme a los imperativos de la industria o el comercio. Hasta ahora, el trabajo y su derecho han resistido los embates en su batalla dialéctica, con el derecho de la competencia. Para distribuir los recursos de la sociedad, no existe, hasta ahora, otro método que goce de aceptación general, como el de la ocupación de un empleo, por lo tanto, una sociedad que necesite muy poco trabajo humano, “tendría que modificar sus valores y sus estructuras”.<sup>21</sup>

Aún cuando los neoliberales triunfantes y comunistas arrepentidos proclamen las bondades de un porvenir venturoso, con su vagabundeo ideológico, falso y prevaricador para confundir y perturbar las fronteras bien delineadas, que hasta ahora ha trazado el derecho del trabajo, han olvidado, una vez más, que la energía humana tiene la persistencia y el tesón de *Sísifo*, quien, condenado a empujar una enorme piedra hacia la cumbre, cuando estaba cerca de ésta, volvía a rodar hacia la llanura, pero *Sísifo*, obcecado, no desistía y continuaba su tarea de nuevo, sin reposo. Este ejemplo lo ha aprendido, a lo largo del tiempo, el derecho del trabajo; ha sido su gran reto, por ello será siempre el incansable *Sísifo*, en el “reafirma, reproponer y proteger al hombre de las duras leyes no escritas de la producción y la ganancia”.<sup>22</sup> Desafortunadamente, la ética de los negocios reserva un lugar relevante a los trabajadores en “los nichos de la pobreza”,<sup>23</sup> ésta termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo, en perjuicio de lo social”.<sup>24</sup> Sin embargo, y acorde con el pensamiento de U. Romagnoli, no pienso que “el derecho del trabajo pueda retroceder la corriente, para regresar su historia hacia atrás”.<sup>25</sup>

## II. Poder de dirección empresarial y deber de obediencia

Trabajar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, supone, obligarse a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o sus representantes. Esta realidad normativa es complemento obligado de un orden económico fundado en la libertad

---

<sup>19</sup> Jesús Cruz Villalón, *Op cit.*, p. 26.

<sup>20</sup> Alain Supiot, *Op cit.*, p. 667.

<sup>21</sup> David Macarov, *La planificación para un mundo casi exento de trabajo*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 104, No. 4, Ginebra, octubre-diciembre de 1985, p. 464.

<sup>22</sup> Umberto Romagnoli, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, Revista Debate Laboral, Americana e Italiana del Derecho del Trabajo, Año V, No. 12, San José Costa Rica, 1992, p. 8.

<sup>23</sup> José Miguel Candia, *Crisis del trabajo*, Revista Nueva Sociedad, No. 166, Nueva Sociedad, San José Costa Rica, marzo-abril del 2000, p. 132.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>25</sup> Umberto Romagnoli, *Dal lavoro ai lavori*, Scritti in onore di Giuseppe Federico Manzini, Volume I, Diritto del Lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 517.

de empresa y un efecto mediato de la voluntad de la ley, que ha querido poner en manos del empresario —y no en otras— “la organización y disciplina del trabajo en la empresa”<sup>26</sup>.

El empresario, por virtud del contrato de trabajo, adquiere la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido. La potestad para “organizar y ordenar el trabajo inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de *poder de dirección*”<sup>27</sup>.

El poder de dirección, se ejerce en el interior del contrato, durante su ejecución y dentro de los límites que autónoma o heterónomamente se le fijen. De éste modo, el poder de dirección es una facultad contractual del empresario. Este poder confiere al empresario la prerrogativa de “dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo”<sup>28</sup>. Mediante el ejercicio de éste poder el empresario “dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”<sup>29</sup>. El empresario puede verificar, vigilar y controlar el cumplimiento de sus instrucciones y ordenes. El trabajador en virtud del contrato, entra en una esfera sometida a un poder de dirección cuyo titular es la persona para quien se trabaja. El trabajador se compromete a la prestación personal del trabajo, pero el no decide como debe realizarla, los medios que ha de utilizar para llevarla a cabo, ni los resultados que debe conseguir. Todas estas decisiones corresponden al ámbito de las facultades directivas del empresario, lo cual, supone que tenga reconocida la posibilidad de “impartir órdenes en relación con el trabajo que se le presta”<sup>30</sup>.

La titularidad del poder de dirección y el ejercicio del mismo puede delegarse, por lo que se crean verdaderas pirámides jerárquicas del control y dirección.

La actuación del empresario dentro del concepto *poder de dirección*, es muy amplia, por lo que se establecen límites en las leyes y reglamentos de esta materia, para evitar abusos que generen conflictos laborales.

El ejercicio del poder empresarial puede originar que “se alteren de manera unilateral, los límites de la prestación laboral”<sup>31</sup>, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser realizado, a los “cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y al perfeccionamiento en la cualificación profesional del trabajador”<sup>32</sup>. Es éste el poder denominado *ius variandi* que autoriza al empresario con toda amplitud la modificación no sustancial de las condiciones laborales.

Los límites del deber de obediencia deberán necesariamente, coincidir con los límites del poder de dirección empresarial. El poder de dirección no es absoluto o ilimitado. Un poder debe ejercerse teniendo en cuenta las exigencias de respeto para la libertad y dignidad humanas, en condiciones que aseguren la vida y la salud. Las órdenes deben estar referidas a la realización del trabajo, es decir, a lo expresamente pactado y que sean

---

<sup>26</sup> Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 22ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 363.

<sup>27</sup> Manuel Carlos Palomeque López, et. al., *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Centro de Estudios Román Areces, Madrid, 2001, p. 704.

<sup>28</sup> Manuel Alonso Olea, *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 376.

<sup>29</sup> Alfredo Montoya Melgar, *op.cit.*, p. 363.

<sup>30</sup> Ignacio Albiol Montesinos, et.al., *Derecho del Trabajo*, T. II, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 466.

<sup>31</sup> J. Ignacio García Ninet, *Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, p. 402.

<sup>32</sup> Manuel Alonso Olea, *op.cit.*, p. 377.

conformes a la buena fe y a la equidad. De igual manera los poderes del empresario tienen como límite los derechos y libertades fundamentales del trabajador.

En la Ley Federal del Trabajo de México, el poder de mando empresarial y el deber de obediencia, están configurados en el Título Cuarto referente a los Derechos y Obligaciones de los trabajadores y de los patrones, capítulo II artículo 134, fracciones III y IV que establecen como obligaciones de los trabajadores: “Desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados en todo lo concerniente al trabajo” y “ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos”, criterio que ha continuado sosteniendo el Poder Judicial, en sus diversas épocas a través de diferentes ejecutorias<sup>33</sup>

### III. Fuerza expansiva y presunción de laboralidad

En la doctrina *iustlaboralista*, algunos autores han insistido frecuentemente y con gran optimismo, en atribuirle al derecho del trabajo, como caracterización, el que éste pueda extenderse o expandirse en su ámbito de aplicación, por poseer *fuerza expansiva* que le permite “ocupar un mayor espacio”.<sup>34</sup>

En opinión de G. H. Camerlynch y Lyon-Caen, es un derecho *expansivo*, porque “aumenta sin cesar el número de personas que se convierten en trabajadores subordinados [...] llegará el día en que toda persona física tendrá la cualidad jurídica de asalariado”.<sup>35</sup>

La etapa *expansiva* del derecho del trabajo, cimentada en la *laboralización* de las relaciones dependientes, ha tenido entre sus aliados al tradicional principio *in dubio pro operario*, al que vino a sumarse un enérgico *in dubio pro iure laborale*, que partía de la sospecha general de fraude ante cualquier prolongación de actividades “no instrumentadas a través del cauce del contrato de trabajo”.<sup>36</sup>

En la doctrina laboral mexicana, Mario de la Cueva, uno de sus principales exponentes, atribuyó el carácter *expansivo*, cuando el Constituyente de Querétaro, extendió la protección laboral a los “obreros, jornaleros, empleados, domésticos y, de una manera general, a todo contrato de trabajo”.<sup>37</sup> Por su parte, don Alberto Trueba Urbina, refiere que

<sup>33</sup> SUBORDINACIÓN, CONCEPTO DE. Subordinación significa, por parte del patrón, un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio. Esto tiene su apoyo en el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo de 1970, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados los trabajadores en todo lo concerniente al trabajo.

Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Sala, parte 151-156, Quinta parte, p. 228.

SUBORDINACIÓN. CONCEPTO DE. La subordinación, elemento característico de la relación laboral a que se refiere el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, consiste en la facultad que tiene el patrón, en todo momento dentro de las horas de la prestación del servicio, de mandar al trabajador para el desarrollo del trabajo y, correlativamente, en la obligación del trabajador de cumplir con las condiciones y exigencias del trabajo. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, parte XI- Mayo, p. 407.

<sup>34</sup> Martín Alonso, *Enciclopedia del idioma*, t. II, D-M, 3ª reimpresión, Aguilar, México, 1999, p. 1932.

<sup>35</sup> G.H. Camerlynch y G. Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, trad. Juan M. Ramírez Martínez, 5ª ed., Aguilar, Madrid, 1974, pp. 17 y 18.

<sup>36</sup> Alfredo Montoya Melgar, *El trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, No. 91, Civitas, Madrid, septiembre- octubre 1998, p. 716.

<sup>37</sup> Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, 6ª ed., Porrúa, México, 1980, p. 90.



el proyecto inicial del artículo 123, sólo protegía y tutelaba el *trabajo económico*. Con posterioridad fue aprobado el dictamen que la Comisión, redactado por el General Francisco J. Mújica, en el que se hizo “extensiva la protección para el trabajo en general”.<sup>38</sup> Alfredo Sánchez Alvarado sostiene, con optimismo, que día con día el derecho del trabajo va ampliando su ámbito de aplicación y vigencia, no sólo desde el punto de vista personal sino institucional, de ahí “su *carácter expansivo*”.<sup>39</sup> Para Néstor de Buen, el *carácter expansivo* consiste en “una tendencia a regular cada vez más relaciones, una tendencia indiscutible a expandirse”.<sup>40</sup> En otra parte, Héctor Santos Azuela, menciona el *carácter expansivo* del Derecho del Trabajo vinculado a la universalidad porque su desarrollo se fue ensanchando hasta rebasar las fronteras nacionales, para “dar pauta a la vida de un ordenamiento jurídico internacional”.<sup>41</sup> Carlos Reynoso Castillo ha incursionado, con buen éxito, en el tema y señala que la teoría laboral del siglo XX destacó diversas características del derecho del trabajo, entre ellas su *carácter expansivo*, en la que asumía que este derecho era “una especie de salvador, que intentaría cubrir con su manto protector a mayores contingentes de personas”.<sup>42</sup> Roberto Muñoz Ramón, prefiere designar a ésta característica del Derecho del Trabajo con el adjetivo *prospectivo*, porque refleja “la intención finalista de esa tendencia ensanchadora”.<sup>43</sup> Ciertamente se trata de una imagen *prospectiva* de quienes auguraron -como ellos- un futuro promisorio y de acrecentamiento para el trabajo asalariado. Las imágenes observadas con el *caleidoscopio* del siglo XXI, han cambiado las perspectivas y buenos deseos de los laboristas, estas muestran una “turbación de certidumbres”.<sup>44</sup> La pluralización de las tipologías normativas de la relación de trabajo, parece romper la tendencia hacia un sistema de garantías uniformes y de aplicación universal. Es necesaria una revisión de la noción jurídica de asalariado, que perdura en las entrañas de las legislaciones laborales del mundo occidental; dependencia personal subordinada. Los asalariados *atípicos*, hasta ahora, quedan excluidos. Los esquemas de organización y funcionamiento de las empresas, van adoptando una “tercera generación de objetivos y responsabilidades”.<sup>45</sup>

Sin embargo, se puede observar que las tendencias *expansivas* atribuidas a la disciplina laboral, han cambiado en las últimas décadas, “en beneficio de la ampliación de la esfera contractual civil-mercantil, al tiempo que el alcance de la presunción legal de laboralidad se reduce y casi desaparece”,<sup>46</sup> por causa del modelo económico predominante que ha impuesto otras reglas y ve al derecho del trabajo “como un elemento inhibitor de las economías y pretende escapar de su aplicación”.<sup>47</sup> En la legislación reglamentaria del

<sup>38</sup> Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho del trabajo*, 3ª ed., Porrúa, México, 1975, p. 210.

<sup>39</sup> Alfredo Sánchez Alvarado, *Instituciones de derecho del trabajo*, 1er. Tomo, vol. I, México, 1967, p. 210.

<sup>40</sup> Néstor de Buen, *Derecho del trabajo*, T. I, Porrúa, México, 1974, p. 61.

<sup>41</sup> Héctor Santos Azuela, *Derecho del Trabajo*, Mc Graw-Hill, México, 1998, p. 116.

<sup>42</sup> Carlos Reynoso Castillo, *Deslaborización*, Revista Alegatos, No. 45, UAM, México, mayo-agosto de 2000, p. 242.

<sup>43</sup> Roberto Muñoz Ramón, *Derecho del Trabajo*, T. I, Porrúa, México, 1976, p. 161.

<sup>44</sup> Massimo D'Antona, *Los cambios del derecho y el problema de la subordinación en el derecho italiano*, Revista Debate Laboral, Año II, No. 4, San José Costa Rica, 1989, p. 68.

<sup>45</sup> Ulrico Mückenberger, *Ideas para redefinir la relación de trabajo*, OIT, Vol. 115, No. 6, Ginebra, 1996, p. 741.

<sup>46</sup> Alfredo Montoya Melgar, *Op cit.*, p. 717.

<sup>47</sup> Carlos Reynoso Castillo, *Op cit.*, p. 242.

trabajo en México, fue establecida la *presunción de laboralidad*, tanto en la Ley Federal de 1931, en el artículo 18 como en la Ley Federal de 1970, en el artículo 23, al establecer: “se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe”. En ello consiste “la presunción laboral”.<sup>48</sup> La extinta Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expuso en sus diversas épocas, criterios judiciales de la presunción de laboralidad.<sup>49</sup> En México, la persistencia por evadir los efectos laborales crece y está a la vista, al margen de toda legalidad reglamentaria, porque continuamos aún reverenciando la esencia que nos dejó el “*glamour* histórico del artículo 123”.<sup>50</sup> La noción de protección al contratante más débil languidece. El principio de *norma más favorable*, observa un relativo desvanecimiento, “a comenzado a perder peso como criterio de ordenación del sistema laboral”.<sup>51</sup> El Poder Judicial Mexicano, ha sostenido el criterio, en diversas tesis, que en “caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador”.<sup>52</sup>

Las potencialidades de la metamorfosis de nuestra materia, le otorgan la capacidad de adaptación a la realidad socioeconómica, pero también la crisis que vive en parte este derecho, se encuentra “ligada a su excesiva *expansión* [...] hasta que exista el hombre habrá trabajo y hasta que haya trabajo, habrá reglas que deberán disciplinar las relaciones”.<sup>53</sup> Es necesario redistribuir las tutelas actualmente concentradas sobre el trabajo subordinado, para transferir al trabajo, sin adjetivos, un suelo mínimo; es urgente “reivindicar el trabajo que no hay”.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>49</sup> Cuarta Sala, Sexta Época, Semanario Judicial de la Federación, XXV, Quinta Parte, p. 56. “Se presume la existencia del contrato de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe”. XLVI, Quinta Parte, p. 15, “La admisión por parte de los patrones de la prestación de servicios personales, los coloca dentro de la presunción de laboralidad”. XLVI, Quinta Parte, p. 15, “Ante la negación de toda relación laboral corresponde al trabajador demostrar que ha prestado servicios en la negociación, para presumir la existencia del contrato de trabajo”. Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, XI-Abril, p. 302. “La presunción legal de la existencia de la relación laboral no es de breve duración sino continuada. Por regla general el contrato de trabajo crea vínculos de duración indefinida; es claro que la presunción legal de su existencia deba subsistir”. Segunda Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, II Agosto de 1995, Tesis 2ª/J.38/95, p. 174, “Cuando el patrón niega la relación laboral sin exhibir los documentos relativos, debe hacerse efectiva la presunción que como sanción a dicha omisión establece la legislación laboral”

<sup>50</sup> Carlos Reynoso Castillo, *Los atentados al contrato de trabajo, ¿Hacia un Nuevo Derecho del Trabajo?*, UNAM, México, 2003, p. 80.

<sup>51</sup> Jesús R. Mercader Uguina, *La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable*, Revista Española de Derecho del Trabajo, No. 109, Civitas, Madrid, enero-febrero de 2002, p. 22.

<sup>52</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 66 Sexta Parte, p. 33. “En caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador. Los preceptos indicados se refieren a la aplicación inmediata de las normas favorables y a la duda sobre su interpretación por los Tribunales, en beneficio del trabajador”. 91-96 Sexta parte, p. 120 y Parte III, Abril de 1996, Tesis I.3º.T.20 L, p. 439.

<sup>53</sup> Mario Rusciano, *Los nuevos perfiles del derecho del trabajo del 2000*, 215.

<sup>54</sup> Umberto Romagnoli, *Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D'Antona*, Nuevos Escenarios para el Derecho del Trabajo: Familia, Inmigración y Noción de Trabajador, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 315.

La *deslaboralización*, como “proceso de exclusión del sistema de tutelas jurídico-laboral”<sup>55</sup> y la sustitución por otro complejo de reglas, que han propiciado su *huída* involuntaria. En ella han intervenido diversos factores como: la sociedad tecnológica, el proceso privatizador y la liberalización comercial, esta última se ha convertido en una especie de “monstruo *vilipendiado*”,<sup>56</sup> por casi todos. Pero, además, esta huída hacia el derecho privado ha significado, en realidad, una “huída de todo el derecho”.<sup>57</sup> De nueva cuenta, el derecho privado ha invadido las fronteras, sin respetar límites, para intervenir en las relaciones jurídicas que le pertenecen al derecho laboral. Así lo demuestran los hechos que “son más tozudos que los propios razonamientos jurídicos”.<sup>58</sup>

#### IV. El pleno empleo: ¿una aspiración frustrada?

El pleno empleo ha sido una preocupación persistente en la política social de algunos gobiernos, la fatalidad de la crisis ha impedido hasta ahora su plena realización, sin que por ello deje de ser “una de las máximas aspiraciones del hombre”,<sup>59</sup> ni pierda el carácter de un deber jurídico para el Estado impuesto por la “constitución de los poderes públicos”,<sup>60</sup> aún cuando la pretensión del *pleno empleo* pueda resultar “constitucionalmente inalcanzable”.<sup>61</sup>

El concepto del *pleno empleo* entraña la exigencia de que todo individuo capaz de trabajar pueda acceder a la ocupación que es, como diría U. Romagnoli en su elegante y eufónica forma literaria “el trabajo vestido de fiesta”.<sup>62</sup> La actualización del concepto *pleno empleo* es, quizás, la de “un acceso equitativo a las oportunidades de empleo [...] en el cual, no sólo tiene que haber un número suficiente de puestos de trabajo para todos, sino el que éstos se repartan equitativamente”.<sup>63</sup>

En los países prósperos la necesidad de emplearse parece ser menos acuciante, la gente prefiere tener más tiempo libre para el ocio que para el trabajo. Además, resulta paradójico observar que en muchas partes del mundo ocurre un fenómeno nuevo “un

---

<sup>55</sup> Antonio Baylos, *La huída del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización*, El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 36.

<sup>56</sup> K. Ghose, *La liberalización comercial, el empleo y la desigualdad en el mundo*, Revista de la OIT, vol. 119, No. 3, Ginebra, 2000, p. 311.

<sup>57</sup> Mariano Bacigalupo Saggese, *El derecho público ante la privatización y liberación de los servicios de interés general: repliegue o transformación*, Revista de la Facultad de Derecho, No. 16, 2000, p. 161.

<sup>58</sup> Federico Castillo Blanco, *Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público*, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, abril-junio 1995, p. 194.

<sup>59</sup> Néstor de Buen Lozano, *Desempleo y concertación social*, Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social, Núm. 1, Madrid, enero-abril, 1994, p. 119.

<sup>60</sup> Marcos Peña Pinto, *Políticas activas y protección al desempleo*, Presupuesto y Gasto público, Núm. 14, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995, p. 133.

<sup>61</sup> Claus Koch, *La civilización del desempleo*, Letra, Núm. 37, Madrid, marzo-abril, 1995, p. 46.

<sup>62</sup> Umberto Romagnoli, *El derecho, el trabajo y la historia*, Trad. De Marina Tomadini, 1ª ed., Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, p. 37.

<sup>63</sup> Oficina Internacional del Trabajo, *El empleo en el mundo 1996-97*, OIT, Ginebra, 1996, pp. 48-49.

crecimiento sin nuevos empleos”.<sup>64</sup> Esto es, aunque aumenta la producción, el número de ocupaciones no se incrementa.

La ocupación plena no significa la inexistencia de la desocupación, sino que ésta se reduce a periodos cortos, con la posibilidad de que el trabajador podrá reintegrarse al desempeño de su antiguo oficio, en breve plazo. Ésta era una de las preocupaciones de William H. Beveridge quien pensaba que “la desocupación individual no debe durar un intervalo de tiempo mayor”.<sup>65</sup> Los que pierden su trabajo deben encontrar uno nuevo dentro de su capacidad con un salario aceptable y sin que trascurra mucho tiempo.

La consigna del *pleno empleo* dio frutos en los primeros decenios de la posguerra, a partir de entonces, las cifras indican que los países se están alejando, sin cesar, de esa meta que se ha convertido en aspiración quimérica frente a la realidad, caracterizada por “una regulación disminuida de las condiciones de trabajo”.<sup>66</sup> La ironía de los progresos científicos, nos hace acudir con asombro, a la novedosa era de “crecimientos sin nuevos empleos”,<sup>67</sup> ante una sociedad impaciente que urge a sus gobernantes la creación de puestos de trabajo, pero tal parece que éstos han excluido del temario y discurso político el vocablo *empleo*.

## V. Empleo total y trabajo atípico.

El *empleo total* se caracterizó por el hecho de realizarse para un “solo empleador, en el local de éste, en régimen de jornada completa y por un periodo generalmente indefinido”.<sup>68</sup> Este se erigió así en el medio común o más generalizado de efectuar las actividades de producción y también en el punto de referencia de la “legislación laboral, las interacciones colectivas y los sistemas de seguridad social”.<sup>69</sup>

El *empleo total* nació con la gran industria y se fue desarrollando a la luz de los requerimientos de la legislación laboral y la acción sindical. Era un trabajo que se prestaba por cuenta ajena, mediante el pago de un salario y en relación de dependencia. Éste modelo permaneció como una expectativa de política social, por un largo tiempo, sin que por ello ningún país pueda afirmar que las demandas de empleo hayan quedado cubiertas en su totalidad.

Pero los tiempos cambiaron y las formas atípicas comenzaron a imponer la necesidad de realizar un inventario de sus manifestaciones más importantes que contrastan con la realidad social y prueban la eficacia de la legislación laboral. A partir de la década de los 80’s comenzaron a proliferar con mayor frecuencia las formas atípicas “en la dura realidad

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>65</sup> William H. Beveridge, *La ocupación plena*, Versión española de Raúl Velasco Terres, FCE, México, 1947, p. 23.

<sup>66</sup> Oficina Internacional del Trabajo, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.16.

<sup>68</sup> Efrén Córdova, *Del empleo total al trabajo atípico: ¿hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?*, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 105, Núm. 4, OIT, Ginebra, octubre-diciembre, 1986, p. 432.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

de las calles”,<sup>70</sup> éstas no sólo difieren de la morfología del *empleo total* sino que procuran escapar de las prescripciones legales; para situarse “fuera de ese esquema o atenuar a algunos de sus efectos más rigurosos”.<sup>71</sup> El fenómeno atípico se configura unas veces como reacción y otras como desviación del trabajo que hasta hace poco era considerado como normal o típico.

¿Cuál es realmente la libertad de elección del trabajador? ¿Qué exigencia entraña la organización de la empresa, para buscar al margen de la ley formas espurias de contratación? ¿Las formas atípicas de empleo son escogidas deliberadamente por la empresa o responden a una necesidad?

Estas y muchas otras interrogantes han sido planteadas por las nuevas formas de trabajo en las últimas décadas del siglo XX en el que “el derecho del trabajo tropezó de golpe con los cambios tecnológicos y la crisis económica”.<sup>72</sup> Los efectos de estos impactos hicieron renacer sin cesar modalidades de empleo, “lamentables y condenables”.<sup>73</sup> Las cuales sirvieron para desmentir y evidenciar a quienes con pretensiones proféticas y gran gala de imprudencia, pensaron que anunciaban el advenimiento promisorio y redentor de una nueva era en la evolución del trabajo humano.

Producto de la aguda crisis económica figuras extrañas irrumpieron en el “derecho de la pobreza laboriosa”<sup>74</sup> —como diría Romagnoli— para crear mecanismos cuya finalidad encubierta consiste en evadir responsabilidades por parte del empleador, quien actúa al margen del derecho laboral y en los límites del derecho civil y mercantil para simular las relaciones jurídicas y “limitar o excluir la aplicación de las normas laborales”.<sup>75</sup>

Las relaciones atípicas comprenden trabajadores informales, por cuenta propia, a distancia, de sustitución temporal, de obra clandestina, “totalmente al margen de la ley”.<sup>76</sup>

Las mudanzas fácticas, las novedades contractuales, conducen a un nuevo enfoque de la realidad que es un reto para los empleadores, los gobiernos, el movimiento sindical y el derecho del trabajo. Estas transformaciones sociales y económicas, conducen a nuevas formas de organización del trabajo y negocios.

La reducción del tiempo del trabajo que voluntariamente realizaban desde hace años, mujeres, menores, estudiantes y jubilados, aparece ahora como una alternativa frecuente de empleo, impuesto por la necesidad de redistribuir el tiempo de trabajo, surgieron los *contratos de solidaridad* en Francia e Italia y en España los de *relevo*, en los que un trabajador realiza durante unas pocas horas en cada jornada, el trabajo que en ese tiempo correspondía a otro en fase prejubilatoria. En otros países, proliferan los trabajos con *duración determinada*, obra o servicios específicos, los trabajos cíclicos o de temporada,

---

<sup>70</sup> Néstor de Buen Lozano, *La lucha contra el desempleo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XIX, Núm. 56, mayo-agosto, UNAM, México, 1986, p. 470.

<sup>71</sup> Efrén Córdova, *Op. Cit.*, p. 431.

<sup>72</sup> Jean-Claude Javillier, *Pragmatismo e innovación en el Derecho Internacional del Trabajo*, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 113, Núm. 4, Ginebra, 1994, p. 562.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 563.

<sup>74</sup> Umberto Romagnoli, *El derecho, el trabajo y la historia*, Trad. Marina Tomadini, CES, Madrid, 1997, p. 563.

<sup>75</sup> Carlos Reynoso Castillo, *Contratación precaria*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXIII, Núm. 68, México, mayo-agosto, 1990, p. 538.

<sup>76</sup> Lupo, Hernández Rueda, *Actualidades del Derecho del Trabajo*, Cuestiones Laborales, en Homenaje al Maestro Mozart Víctor Russomano, UNAM, México, 1988, p. 414.

los eventuales y ocasionales, los de sustitución temporal y la contratación a prueba, también se entremezcla la figura del contrato por tiempo determinado con la del aprendizaje, para dar lugar a formas diversas de contratos de trabajo y formación. Tampoco es posible olvidar que al lado del trabajo por cuenta propia y la creciente variedad de contrataciones atípicas, cunde por todas partes el *trabajo clandestino*.

## VI. Simulación de las relaciones de trabajo

El vocablo *simulación* deriva del latín *simulatio*, que significa *simulación, ficción, disimulo*. El simulador es *imitador, remedador, farsante, impostor*. Quien simula representa una cosa “fingiéndose, o imitando lo que no es”.<sup>77</sup> También es la “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”.<sup>78</sup> En el derecho antiguo, diversas máximas y aforismos hicieron referencia de esta figura: *Simulata nullius momenti sunt* (Las cosas simuladas no tienen valor); *Actus simulatus nullius est momenti* (El acto simulado no tiene validez); *Acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt* (Los actos simulados no pueden alterar la esencia de la verdad).<sup>79</sup> Cuando se otorga un contrato simulado, se procura que “la máscara esté lo mejor hecha posible”.<sup>80</sup> La existencia del acto simulado es un problema arduo y delicado, difícil de probar judicialmente, porque los simuladores “adoptan las precauciones para ocultar la simulación”.<sup>81</sup> El dato que caracteriza a la simulación, es ciertamente una disconformidad entre lo declarado y lo realmente querido por las partes, “una declaración engañosa, falsa y una voluntad cierta pero oculta, no manifiesta”.<sup>82</sup>

Es elemento esencial de la simulación del contrato, que la “falsa apariencia cause perjuicio a terceros”;<sup>83</sup> en él se funda la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad del acto simulado. Este es el criterio que adopta el Código Civil para el D.F., en sus artículos 2181, 2182 y 2183. La simulación no es realidad sino ficción de realidad, se trata de “una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz”.<sup>84</sup> El negocio simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece.

En la simulación de un negocio jurídico intervienen: 1. una declaración deliberadamente disconforme con la intención, 2. el acuerdo simulatorio entre los otorgantes, 3. la intención de engañar a terceros.<sup>85</sup> La simulación es “el resultado de un acuerdo entre los contratantes”,<sup>86</sup> sin él, sólo “sería aparente y no producirá efectos”.<sup>87</sup> En el mismo sentido, F. Messineo expresa la necesidad de existencia del acuerdo simulatorio,

---

<sup>77</sup> Martín Alonso, *Enciclopedia del idioma*, t. III, N-Z, Aguilar, México, 1991, p. 3781.

<sup>78</sup> *Idem*.

<sup>79</sup> Jaime M. Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 444.

<sup>80</sup> Antonio Hernández Gil, *Obras completas*, t. III, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 615.

<sup>81</sup> Ignacio Galindo Garfias, *Teoría general de los contratos*, Porrúa, México, 1996, p. 409.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 392.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 393.

<sup>84</sup> Francisco Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1926, p. 60.

<sup>85</sup> *Cfr.* Francisco Ferrara, *Op cit*, p. 61.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>87</sup> Ignacio Galindo Garfias, *Op cit.*, p. 393.

porque sin él, la “simulación no sería eficiente ni siquiera entre las partes; y se tendrían en cambio, dos declaraciones con reserva mental”.<sup>88</sup>

En cuanto a la simulación de los actos jurídicos, el Código Civil para el D.F., establece: “es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas” (artículo 2180). Existe la simulación *absoluta*: “cuando el acto simulado nada tiene de real”. No produce efectos jurídicos (artículos 2181 y 2183) y es *relativa*: “cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter” (artículo 2181). Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados o el Ministerio Público, después de la anulación de un acto simulado deberá restituirse la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho a pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá restitución (artículos 2183 y 2184).

Tal parece que el contrato de trabajo está “cargado de todas la energías utópicas”<sup>89</sup> que le han sido atribuidas a lo largo de los últimos siglos; el trabajo está *encantado* en el sentido de que ejerce “una fascinación de la que somos prisioneros”.<sup>90</sup> Las apariencias demuestran ahora, que asistimos a una mayor “variabilidad del tipo legal del contrato de trabajo”.<sup>91</sup> La primera de ellas lo confina en “el mundo del trabajo típico en declive [...] y la segunda, propone su desaparición, *recontractualización* o retorno al derecho privado común”.<sup>92</sup> El sistema construido de formalización jurídica del trabajo asalariado, adquiere cada vez más un carácter fragmentario. La *pulverización* del tipo de *trabajador homogéneo* propicia el surgimiento y avance del *trabajador heterogéneo*, cuyo predominio transformó a la fábrica fordista en empresa red. Todo ello “provocó la quiebra de los míticos sistemas dogmáticos”.<sup>93</sup> El derecho del trabajo habrá de extenderse para incluir en su ámbito y extender una serie de derechos a otras formas de trabajo: “trabajos personales remunerados calificados de independientes o autónomos, pero económicamente dependientes”.<sup>94</sup> Es oportuno evocar a L. Mengoni, quien afirma “en realidad no existe el trabajo, sino hombres que trabajan”.<sup>95</sup> En el mismo sentido Ripert expresó: “el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu”.<sup>96</sup> La simulación del vínculo jurídico-laboral, “ha desbordado la imaginación creativa para evitar lo que en circunstancias normales debiera permitir la aplicación de la legislación laboral”.<sup>97</sup>

---

<sup>88</sup> F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. II, Doctrinas Generales, EJE, Buenos Aires, 1954, p. 447.

<sup>89</sup> Dominique Meda, *El trabajo*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 231.

<sup>90</sup> *Idem*.

<sup>91</sup> José Luis Monereo Pérez, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 93.

<sup>92</sup> María Emilia Casas Bahamonde, “*Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo*”, *El Trabajo ante el Cambio de Siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 202.

<sup>93</sup> José Luis Monereo Pérez, *Op cit.*, p. 96.

<sup>94</sup> María Emilia Casas Bahamonde, *Op cit.*, p. 204.

<sup>95</sup> L. Mengoni, *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966, p. 421.

<sup>96</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, París, 1955, p. 276.

<sup>97</sup> Carlos Reynoso Castillo, *Los atentados al contrato de trabajo*, Publicado en ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?, UNAM, México, 2003, p. 81.

Los trabajadores *exangües* por tantas penurias, enfrentan ahora la escasez, clandestinidad, precariedad y simulación que son la mácula predominante en el mundo del trabajo, ante las paupérrimas expectativas que ofrece la economía formal.

En la simulación, el fin típico del negocio diverge de la causa concreta o propósito de las partes, quienes pretenden crear una mera apariencia. Los sujetos “ocultan bajo la apariencia de un contrato, un propósito negocial distinto”.<sup>98</sup> Con la finalidad de “no celebrar negocio alguno (simulación absoluta) o celebrar otro distinto al aparente (simulación relativa)”.<sup>99</sup>

La afinidad del contrato de trabajo con otras figuras contractuales, permite que algunas relaciones personales queden encuadradas en figuras civiles (contrato de prestación de servicios profesionales) o mercantiles (comisión mercantil).

La forma de diferenciación más eficaz es la de considerar que un contrato de trabajo se define por “su propio contenido al margen del concepto o nombre atribuido por las partes”.<sup>100</sup> Esta solución es la que adopta la Ley Federal del Trabajo actual, en su artículo 20, al establecer: “Se entiende por relación de trabajo, *cualquiera que sea el acto que le dé origen* y por contrato individual de trabajo, *cualquiera que sea su forma o denominación*”. Más adelante, es decir, en el artículo 21, establece la presunción de la existencia del vínculo contractual y de la relación de trabajo *entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe*. Esta regla no ha sido suficiente para lograr una auténtica identidad laboral ni ha podido evitar que el derecho civil y el mercantil, invadan sus fronteras. Porque los efectos de la mundialización, de la competencia entre las economías y las nuevas formas productivas, generan profundas mutaciones en los actores de la escena y en las funciones del derecho del trabajo, para “alterar sus rasgos característicos y su fisonomía”.<sup>101</sup> Los límites se borran, un trabajador globalizado pierde la referencia de pertenecer a una comunidad histórica en la medida en que la economía se hace más abstracta, desaparece del horizonte la función social que debe regirla. ¿Cómo superar esta pérdida de identidad, hacia el mundo del trabajo? La O.I.T. ha propuesto, con insistencia, retornar a las formas de trabajo en las que los hombres y mujeres puedan conseguir “*un trabajo decente*, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”.<sup>102</sup> Para ello será necesario elaborar, ensayar y divulgar planteamientos innovadores que habrán de “construir las bases del *trabajo decente*”.<sup>103</sup>

Mientras tanto, los empresarios intentan configurar una *ética de empresa (business ethics)*, en la que pretenden proclamar principios abstractos: excelencia, tolerancia, lealtad,

---

<sup>98</sup> Antonio Martín Valverde, *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 494.

<sup>99</sup> *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, PRO-ZON, Civitas, Madrid, 1994, p. 6217.

<sup>100</sup> Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Editorial Centro de Estudios Román Areces, Madrid, 2001, p. 657.

<sup>101</sup> Pierre Verge y Fuyllaine Vallé, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Canadá, 1997, p. 171.

<sup>102</sup> Bob Hepple, *Igualdad, representación y participación para un trabajo decente*, Revista Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, 2001, p. 5.

<sup>103</sup> Philippe Egger, *Perspectivas*, Revista Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, 2002, p. 187.



sinceridad, solidaridad. Principios que en nada se traducen y que simplemente buscan una imagen agradable de la misma empresa, pero que si regulan el comportamiento, allí donde la ley laboral no tiene acceso. La empresa se convierte en un “policía moral, que llega allí donde no llega el Estado”.<sup>104</sup> El código ético de la empresa, ha sustituido a la *acción buena*, espontánea. Las empresas absorben al hombre, hasta el punto que pueden modular artificialmente su espíritu, educar sus emociones e, incluso, invadir su vida familiar. Todo ello, “bajo capa de ética de empresa”.<sup>105</sup>

## VII. Contratación precaria y sus modalidades

Ante la ineficiencia del modelo económico adoptado por los gobiernos pigmentados con los tintes neoliberales y el furor frenético del libre mercado, que han impactado en el empleo, surgen formas atípicas, clandestinas, al margen de la ley, por tanto ilícitas, con firmes propósitos de expulsar al trabajo de la economía formal, creando formas ingeniosas y fraudulentas de contratación que escapan de los efectos que produce la ley laboral. La intención encubierta consiste en inducir hacia la *deslaboralización*. Esta exclusión normativa intenta “descodificar jurídicamente la realidad social”<sup>106</sup>. La fuga del Derecho del Trabajo de estas relaciones produce desregulación, individualización y desindicalización, es decir, trabajo precario. En suma puede decirse que también han contribuido a la precarización la utilización indiscriminada de las nuevas tecnologías de la información “contaminadas” por la productividad, la deslocalización del trabajo, un claro ejemplo lo constituye el outsourcing y el teletrabajo.

### 1. El trabajo a tiempo parcial en el convenio 175 de O.I.T.

En la actualidad los desequilibrios crecientes que impactan en la contratación y el empleo, han modificado las estructuras y la organización del trabajo, estos efectos obedecen a diversas causas. Una de ellas es la mundialización de la economía, la cual busca mano de obra barata, no hay que olvidar que los capitales también viajan. La otra es el impacto de las nuevas tecnologías sobre las formas de organizar el trabajo, que precipitan acontecimientos para transformar el escenario laboral e inaugurar “un modelo mucho más flexible de los procesos productivos”,<sup>107</sup> y apresuran la marcha de los cambios en los diversos ámbitos de la vida social.

La inclusión de nuevas modalidades en la contratación, elevaron al rango de Convenio Internacional de O.I.T., jornadas segmentadas debido a la necesidad o imperativo mundial por recuperar el empleo. Así surgieron los trabajadores a tiempo parcial, con jornadas inferiores a las que comúnmente desempeñan quienes ocupan puestos con mayor

---

<sup>104</sup> Javier Barrycoa, *El trabajador inútil. Reinventando el proletariado*, INESCOPI, Barcelona, 1999, p. 112.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>106</sup> Antonio Baylos, “*La huida del derecho del trabajo: Tendencias y límites de la deslaboralización*” en *El trabajo ante el cambio de siglo: Un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 35.

<sup>107</sup> María Esther Espiricuetto Islas, *La innovación tecnológica en la organización del trabajo*, Sicori, Boletín Mensual, PEMEX, febrero, 1997, p. 5.

estabilidad laboral, gozan del derecho de sindicación, negociación colectiva y seguridad y salud en el trabajo. Pero, es evidente que la falta de permanencia en el empleo, los imposibilita para adquirir derechos que sólo se generan por el tiempo o antigüedad.

Por tales circunstancias, la Conferencia General de la O.I.T. adoptó el convenio 175, con fecha 24 de junio de 1994, cuya finalidad consistió en establecer la figura del trabajo a tiempo parcial, con esta expresión es designado “todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo (Art. 1, inciso a) del Convenio 175).

Por la urgente e inaplazable necesidad de crear nuevos empleos y reactivar el crecimiento económico, para erradicar la epidemia creciente del desempleo y la precariedad en la contratación, surgen modalidades que intentan cumplir una función nueva, para mejorar y garantizar condiciones más justas, que repartan “recursos y riquezas creadas por el trabajo”.<sup>108</sup>

## 2. Teletrabajo.

La utilización de las nuevas tecnologías de la información, por parte del empresario pueden contribuir a perfeccionar y ampliar el ejercicio práctico de su *poder de dirección* y de control de la actividad de sus trabajadores: instalación de videos, control a través de la computadora que el trabajador utiliza, todo ello puede implicar determinados cambios en la condiciones de trabajo, consistentes muchas veces, en el aumento del *estrés* laboral, como consecuencia de una vigilancia continua o de un control demasiado estricto. Estas condiciones de trabajo informatizadas y “contaminadas” por la productividad impresionante de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, afectan a menudo la salud del trabajador. Surgen nuevas enfermedades de la vista, producidas por el trabajo prolongado ante la pantalla de una computadora, una mayor frecuencia de las enfermedades cervicales, un aumento del *estrés*.

La utilización de las nuevas tecnologías, ha producido novedades de cierta importancia, en la aparición de una variada fenomenología de causas de despido, que tienen como denominador común, la mala utilización —real o presunta—, de los medios que el empresario pone a disposición del trabajador para su actividad laboral: llamadas particulares desde el teléfono móvil de la empresa, “navegación” inadecuada por Internet, uso del correo electrónico del ordenador de la empresa, etcétera.

¿Cuáles son los factores que han motivado el crecimiento del trabajo autónomo? La *terciarización* de la economía, esto es, el progresivo aumento del sector terciario, que desborda en número al de los empleados del sector industrial y que progresivamente penetra en otros sectores. En el sector terciario, las prestaciones suelen ser llevadas a cabo por trabajadores muy cualificados, en “una especie de *paraautonomía* o subordinación débil o difusa”,<sup>109</sup>. El alto grado de cualificaciones de estos trabajadores, posibilita la desaparición del control o subordinación a las directrices empresariales de manera que el cómo, el cuándo y el dónde, se presta el trabajo, dejan de ser elementos relevantes.

---

<sup>108</sup> René Laperrière, *Droits du travail et commerce international*, Departament des sciences juridiques, UQAM, Les Éditions Yvon Blais, Inc., 1995, p. 122

<sup>109</sup> Eugenia Revilla Esteve, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p. 277.

A principios de los años setenta, *Jack Nills*, auténtico pionero en el estudio y desarrollo del *teletrabajo*, acuñó el término *telecommuting*, en Estados Unidos, el cual ha predominado sobre la denominación inglesa *telework*, por su parte los franceses, en su pretensión por descolonizarse lingüísticamente, han traducido la expresión de *Nills* por *telependulaire*.

El *teletrabajo* es “una forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, utilizando tecnología informática o de las telecomunicaciones”<sup>110</sup>.

El *teletrabajador* no acude al centro de trabajo tradicional: a la empresa, a la oficina. El lugar de realización de trabajo puede ser: el domicilio personal, el telecentro, el propio vehículo utilizado por el *teletrabajador* para visitar clientes. El trabajo es “ejecutado fuera del lugar en el que se evalúan sus resultados”<sup>111</sup>. Además, el empleador no tiene la posibilidad física de observar la ejecución del trabajo.

El *teletrabajo* es “trabajo a distancia utilizando las telecomunicaciones”<sup>112</sup>. El trabajo a distancia se desarrolla para una empresa o institución, sin acudir al centro de trabajo tradicional. La utilización del teléfono, fax, redes de área local, satélites, red digital, correo electrónico, audio o videoconferencia. Por tal circunstancia si no se utilizan “las telecomunicaciones, no hay teletrabajo”<sup>113</sup>. El *teletrabajo* es, también una decisión empresarial orientada a “incrementar la productividad con escasísima inversión de capital, reduciendo drásticamente los costos y mejorando el servicio al cliente”<sup>114</sup>.

Como puede observarse, esta modalidad laboral ocasiona *ventajas y desventajas* para quienes participan en ella, a éste respecto nos ilustra el autor Patrizio di Nicola<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> R. Blainpain, *The legal and contractual situation of teleworkers in the member states of the European foundation*, Dublín, p. 8-9.

Véase Christian Barrios y Pedro Muñoz, *Teletrabajo*, Dolmen Ediciones, Madrid, 1996; Antonio Padilla Meléndez, *Teletrabajo*, RA-MA Ediciones, Madrid, 1998; Edmundo Barrera, *Trabajar en la sociedad de la información*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1999; Ramón Sellas i Benvingut, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Navarra, 2001; Mike Gray, *et.al.*, *El teletrabajo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995; Javier Thibault Aranda, *El teletrabajo*, Consejo Económico Social, Madrid, 2000; Rafael Muñoz de Bustillo Llorente, *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003; Associazione di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, *Impresa e nuovi modi di organizzazioni del lavoro*, Giuffré-Editore, Milano, 1999; Martha Alicia Calles, *Empleo, discriminación, teletrabajo y otras temáticas*, Ediciones Macchi, Argentina, 1999; Francisco Ortiz Chaparro, *El teletrabajo*, Mc. Graw-Hill, Madrid, 1997; Manuel Ramón Alarcón Caracuel, *et.al.*, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, Editorial Bomarzo, Alicante, 2004, también del mismo autor, *El trabajo ante el cambio de siglo: Un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Alicante, 2000; Antonio Barrero Fernández, *El teletrabajo*, Editorial Ágata, Madrid, 1999.

<sup>111</sup> Antonio Barrero Fernández, *El teletrabajo*, Ágata, Madrid, 1999, p. 14.

<sup>112</sup> Francisco Ortiz Chaparro, *El teletrabajo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 38.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>114</sup> Christian Barrios y Pedro Muñoz, *Teletrabajo*, Dolmen Ediciones, Santiago de Chile, 1996, p. 94.

<sup>115</sup> Patrizio di Nicola, *Il nuovo manuale di lavoro*, Seconda Edizione, Edizione SEAM, Milano, 1999, p. 26. Él encuentra *ventajas* para el *teletrabajador*: a) Disminución del tiempo dedicado a los desplazamientos; b) Trabajo según la propia disponibilidad; c) Aumento del tiempo libre; d) Control por objetivos; e) Mayor acercamiento a la familia y amigos; f) Libre selección del puesto; pero también señala las siguientes *desventajas*: a) Aislamiento, reducción de la vida racional externa; b) Disminución del tiempo libre (Síndrome del *workaholic*); c) Menor dirección y ayuda en el trabajo; d) Mayor acercamiento a la familia y amigos; e) Reducción de la distinción espacial entre casa y oficio.

Como puede observarse, la utilización de nuevas tecnologías produce formas ingeniosas que evaden en la mayoría de los casos los efectos de las normas laborales y al margen de ella surgen modalidades que impone la realidad social.

### 3. Autoempleo.

El *autoempleo* surge como una alternativa ocupacional para quienes tuvieron un empleo y lo perdieron por diversas causas, para reinsertarse en la “actividad económica, por una o varias personas, con el objetivo fundamental, de conseguir con ello una ocupación”<sup>116</sup>.

El *autoempleo individual*, consiste en la puesta en marcha de una actividad productiva o profesional por parte de una persona. El *autoempleo colectivo*, o el empleo asociado consiste en la asociación del trabajo de varios emprendedores, a través de la constitución de una sociedad que será la titular de la empresa y dará empleo a los socios.

Existen diversas hipótesis acerca del autoempleo, las cuales pueden resumirse en: a) *Empleo refugio*, es decir, durante las fases depresivas serviría de *refugio* “para los desempleados procedentes de otras situaciones profesionales”<sup>117</sup>; b) *Autoempleo* como mecanismo de *transición en el trabajo*, aquí pueden canalizarse gran parte de los desempleados, quienes posteriormente podrán reingresar al empleo asalariado; c) *Cambio sectorial*, producido por los efectos de *terciarización* en la economía que pueden ser favorables al ámbito profesional; d) Las *nuevas formas de trabajo*.

Desde la *perspectiva empresarial* se piensa que la existencia de formas flexibles en la organización del tiempo de trabajo incrementarían la productividad y la competitividad; desde la perspectiva de la *política económica* se ha considerado que la flexibilidad era una manera de crecer más y crear más empleo; desde la visión del *consumidor* se pensó que la existencia de menor rigidez en los horarios comerciales mejorarían la comodidad de la compra y la calidad del tiempo libre. Curiosamente la perspectiva menos tomada en cuenta en la mayoría de estos debates, es la de los protagonistas, es decir, “la de los propios trabajadores”<sup>118</sup>.

## Reflexión final

---

De igual manera observa ciertas *ventajas* para la empresa: a) Aumento de la productividad; b) Disminución de los costes y de las dimensiones empresariales; c) Mayor motivación de los dependientes; d) Reducción del número y roles de jefes intermedios; e) Menores espacios para arrendar de los inmuebles; f) Mayor flexibilidad organizativa. Menciona diversas desventajas para la empresa, entre ellas: a) Dificultad en la gestión de los trabajadores distantes; b) Reorganización cultural de los procesos empresariales; c) Diversos contratos de trabajo y de gestión; d) Conflictualidad con los jefes intermedios; e) Mayores espacios para aparatos de telecomunicaciones; e) Redistribución de la organización empresarial.

<sup>116</sup> Manuel García Jiménez, *Autoempleo y trabajo asociado*, Ediciones de la Universidad de Córdoba, España, 2001, p. 14.

<sup>117</sup> Juan R. Cuadrado Roura, *Empleo autónomo y empleo asalariado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 16.

<sup>118</sup> Rafael Muñoz de Bustillo Llorente, *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 363. Preguntándoles “su grado de satisfacción al respecto”.

\*Joseph A. Ritter y Richard Anker, “Buenos y malos trabajos”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 121, No. 4, 2002, p. 367.

Los *augures* apocalípticos imaginan y reproducen en sus discursos las peores catástrofes para el trabajo y su derecho, preludian su desaparición o muerte, aunque olvidan que puede haber reapariciones, transformaciones y por qué no, resurgimiento.

Los avances tecnológicos, inducen a una creciente reducción o eliminación del trabajo humano directo. En pocos años, han nacido y desaparecido diversas figuras profesionales, pero mientras exista el hombre habrá trabajo, en tanto haya trabajo habrán normas para regular éstas relaciones. La justicia social pide eficacia, ésta no puede concebirse, sin respeto por el hombre, sin dimensión humanista. En nuestras sociedades actuales, los objetos y las marcas se exhiben más que los deberes jurídicos y morales, los requerimientos materiales —desafortunadamente—, predominan sobre la obligación humanitaria, las necesidades sobre la virtud y el bienestar sobre el bien. La solidaridad ha sido reemplazada por la seducción, el bienestar se ha convertido Dios y la publicidad, en su falso profeta.

El trabajo y su derecho continuarán con pasos firmes en su larga travesía, porque éstos no pueden hacer retroceder su corriente caudalosa, para regresar su historia hacia atrás...

## Bibliografía

- ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- ALONSO, Luis Enrique, *Trabajo y posmodernidad: el empleo débil*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2000.
- ALONSO, Martín, *Enciclopedia del idioma*, t. II, D-M, 3ª reimpresión, Aguilar, México, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Enciclopedia del idioma*, t. III, N-Z, Aguilar, México, 1991.
- BARRAYCOA, Javier, *El trabajador inútil. Reinventando el proletariado*, INESCOPI, Barcelona, 1999.
- BARRERO FERNÁNDEZ, Antonio, *El teletrabajo*, Agata, Madrid, 1999.
- BARRIOS, Christian y Pedro Muñoz, *Teletrabajo*, Dolmen Ediciones, Santiago de Chile, 1996.
- BAYLOS, Antonio, “La huída del derecho del trabajo: Tendencias y límites de la deslaboralización” en *El trabajo ante el cambio de siglo: Un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- BEVERIDGE, William H., *La ocupación plena*, Versión española de Raúl Velasco Terres, FCE, México, 1947.
- BLAINPAIN, R., *The legal and contractual situation of teleworkers in the member status of the European foundation*, Dublín.
- CAMERLYNCH, G.H. y G. Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, trad. Juan M. Ramírez Martínez, 5ª ed., Aguilar, Madrid, 1974.
- CASAS BAHAMONDE, María Emilia, “Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo”, *El Trabajo ante el Cambio de Siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CASO, Antonio, *Obras completas*, T. VI., UNAM, México, 1972.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De la adivinación*, Introducción y traducción de Julio Pimentel Álvarez, UNAM, México, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2002.
- CUADRADO ROURA, Juan R., *Empleo autónomo y empleo asalariado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- DE BUEN LOZANO, Néstor, *La lucha contra el desempleo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XIX, Núm. 56, mayo-agosto, UNAM, México, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Derecho del trabajo*, T. I, Porrúa, México, 1974.
- DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, 6ª ed., Porrúa, México, 1980.
- DI NICOLA, Patrizio, *Il nuovo manuale di lavoro*, Seconda Edizione, Edizione SEAM, Milano, 1999.
- FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1926.
- GALIANO, A. Fernández, *Conceptos de Naturaleza y Ley en Heráclito*, Anuario de Filosofía del Derecho, t. V, Gráficas González, Madrid, 1958.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, Porrúa, México, 1996.

- GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel, *Autoempleo y trabajo asociado*, Ediciones de la Universidad de Córdoba, España, 2001.
- GARCÍA NINET, J. Ignacio, *Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.
- HANSENNE, Michael, *Preservar los valores, promover el cambio*, Oficina General del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1994.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras completas*, t. III, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.
- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, *Actualidades del Derecho del Trabajo*, Cuestiones Laborales, en Homenaje al Maestro Mozart Víctor Russomano, UNAM, México, 1988.
- KOCH, Claus, *La civilización del desempleo*, Letra, Núm. 37, Madrid, marzo-abril, 1995.
- LAPERRIERE, René, *Droits du travail et commerce international*, Departament des sciences juridiques, UQAM, Les Éditions Yvon Blais, Inc., 1995.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- MEDA, Dominique, *El trabajo*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- MENGONI, L., *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966.
- MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. II, Doctrinas Generales, EJE, Buenos Aires, 1954.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 22ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- MÜCKENBERGER, Ulrico, *Ideas para redefinir la relación de trabajo*, OIT, Vol. 115, No. 6, Ginebra, 1996.
- MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael, *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- MUÑOZ RAMÓN, Roberto, *Derecho del Trabajo*, T. I, Porrúa, México, 1976.
- NICOL, Eduardo, *La agonía de Proteo*, UNAM, México, 1981, p. 12.
- Oficina Internacional del Trabajo, *El empleo en el mundo 1996-97*, OIT, Ginebra, 1996.
- ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Editorial Centro de Estudios Román Areces, Madrid, 2001.
- PEÑA PINTO, Marcos, *Políticas activas y protección al desempleo*, Presupuesto y Gasto público, Núm. 14, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *La actual coyuntura del derecho laboral*, Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999), Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales No. 28, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.
- REVILLA ESTEVE, Eugenia, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Contratación precaria*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXIII, Núm. 68, México, mayo-agosto, 1990.
- \_\_\_\_\_, *Deslaboralización*, Revista Alegatos, No. 45, UAM, México, mayo-agosto de 2000.

- \_\_\_\_\_, *Los atentados al contrato de trabajo, ¿Hacia un Nuevo Derecho del Trabajo?*, UNAM, México, 2003.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, París, 1955.
- ROMAGNOLI, Humberto, *El derecho, el trabajo y la historia*, Trad. Marina Tomadini, CES, Madrid, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D'Antona*, Nuevos Escenarios para el Derecho del Trabajo: Familia, Inmigración y Noción de Trabajador, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Dal lavoro ai lavori*, Scritti in onore di Giuseppe Federico Manzini, Volume I, Diritto del Lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- SÁNCHEZ ALVARADO, Alfredo, *Instituciones de derecho del trabajo*, 1er. Tomo, vol. I, México, 1967.
- SANTOS AZUELA, Héctor, *Derecho del Trabajo*, Mc Graw-Hill, México, 1998.
- Séneca, *Tratados filosóficos*, Editorial Porrúa, México, 1973, p. 100.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo derecho del trabajo*, 3ª ed., Porrúa, México, 1975.
- VERGE, Pierre y Fuytaine Vallé, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Canadá, 1997.

## Hemerografía

- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *El derecho público ante la privatización y liberación de los servicios de interés general: repliegue o transformación*: Revista de la Facultad de Derecho, No. 16, 2000.
- CANDIA, José Miguel, *Crisis del trabajo*, Revista Nueva Sociedad, No. 166, Nueva Sociedad, San José Costa Rica, marzo-abril del 2000.
- CASTILLO BLANCO, Federico, *Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público*, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, abril-junio 1995.
- CÓRDOVA, Efrén, *Del empleo total al trabajo atípico: ¿hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?*, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 105, Núm. 4, OIT, Ginebra, octubre-diciembre, 1986.
- D'ANTONA, Máximo, *Los cambios del derecho y el problema de la subordinación en el derecho italiano*, Revista Debate Laboral, Año II, No. 4, San José Costa Rica, 1989.
- DE BUEN LOZANO, Néstor, *Desempleo y concertación social*, Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social, Núm. 1, Madrid, enero-abril, 1994.
- EGGER, Philippe, *Perspectivas*, Revista Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, PRO-ZON, Civitas, Madrid, 1994.
- ESPIRICUETO ISLAS, María Esther, *La innovación tecnológica en la organización del trabajo*, Sicori, Boletín Mensual, PEMEX, febrero, 1997.
- GHOSE, K., *La liberalización comercial, el empleo y la desigualdad en el mundo*, Revista de la OIT, vol. 119, No. 3, Ginebra, 2000.
- HEPPLE, Bob, *Igualdad, representación y participación para un trabajo decente*, Revista Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, 2001.



- JAVILLIER, Jean-Claude, *Pragmatismo e innovación en el Derecho Internacional del Trabajo*, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 113, Núm. 4, Ginebra, 1994.
- MACAROV, David , *La planificación para un mundo casi exento de trabajo*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 104, No. 4, Ginebra, octubre-diciembre de 1985.
- MERCADER UGUINA, Jesús R., *La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable*, Revista Española de Derecho del Trabajo, No. 109, Civitas, Madrid, enero-febrero de 2002.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, No. 91, Civitas, Madrid, septiembre- octubre 1998.
- PLÁ, Américo, *Otra inversión de tendencias en la Seguridad Social: de la solidaridad al egoísmo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, 1992.
- RITTER, Joseph A. y Richard Anker, “Buenos y malos trabajos”, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 121, No. 4, 2002.
- ROMAGNOLI, Umberto, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, Revista Debate Laboral, Americana e Italiana del Derecho del Trabajo, Año V, No. 12, San José Costa Rica, 1992.
- SUPIOT, Alain, *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 115, No. 6, Ginebra, 1996.

# **Un panorama crítico de la aplicación de los impuestos y su coordinación en un modelo de Estado compuesto. El caso español (Primera parte)**

José-Antonio Chamorro y Zarza\*

**RESUMEN:** La coordinación de la aplicación de los impuestos en los modelos de Estado compuesto es una necesidad ineludible tanto para la eficacia del conjunto sistema tributario como para su correcta aplicación de acuerdo con los principios de justicia tributaria. En el modelo propuesto –el caso español- se hace una consideración crítica de los instrumentos orgánicos de coordinación de la gestión tributaria previstos por el ordenamiento jurídico, presentando aquellas disfunciones que pueden provocar cierta ineficacia en la aplicación global del sistema tributario español.

**Palabras clave:** Impuestos, sistema tributario, justicia tributaria

**ABSTRACT:** *The coordination of the application of the taxes in the models of composed State is a so much inescapable need for the efficacy of the assembly of the tax system as for its correct application according to the principles of tax justice. In the model proposed - the Spanish case- a critical consideration of the organic instruments of coordination of the tax management predicted by the legal code is done, presenting those dysfunctions that can cause certain inefficiency in the global application of the Spanish tax system.*

**Key words:** *Taxes, tax system, tax justice.*

**SUMARIO:** Introducción. 1. La distribución del poder tributario en España. 2. La distribución de las competencias de aplicación de los impuestos. 2.1. Competencias de la Administración del Estado en la gestión de los impuestos. 2.2. Competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión de los impuestos. 2.2.1. Impuestos propios. 2.2.2. Impuestos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas. 2.3. Competencias de las Entidades locales en la gestión de los impuestos. 3. La coordinación de las Administraciones Públicas para la gestión de los impuestos. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. La coordinación de la gestión de los impuestos en la legislación. 3.2.1. Los Estatutos de Autonomía. 3.2.2. La Ley Orgánica 8/1.980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). 3.2.3. La Ley 21/2.001 del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas (LFCCAA). 3.2.4. La Ley Reguladora de las

---

\* José-Antonio Chamorro y Zarza. Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Financiero y Tributario en las Facultades de Derecho y Economía y Empresa de la Universidad de Salamanca.

Haciendas Locales. 3.3. Órganos de coordinación de la gestión de los impuestos. 3.3.1. Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas. 3.3.2. El Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. 3.3.3. La Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria. 3.3.4. Los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria. Conclusión. Bibliografía.

## **Introducción**

Los institutos coordinadores que cabe prever en cualquier ordenamiento jurídico adquieren su máximo sentido en los modelos de Estado compuesto, es decir, aquellos cuya estructura territorial se halla fuertemente descentralizada. Trasladada la cuestión al ámbito tributario, es preciso, además, que las distintas entidades territoriales o niveles de Gobierno de carácter intermedio que integran el Estado compuesto<sup>1</sup> cuenten con su correspondiente cuota de poder tributario. Partiendo de esta premisa es como puede entenderse la incuestionable importancia que adquiere la previsión de mecanismos coordinadores en el seno de los ordenamientos jurídicos de estos países, en especial cuando estos instrumentos afectan a la aplicación del sistema tributario en general y, de manera más específica, a la aplicación de los impuestos.

En este estudio crítico de carácter panorámico, se trata un caso particular, el de España, como ejemplo de Estado compuesto que cuenta con una acusada descentralización y en el que las entidades o niveles de Gobierno intermedios –Comunidades Autónomas– cuentan con unas potestades tributarias lo suficientemente relevantes como para que sea necesaria su coordinación tanto con las del Estado como con las de las Entidades locales, de ámbito territorial inferior. Con referencia a este asunto es necesario aclarar con carácter previo tres cuestiones: la primera de ellas es que, por razones de extensión del trabajo, dejamos a un lado otro tipo de actividades que la Ley General Tributaria española –en adelante LGT– engloba dentro del campo de la gestión tributaria, para centrarnos en las que tradicionalmente han integrado el núcleo de las actividades de aplicación o gestión de los impuestos; en segundo lugar, y con base en esta última afirmación, a lo largo del trabajo se emplearán de manera indistinta y sinónima las expresiones “aplicación de los impuestos”, “gestión impositiva” o “gestión de los impuestos”, sin entrar en mayores debates; en tercer lugar, las Comunidades Autónomas a las que haremos referencia son las que se conocen en España como de “régimen fiscal común” por contraposición a las de régimen especial que se circunscriben, con un carácter excepcional, a los Territorios que integran la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra.

## **1. La distribución del poder tributario en España**

No cabe ninguna duda de que exponer los mecanismos de coordinación en el ámbito tributario, hace preciso, como antecedente necesario, delimitar el poder en el mencionado campo, de manera que una vez establecidas las competencias y funciones correspondientes a cada nivel de gobierno podrá identificarse la coordinación de las mismas. Ello implica

---

<sup>1</sup> Es sabido que los países territorialmente descentralizados emplean distintas denominaciones para referirse a realidades de naturaleza similar. A título meramente de ejemplo, cabe recordar que las entidades territoriales intermedias son denominadas *Cantones* en la Confederación Helvética; *Länder* en la República Federal de Alemania; *Regioni* en Italia; *Provincias* en Canadá o Argentina; *Estados* en México, Estados Unidos, Brasil o Venezuela o, en fin, *Comunidades Autónomas* en el caso de España.

que es necesario partir de un hecho básico: la distribución del poder tributario en un Estado descentralizado implica la atribución de ciertas cuotas de ese poder también a los niveles intermedios de Gobierno de forma que puedan ejercerlo con autonomía, que será de mayor o menor grado según los distintos sistemas constitucionales.

Así, es opinión comúnmente aceptada aquella que estima que la autonomía de las entidades públicas territoriales ha de ir acompañada de la consiguiente disposición de medios económicos cuyo objeto será hacer frente a los fines que tienen atribuidos<sup>2</sup>. Además, estas entidades han de contar con capacidad de decisión sobre los medios económicos asignados a través de la concesión a las mismas de autonomía financiera, siendo esta última una de las características esenciales de la autonomía política.<sup>3</sup>

El contenido de la autonomía financiera ha sido establecido por la doctrina científica de manera prácticamente unánime pudiéndose resumir en los siguientes términos: “una auténtica autonomía financiera es, pues, al menos, poder de autonormarse en materia financiera; y que debe manifestarse en las dos vertientes de los gastos y de los ingresos. Esa auténtica autonomía debe serlo, no sólo para decidir la composición o estructura de unos y otros, sino también su cuantía.”<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Esta cualidad de la autonomía ya era señalada por Aquilino-Donato Giannini en *Instituciones de Derecho Tributario* (Trad. de Fernando Sainz de Bujanda), Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1.957, p.3. Entre la doctrina española tal opinión es unánime; vid. al respecto Albi Ibáñez, Blanco-Magadán y Fernández Marugán (“La problemática financiera de las autonomías regionales: una aproximación” en *Revista de Economía y Hacienda Local*, nº 22/1978, p.43); Fernández Ordóñez (“La Hacienda General y las Haciendas Territoriales: Sus fuentes tributarias” en *Hacienda Pública Española (HPE)* nº 54/1.978, p.219); Simón Acosta (*La autonomía financiera de las regiones*, CAMP de Cáceres, Cáceres, 1978, pp.19-20); Lasarte Álvarez (“La financiación de las Comunidades Autónomas” en *Documentación Administrativa (DA)* nº 181/1979, p.415); Cazorla Prieto (“Incidencia de la nueva Constitución en la legislación territorial tributaria” en *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979, p.750); Lozano Serrano (“La hacienda municipal en la Constitución” en *HPE* nº 60/1.979, p.115); Martín Queralt (“La institucionalización de la Hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía” en *HPE* nº59/1.979, p.115); Eserverri Martínez (“Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia tributaria. Una posible causa de conflictos de competencias” en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, IEF, Madrid, 1.981, p.939); Aparicio Pérez (“La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en la Constitución española” en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Vol. I, IEF, Madrid, 1.984, pp.433-434); Ferreiro Lapatza (“La financiación de las Entidades Locales en Cataluña” en *Revista Española de Derecho Financiero (REDF)* nº45/1.985, p.41); González Sánchez (“Reflexiones sobre la autonomía o suficiencia financiera de las Corporaciones locales según la Constitución española” en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* nº 229/1.986, p.100); Tornos Más y otros (*Informe sobre las Autonomías*, Ajuntament de Barcelona, 1.987, pp.191-193) o Carrera Raya (“Observaciones sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Revista de Hacienda Autonómica y Local (RHAL)* nº 62/1.991, p.338).

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional español afirma, en distintas ocasiones, el carácter instrumental de la autonomía financiera; así en las sentencias 201/1.988; 96/1.990; 13/1.992; 135/1.992; 237/1.992; 68/1.996; 128/1.999 ó 289/2.000.

<sup>4</sup> Sánchez Serrano en “El poder tributario de las Comunidades Autónomas”, *REDF* nº 29/1.981, p.94. Sobre el contenido o significado de la autonomía financiera vid. asimismo, entre otros, Albi Ibáñez, Blanco-Magadán Amutio y Fernández Marugán (“La problemática financiera...”, *op.cit.*, p.43); Simón Acosta (*La autonomía financiera...*, *op.cit.*, p.32); Del Pozo López (“Las Haciendas Municipales en un régimen de autonomías o de descentralización financiera” en *HPE* nº 63/1.980, p.186); Aparicio Pérez (“La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en la Constitución española” en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Vol. I, IEF, Madrid, 1.984, p.434); Ferreiro Lapatza (“Principios constitucionales informantes de la Hacienda Local” en *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, Vol. I, IEF, Madrid, 1.985, p.2.108 y también en “Análisis constitucional de la nueva Ley reguladora de las Haciendas Locales”, *RHAL* nº55-56/1.989, p.19); Martín Queralt, Lozano Serrano, Casado Ollero y Tejerizo López (*Curso de*

El Tribunal Constitucional español, por su parte, en la sentencia 63/1.986 sostiene que la “autonomía financiera supone la existencia de una Hacienda autónoma (...) que permita el ejercicio y financiación de las competencias asumidas.” Y, a continuación, reconoce que las competencias financieras serían las relativas “a la obtención de los recursos y a la utilización de los mismos, así como a la elaboración y aprobación de sus Presupuestos.”

No obstante, no hay que olvidar la distinta naturaleza de la autonomía de la que gozan los niveles de gobierno inferiores al Estado central lo que implica que aquí consideremos un aspecto más concreto del plano financiero: se trataría de reflejar la distinta naturaleza de la autonomía financiera, y más en concreto, de la autonomía tributaria asignada a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales en una de sus manifestaciones más relevantes como es la capacidad de crear tributos.

Es el artículo 133 de la Constitución Española (en adelante CE), en sus párrafos primero y segundo, el que regula la creación de los tributos en los siguientes términos:

Artículo 133: “1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.

2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

Siendo innegable que el poder tributario del que gozan el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales trae causa en la Constitución, no es menos cierto que las atribuciones que corresponden en esta materia a las Entidades citadas son distintas. Basta con acudir al Texto Constitucional para corroborar tal afirmación: en el artículo 133, en su párrafo primero se aprecia que la potestad del Estado para establecer los tributos carece de restricción alguna -dejando a salvo los límites y principios emanados de la propia Constitución- lo cual permite afirmar la preeminencia del poder tributario estatal frente al de las otras entidades territoriales.

La cualidad predicada del poder tributario estatal es fácil extraerla no sólo del precepto citado sino del resto de la regulación constitucional<sup>5</sup> y de su desarrollo legal<sup>6</sup>,

---

*Derecho Financiero y Tributario*, 11ªed., Tecnos, Madrid, 2000, p.201) o Peris García (“El poder financiero y sus límites: La incidencia del Derecho Comunitario” en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública (RDFHP)* nº 253/1.999, pp.663 y 664).

*Vid.* en la doctrina italiana, por todos, Micheli (“Autonomia e finanza degli enti locali”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze (Riv.dir.fin.sc.fin)*, 1.967, I, pp.528 y 529) y Gallo (“Brevi riflessioni sull'autonomia tributaria delle regioni”, *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 1.975, I, p.253).

<sup>5</sup> Es muy importante recordar a estos efectos que en virtud del art.157.3 CE corresponde al Estado regular el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas.

<sup>6</sup> La Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, cuya sede constitucional es el art. 157.3 CE, recoge dos claves determinantes de la primacía del poder tributario estatal en los párrafos 2 y 4 del art.6 con el siguiente contenido:

Art.6: 2. “Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por el Estado.

(...)

4. Cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos impositivos gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de las mismas.”

preeminencia que tampoco han dudado en destacar las doctrinas científica<sup>7</sup> y del Tribunal Constitucional. Por lo que atañe a este último, no ha de pasar desapercibido que el Alto Tribunal, en algunas sentencias<sup>8</sup>, se refiere al poder tributario estatal con la expresión “soberanía financiera” por contraposición a la “autonomía financiera” de las Comunidades Autónomas, expresión, esta última, con la que siempre se hace referencia a un poder limitado; a ello ha de añadirse la reafirmación del carácter *originario* del poder tributario estatal<sup>9</sup> o el reconocimiento de la competencia del Estado “para regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado.”<sup>10</sup>

Continuando con el artículo 133, el párrafo segundo se refiere a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales en los siguientes términos:

“Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

La lectura literal del precepto podría inducir a pensar que la Constitución otorga un tratamiento homogéneo a ambas entidades territoriales, algo que es, de suyo, inexacto, pues la interpretación sistemática de la norma precitada con el principio de reserva de ley en materia tributaria consagrado en el artículo 31.3 CE<sup>11</sup>, permite colegir que sólo aquellas entidades territoriales con capacidad para emanar leyes estarán en disposición de establecer tributos en su sentido más propio, es decir, instituirlos o crearlos *ex novo*; en definitiva, aparte del Estado, únicamente las Comunidades Autónomas están capacitadas para crear tributos<sup>12</sup>. Esta es la interpretación no sólo más coherente sino también la que ha adoptado el legislador español al efectuar el posterior desarrollo normativo en la materia: nos referimos a los Estatutos de Autonomía de las diferentes Comunidades Autónomas<sup>13</sup> y a la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA)<sup>14</sup>. En fin, en el ámbito de lo fáctico, buena parte de las Comunidades Autónomas han hecho uso de tal

---

<sup>7</sup> Vid. Simón Acosta: “La financiación de las regiones en función de los bienes y servicios de provisión regional” en *DA* nº181/1.979, p.294; Martín Queralt: “Comentario al art.5 LGT” en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras. Ley General Tributaria*, T.I, Edersa, Madrid, 1.982, p.55 (también, junto a Lozano Serrano, Casado Ollero y Tejerizo López en *Curso...*, *op. cit.*, pp.213 y 215); Menéndez Moreno: “El Poder Tributario de las Corporaciones Locales” en *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, Vol.III, IEF, Madrid, 1985, pp.2.104-2105 y 2.122; Sáinz de Bujanda: *Lecciones de Derecho Financiero*, 10ª ed., Serv. Pub. Fac. Der. Univ. Compl., Madrid, 1993, p.77 o Pérez Royo: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 5ªed., Civitas, Madrid, 1995, p.50, entre otros.

<sup>8</sup> Vid., por ejemplo, las sentencias 13/1.992, 202/1.992 y 128/1.999.

<sup>9</sup> Así en las sentencias 19/1.987, 181/1.988, 233/1.999 ó 192/2.000.

<sup>10</sup> Sentencia 192/2.000.

<sup>11</sup> Art. 31: “3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.”

<sup>12</sup> Así, Sánchez Serrano entiende que el poder de las Comunidades Autónomas para establecer tributos es “de idéntica naturaleza y contenido, aunque no de idéntico alcance, al poder de establecer tributos del Estado.” (“El poder tributario...”, *op.cit.*, p.102).

<sup>13</sup> Art. 44, apartados 1, 4 y 5 EAut Cataluña; art. 44, apartados 1, 4 y 5 EAut Galicia; art. 56, apartados 1, 4 y 5 EAut Andalucía; art. 44.1 EAut Principado de Asturias; art. 47, apartados 1, 4 y 5 EAut Cantabria; art. 45 b) EAut La Rioja; art. 42 b) Región de Murcia; art. 51 b) EAut Comunidad Valenciana; art. 47, apartados 1, 4 y 5 EAut Aragón; art. 44.1 EAut Castilla-La Mancha; art. 57 b) EAut Extremadura; art. 60 c) EAut Islas Baleares; art. 53.1 EAut Comunidad de Madrid y art. 44.1.1 EAut Castilla y León.

<sup>14</sup> Vid. con relación a este punto los artículos 4.1 b); 6.1; 7; 8; 9; 17 b); y 19.1 LOFCA.

facultad mediante la creación de sus propios tributos, hallando en las materias medioambiental y sobre el juego un ámbito especialmente propicio para este fin<sup>15</sup>.

El Tribunal Constitucional, que confirmó tempranamente esta aptitud de las Comunidades Autónomas en la sentencia 37/1.981<sup>16</sup>, recuerda, no obstante, que este ejercicio de la autonomía lo deberán efectuar de conformidad con las leyes estatales, esencialmente la ley orgánica prevista en el art. 157.3 CE. Así lo hace en su sentencia 19/1.987 al advertir que el art. 133 CE, en sus párrafos 1 y 2, reclama la necesaria intervención del legislador estatal con el objeto de garantizar “la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes”<sup>17</sup>, o en la sentencia 192/2.000 al afirmar: “la indudable conexión entre los artículos 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE determina que el Estado sea competente para regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado.”<sup>18</sup>

Por lo que atañe a las Entidades locales, no se plantean mayores problemas ya que no pueden instituir o crear tributos por carecer de la capacidad para elaborar normas de rango legal, cualidad que diferencia de forma clara a estas entidades territoriales de las Comunidades Autónomas como se acaba de señalar. En consecuencia, el significado que adopta el contenido del artículo 133.2 CE al reconocer la capacidad de las Corporaciones Locales para *establecer* tributos, es el de *vigorizar* o, si se prefiere, *eliminar el carácter virtual de los tributos haciéndolos exigibles*<sup>19</sup>.

Ahora bien, si las entidades locales, y en particular los municipios, carecen de la capacidad para instaurar o establecer tributos *ex novo*, éstos deberán crearse por el Parlamento con el fin de que sea respetada la reserva legal recogida a tal efecto en el artículo 31.3 CE, lo cual no impide que las Corporaciones locales puedan hacer uso de sus facultades normativas de naturaleza reglamentaria y regular determinados aspectos de los

---

<sup>15</sup> A título de ejemplo podemos citar los Impuestos sobre el Juego del Bingo de Cataluña, Andalucía, Islas Baleares, Galicia, Murcia o Cantabria, entre otras Comunidades Autónomas y los Impuestos sobre protección del ambiente natural que, con distintas denominaciones, existen en las Comunidades Autónomas de Galicia, Extremadura, Castilla-La Mancha o Madrid.

<sup>16</sup> Posteriores pronunciamientos mantienen esta jurisprudencia en la que se afirma la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer, exigir y regular sus propios tributos, es el caso de las sentencias 37/1.987, 186/1.993, 116/1.994, 49/1.995, 176/1.999, 74/2.000 o 289/2.000.

<sup>17</sup> Aún refiriéndose el núcleo de esta sentencia a las Haciendas locales, la aplicabilidad de la misma a las Comunidades Autónomas es manifiesta cuando el Alto Tribunal, con base en los párrafos 1 y 2 del art. 133 CE, afirma que el ámbito objetivo reservado a la Ley (está aludiendo a la reserva de ley del art. 31.3 CE) no queda garantizado “*mediante una mera cláusula legal habilitante en favor de la plena autodeterminación del régimen de sus tributos por las Corporaciones Locales, conclusión que, en estos términos absolutos, sería incluso inexacta respecto de entes dotados de potestad legislativa, como son las Comunidades Autónomas (arts. 149.1-1º, 156.1 y 157.3 de la Constitución).*”

<sup>18</sup> Vid. en este sentido los pronunciamientos contenidos en las sentencias 37/1.987, 179/1.987, 181/1.988, 183/1.988, 250/1.988, 68/1.996 o 233/1.999.

<sup>19</sup> Cfr. en la misma dirección las opiniones de, entre otros, Albiñana García-Quintana (“La potestad tributaria” (Comentario al artículo 133 CE) en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1.978*, T.X, Edersa, Madrid, 1.985, p.241), Cayón Galiardo (“Las Haciendas Locales” (Comentario al artículo 142 CE) en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1.978*, T.X, Edersa, Madrid, 1.985, p.566), Ferreiro Lapatza (“Principios constitucionales informantes...”, *op.cit.*, p.211), Herrera Molina (“Hacienda general y autonomía financiera” en *REDF* nº56/1.987, p.576) o Varona Alabern (“Gestión catastral y Autonomía financiera local” en *RDFHP* nº220/1.992, p.742).

tributos. Esta es la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de la autonomía tributaria local en una ya reiterada jurisprudencia<sup>20</sup> en la que, de forma paralela a como ocurría en el caso de las Comunidades Autónomas, afirma que los apartados 1 y 2 del artículo 133 CE reclaman la intervención del legislador estatal para configurar la autonomía tributaria de las Corporaciones Locales<sup>21</sup>, aún cuando, en este caso, reconoce también la capacidad de las Comunidades Autónomas de incidir sobre las Haciendas Locales<sup>22</sup>.

## 2. La distribución de las competencias de aplicación de los impuestos

Determinado el significado que tiene la autonomía tributaria para las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, el siguiente paso lo constituye el señalamiento del ámbito de actuación de cada una de las Administraciones públicas sobre el sistema tributario en su conjunto, centrándonos exclusivamente en los impuestos al ser ésta la figura tributaria en la que se producen los mayores problemas de gestión. Esto es, habrá de prefijarse el reparto de los impuestos que integran el sistema tributario español y de las correspondientes competencias de gestión pertenecientes a las Administraciones públicas, entre los tres niveles territoriales en los que se estructura el Estado.

Ahora bien, el objetivo aludido requiere, con carácter previo, concretar en qué consiste la aplicación de los impuestos o gestión impositiva o, dicho de otro modo, concretar qué tipo de actuaciones administrativas deben ser consideradas constitutivas de la gestión de los impuestos a los efectos que aquí interesan.

Ciñéndonos a la previsión contenida en la LGT, la expresión “aplicación de los impuestos” ha de ser entendida no como un *procedimiento* sino como un conjunto de *actividades* cuyo *objetivo principal* será la exacción de los impuestos o, en otros términos, consistirá esencialmente en la determinación o cuantificación del impuesto en cada caso concreto y su recaudación. Bien es cierto que dicha exigencia encierra un fin mediano cual es dar cumplida satisfacción a la previsión del artículo 31.1 CE, que exige la *contribución de todos a los gastos públicos dentro de los principios de justicia tributaria*<sup>23</sup>, principios que han de presidir cualquier actuación de la Administración pública en las tareas aplicativas del sistema tributario en su conjunto y, muy en especial, del sistema de impuestos<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Vid., por ejemplo, las sentencias 19/1987, 221/1.992, 233/1.999 o 106/2.000.

<sup>21</sup> Vid. la sentencia 19/1987 y, en el mismo sentido, las sentencias 179/1.985, 96/1.990, 237/1.992, 331/1.993, 171/1.996 o 233/1.999 en las cuales el Tribunal Constitucional determina que es el Estado el competente para regular el sistema financiero local con base en el título competencial “Hacienda General” contenido en el art. 149.1.14º CE.

<sup>22</sup> Así se manifiesta en las sentencias 179/1.985 y 96/1.990. Vid. también las sentencias 237/1.992, 331/1.993, 171/1.996, 109/1.998, 172/1.998 o 233/1.999.

<sup>23</sup> El artículo 31 de la Constitución prescribe en su párrafo 1:

“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

<sup>24</sup> Esta es la idea que defiende también el profesor Lozano Serrano pues, como afirma, “el fin del tributo no es procurar un ingreso sin más exigencias, sino procurarlo de acuerdo con los criterios del artículo 31 de la Constitución y, aún más, tender a hacerlos realidad” (“La actividad inspectora y los principios constitucionales” en *Impuestos* nº9/1.990, p.8).

El profesor Rodríguez Bereijo ha ido más allá en sus consideraciones al advertir que lo importante del Derecho está “en la protección del interés público o del interés general ínsito en la actividad administrativa de gestión de los tributos, que rebasa los límites del mero interés individual recaudatorio (...),



Ahora bien, si ése es el objetivo de lo que calificamos como *actividad de gestión impositiva*, dicho fin se va conseguir a través de un conjunto de *procedimientos autónomos* con fines propios aunque subordinados al objetivo principal o al fin superior de la actividad que, como acabamos de señalar, consiste en la exacción de los impuestos<sup>25</sup> en cumplimiento del artículo 31.1 CE, siendo estos procedimientos los de liquidación del impuesto correspondiente, comprobación en sus distintas modalidades, inspección y recaudación.

## **2.1. Competencias de la Administración del Estado en la gestión de los impuestos**

A falta de un reparto constitucional de figuras impositivas como hubiera sido deseable<sup>26</sup>, el conjunto de la vigente normativa tributaria permite afirmar que la Administración tributaria del Estado será competente para efectuar todas las funciones inherentes a la gestión de los impuestos más importantes del sistema, siendo menester advertir, sin embargo, que se ejercerán con distinta intensidad dependiendo de cuál sea el impuesto objeto de exacción. Ello obliga a distinguir -a los solos efectos de su gestión, insistimos- los impuestos sobre los que la Administración General del Estado tiene plenas competencias, de aquellos otros respecto de los que ejercerá ciertas funciones que, en algunos casos, pueden ser calificadas de prácticamente residuales: en el primer caso estarían el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre Sociedades (ISoc), el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), la mayor parte de los Impuestos Especiales (II. EE.) y los Impuestos integrantes de la Renta de Aduanas; el segundo grupo lo constituirían la mayoría de los impuestos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas y los impuestos locales.

En cuanto a los órganos encargados de la gestión del sistema impositivo estatal, ésta corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria<sup>27</sup> tal como prevé su norma fundacional, el artículo 103 de la *Ley 31/1.990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.991*, en el apartado Uno, párrafo 2:

“La Agencia Estatal de Administración Tributaria es la organización administrativa responsable, en nombre y por cuenta del Estado, de la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y del aduanero, y de aquellos recursos de otras Administraciones y Entes Públicos nacionales y de las Comunidades Europeas cuya gestión se le encomiende por Ley o por Convenio.”

---

para convertirse en un interés colectivo: la finalidad redistributiva.” (en *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, IEF, Madrid, 1.976, pp.11 y 12).

<sup>25</sup> El Seminario de Derecho Financiero de la Universidad Complutense ya apuntó en su momento lo siguiente: “La aplicación del tributo se desenvuelve a través de una serie de procedimientos que, si bien se dirigen a la consecución de objetivos específicos, aparecen, no obstante, estrechamente ligados entre sí en cuanto persiguen en su conjunto el resultado común y fundamental de dar efectividad a los mandatos de las normas tributarias.” (*Notas de Derecho Financiero*, T.I, Vol.3º, SPFDUCM, Madrid, 1.967, p.919).

<sup>26</sup> Este es el sistema, por otro lado, empleado por la Ley Fundamental de Bonn de 1.949 -véase su artículo 106- y que hubiera evitado innumerables problemas no sólo de orden técnico como es fácil suponer.

<sup>27</sup> En adelante nos referiremos a la Agencia Estatal de Administración Tributaria indistintamente con las siglas AEAT o con los términos *Agencia* o *Agencia Tributaria*.

Obviando la posibilidad de que la AEAT gestione recursos de las Comunidades Europeas y de otros Entes Públicos nacionales<sup>28</sup>, cabe destacar la previsión que contiene esta norma por la que la AEAT podría gestionar los impuestos de otras Administraciones públicas españolas -adviértase que el precepto emplea el genérico “recursos”- siempre que exista una encomienda a su favor efectuada por Ley o Convenio. Virtualidad esta última que se ha hecho realidad, de forma parcial, al haber firmado distintas Comunidades Autónomas los pertinentes Convenios con la AEAT para que ésta efectúe *la recaudación en vía ejecutiva de los ingresos de Derecho Público propios* de aquéllas<sup>29</sup>.

La atención especial de la que ha sido objeto la Agencia Tributaria por parte de la doctrina científica<sup>30</sup> exime de realizar cualquier referencia a su régimen jurídico en este trabajo, aunque no dejemos de apuntar la clara inconstitucionalidad que afecta a la naturaleza de su norma de creación<sup>31</sup>.

## **2.2. Competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión de los impuestos**

Concretar las competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión de los impuestos hace inevitable precisar con anticipación si nos hallamos ante un *impuesto propio* de la Comunidad Autónoma o por el contrario se trata de un *impuesto estatal cedido* a esta entidad territorial, pues si bien ambos se constituyen en recursos de las Comunidades Autónomas por virtud del mencionado art. 157.1 CE<sup>32</sup>, también es verdad que la intensidad de aquellas competencias viene íntimamente ligada al tipo de impuesto del que se trate.

---

<sup>28</sup> Sorprende que se haya omitido cualquier referencia a la posibilidad de que la AEAT coopere con las Administraciones de otros Estados con los que España haya suscrito Tratados bilaterales en materia tributaria. Esta omisión también es destacada por Delgado Pacheco en “La creación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”, *Impuestos* nº5/1.991, p.117. Respecto a la gestión de recursos de Entes públicos españoles por la AEAT, son numerosos los acuerdos suscritos entre aquéllos y ésta cuyo objeto es la *recaudación en vía ejecutiva de los ingresos de Derecho Público propios* de los Entes. Sin ánimo de ser exhaustivos, pueden citarse a título de ejemplo los Convenios que ha suscrito la Agencia con el Consejo de Seguridad Nuclear, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, Autoridades Portuarias de Alicante, Baleares, Cartagena, Castellón, Ferrol-San Ciprián, Bahía de Cádiz o con el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

<sup>29</sup> Estas Comunidades Autónomas, de régimen común, son: Comunidad Valenciana, Cataluña, Baleares, Asturias, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Aragón, Castilla-La Mancha, La Rioja, Región de Murcia, Andalucía, Cantabria y Comunidad de Madrid.

A ellas cabe añadir los Convenios firmados con dos territorios forales: con la Comunidad Foral de Navarra y con la Diputación Foral del Territorio Histórico de Guipúzcoa.

<sup>30</sup> Vid. por todos las obras de Baena Aguilar, Herrera Molina y Serrano Antón, *La Agencia Tributaria frente al contribuyente: Régimen jurídico y problemas de constitucionalidad*, 1ªed., Comares, Granada, 1.993, y de Ortiz Calle *La Agencia Estatal de Administración Tributaria*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1.998.

<sup>31</sup> Cfr. la opinión que manifestamos en *La gestión integrada del sistema tributario en el Estado descentralizado español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 95.

<sup>32</sup> El art.157 prevé en su párrafo 1 lo siguiente: “Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:

a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.

b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Tampoco hay que dejar de lado en este asunto la previsión del párrafo 3 de dicho precepto, previsión que juega a favor del Estado desde el preciso instante en el que otorga a esa instancia la posibilidad de regular, entre otras cosas, *el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1*, tarea que ha tenido su plasmación, es bien conocido, en la LOFCA.

Ha de completarse indefectiblemente esta normativa con los preceptos correspondientes de los Estatutos de Autonomía y, por lo que se refiere a los impuestos cedidos, con las normas que regulan el régimen en el que se lleva a cabo esa cesión de impuestos por parte del Estado a las Comunidades Autónomas.

### 2.2.1. Impuestos propios

Siendo clara la capacidad que poseen las Comunidades Autónomas para establecer sus propios impuestos como ya se vio en su momento, hay que decir, no obstante que ningún precepto constitucional se refiere *expresamente* a las competencias de gestión tributaria por lo que el punto de partida deberá establecerse en el artículo 133.2 CE, norma que, como ya sabemos, proclama la capacidad de las Comunidades Autónomas para *establecer y exigir* tributos de acuerdo, eso sí, con la Constitución y las leyes, siendo estas últimas de naturaleza estatal, como ya tuvimos ocasión de escribir. Consecuentemente, si las Comunidades Autónomas pueden *exigir* tributos -léase en nuestro caso impuestos- está claro que dicha exigencia sólo podrá llevarse a último término si la entidad legitimada posee las funciones correspondientes para tal fin. Y tratándose de impuestos propios su exigencia por el titular de los mismos llevará inherentes las tareas de determinar su concreta cuantía y exigirla mediante los procedimientos establecidos al efecto.

Más adelante, en el párrafo 3 de su artículo 157, la propia Constitución remite a una ley orgánica la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas enumeradas en el párrafo 1, entre las que se encuentran los impuestos propios.

La ley orgánica a la que se refiere el precitado artículo 157.3 CE, concretada en la LOFCA, realiza, en su artículo 19.1, una asignación explícita a las Comunidades Autónomas de las competencias de gestión sobre sus propios tributos en los siguientes términos:

“La gestión, liquidación, recaudación e inspección de sus propios tributos corresponderá a la Comunidad Autónoma, la cual dispondrá de plenas atribuciones para la ejecución y organización de dichas tareas, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse con la Administración Tributaria del Estado, especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo”<sup>33</sup>.

---

c)Transferencias de un fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

d)Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.”

<sup>33</sup> Sorprende la total ausencia de claridad conceptual que manifiesta el legislador en este precepto en relación a qué entiende por gestión tributaria, especialmente cuando menciona tareas como la *liquidación*, la *recaudación* y la *inspección*, separadas de la *gestión* sin aclarar en qué consiste ésta, aunque con la dicción empleada difícilmente podrá atribuirse un contenido concreto a la misma.

Resulta también hartamente sorprendente -aunque quede fuera de nuestro tema- que, tratándose de tributos propios en los que la Comunidad Autónoma posee todas las competencias, sin embargo no se les atribuya expresamente la revisión de unos actos emitidos por ellas mismas, revisión que, curiosamente, podrá ejercer por delegación estatal con relación a los tributos cedidos.

Por consiguiente, las Comunidades Autónomas poseerán competencias plenas tanto en la organización como en la ejecución de las distintas funciones que integran la gestión de los impuestos propios, competencias que abarcarán igualmente la aprobación de los *Reglamentos Generales* de dichos impuestos, atendiendo a lo previsto por el artículo 17 apartado f) de la norma que venimos citando.<sup>34</sup>

Por lo que se refiere a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de régimen común, casi la totalidad de ellos contienen un precepto que prevé, bien de forma expresa bien por remisión a la normativa estatal, la lógica recepción de la competencia de gestión sobre sus propios impuestos: los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Galicia, Andalucía, La Rioja, Aragón, Canarias, Extremadura, Baleares, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Murcia y Madrid cuentan con preceptos en los que asumen específicamente estas competencias de gestión impositiva<sup>35</sup>, en tanto que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana deja en manos de la legislación estatal dicha cuestión<sup>36</sup>. La excepción la constituye la Comunidad de Castilla y León, cuyo Estatuto omite cualquier alusión a este tipo de competencias debiendo tomarse como punto de referencia, con relación a este aspecto, su artículo 36.1, precepto de redacción genérica que prevé sin más la adecuación a la LOFCA de la regulación tanto de los tributos propios como de los estatales cedidos<sup>37</sup>, de manera que la atribución de las competencias de gestión impositiva implicará una remisión directa al precitado artículo 19.1 LOFCA.

### **2.2.2. Impuestos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas**

Los impuestos cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas constituyen la primera de las fuentes de financiación de estas Entidades que menciona el artículo 157.1 CE<sup>38</sup>. También la LOFCA y los distintos Estatutos de Autonomía los prevén como uno de los recursos integrantes de las Haciendas territoriales, aunque aquella norma orgánica y algunos de los Estatutos entran en clara contradicción con la Constitución al optar por

---

<sup>34</sup> Algunos Estatutos de Autonomía recogen de manera expresa la competencia de las Comunidades Autónomas para aprobar los reglamentos de sus propios tributos. Es el caso de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de Galicia (art.52 a)), Cantabria (art.55 a)), La Rioja (art.48.1 f)), Aragón (art. 59.1), Castilla-La Mancha (art. 50 a)), Canarias (art. 60.1 a)), Extremadura (art. 60 c)) y Madrid (art. 60 a)).

<sup>35</sup> Estas normas son las siguientes: art.46.1 (Cataluña); art.54.1 (Galicia); art.60.1 (Andalucía); art. 49.1 (La Rioja); art.60.1 (Aragón); art.61.1 (Canarias); art.67.1 (Islas Baleares); art.45.1 (Principado de Asturias); art.51.1 (Cantabria); art.52.1 (Castilla-La Mancha); art.56.1 (Madrid); art.43.1 a) (Región de Murcia) y art.61 e) (Extremadura).

<sup>36</sup> Artículo 54: “La gestión, recaudación y liquidación e inspección de sus tributos propios, los cedidos y las formas de colaboración en estas materias, en relación a los Impuestos del Estado, se adecuará a la Ley Orgánica establecida en el artículo 157.3 de la Constitución.”

<sup>37</sup> El tenor concreto de este precepto es el siguiente:

Artículo 36: “1. Los tributos propios o cedidos a la Comunidad acomodarán su regulación a lo establecido en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.”

<sup>38</sup> El artículo 157 CE prescribe en su párrafo 1:

“Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:

a) *Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; (...)*”.

extender el ámbito de la cesión *a todos los tributos*<sup>39</sup>, algo no previsto por el precepto constitucional antes mencionado y que, a nuestro juicio, podría viciar de inconstitucionalidad dichas normas.

A los efectos que nos interesan, podríamos considerar como *impuesto cedido el establecido por el Estado y respecto del que las Comunidades Autónomas podrán ejercitar, por delegación de aquél, ciertas facultades normativas y las inherentes a la gestión, correspondiendo asimismo total o parcialmente a las Comunidades Autónomas los rendimientos de dichos impuestos generados en su territorio*.

Sin entrar en mayores reflexiones al respecto, no podemos, en fin, dejar de señalar que es innegable que las reformas operadas en la cesión a las Comunidades Autónomas de tributos estatales desde el año 1983, en el que se estableció el primer sistema de cesión generalizado, hasta la regulación vigente -*Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía* (en adelante LFCCAA)- han variado sustancialmente su régimen jurídico, siquiera sea por la posibilidad que ahora tienen las Entidades territoriales cesionarias de participar en la regulación de algunos de los elementos esenciales<sup>40</sup>.

La atribución de competencias de gestión a las Comunidades Autónomas sobre los impuestos estatales cedidos hace necesario determinar cual es el contenido de las mencionadas competencias y su título de atribución a las Comunidades Autónomas.

La respuesta la hallamos en la lectura combinada del artículo 19.2 LOFCA con el artículo 46.1 y 2 LCT 2.001.

El primero de los preceptos mencionados, entre otras cosas, establece lo siguiente:

(...)

Asimismo, en caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir por delegación del Estado la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, en su caso, de los mismos, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse entre ambas Administraciones, todo ello de acuerdo con lo especificado en la Ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.

Lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, ni en los Impuestos Especiales de Fabricación. La gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de estos impuestos tendrá lugar según lo establecido en el apartado siguiente.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> El artículo 4º.1 LOFCA establece:

“De conformidad con el apartado 1 del artículo 157 de la Constitución, y sin perjuicio de lo establecido en el resto del articulado, los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:

(...)

c) Los *tributos cedidos*, total o parcialmente, por el Estado. (...).”

Cfr. igualmente los artículos 10, 11, 12 y 19 de la propia norma.

Los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art.56.2), La Rioja (art.45 c)), Región de Murcia (art.42 c)), Aragón (art.47.2), Castilla-La Mancha (art.44.2), Extremadura (art.57 c)), Islas Baleares (art.60 d)) y Castilla y León (art.44.1.2) coinciden con el artículo 4º.1 c) LOFCA, empleando el giro *tributos cedidos*; por el contrario han mantenido fielmente la expresión *impuestos cedidos* del art.157.1 a) CE los Estatutos de Autonomía de Cataluña (art.44.2), Galicia (art.44.2), Principado de Asturias (art.44.2), Cantabria (art.47.2), Comunidad Valenciana (art.51 c)), Canarias (art.49 c)) y Madrid (art.53.5).

<sup>40</sup> Vid. los artículos 19.2 LOFCA y 38 al 44 LFCCAA.

<sup>41</sup> Se refiere al párrafo 3, que prescribe:

“La gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, en su caso, de los demás tributos del Estado recaudados en cada Comunidad Autónoma corresponderá a la Administración Tributaria del Estado,

Por su parte, los apartados 1 y 2 del artículo 46 LCT 2.001, están redactados en unos términos muy similares a los del precepto transcrito, aunque en este caso cita ya expresamente los impuestos sobre los que se podrán ejercitar las competencias:

1. La Comunidad Autónoma se hará cargo, por delegación del Estado y en los términos previstos en esta sección, de la gestión, liquidación, recaudación e inspección, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión de los siguientes tributos:

- a) Impuesto sobre el Patrimonio.
- b) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- d) Tributos sobre el Juego.
- e) Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.
- f) El Impuesto Especial sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

2. La gestión, liquidación, recaudación e inspección, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión se llevará a cabo, en todo caso, por los órganos estatales que tengan atribuidas las funciones respectivas en los siguientes tributos:

- a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, incluida la parte del mismo cedida a las Comunidades Autónomas,
- b) Impuesto sobre el Valor Añadido.
- c) Impuesto sobre la Cerveza.
- d) Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas.
- e) Impuesto sobre Productos Intermedios.
- f) Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas.
- g) Impuesto sobre Hidrocarburos.
- h) Impuesto sobre las Labores del Tabaco.
- i) Impuesto sobre la Electricidad.

Vemos, pues, que las Comunidades Autónomas se van a hacer cargo de las funciones que abarcan todos los campos de la aplicación de los impuestos y que van a ser desarrolladas en los términos concretos fijados por las normas de cesión y respecto a todos los impuestos estatales cedidos, con la única excepción del IRPF, IVA e Impuestos Especiales de Fabricación, cuya aplicación se mantiene en el ámbito competencial de la Administración General del Estado.

También es importante señalar, como hacen sin ambigüedad los preceptos antedichos, que las Comunidades Autónomas van a ejercer las funciones inherentes a la actividad de aplicación de los impuestos *por delegación del Estado*, de forma que nos hallamos ante un claro supuesto de delegación intersubjetiva entre ambas Entidades públicas territoriales. Y tratándose de un supuesto de delegación, la consecuencia inmediata que se deriva es que la titularidad de las competencias de gestión sigue manteniéndose en la esfera estatal y, por consiguiente, será a este nivel territorial al que corresponda la realización de los controles oportunos acerca del desarrollo de dichas actividades<sup>42</sup>.

---

sin perjuicio de la delegación que aquélla pueda recibir de ésta, y de la colaboración que pueda establecerse, especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo.”

<sup>42</sup> Así, el art. 37 LFCCAA, establece con una redacción rotunda lo siguiente:

“1. La titularidad de las competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, corresponde al Estado.

Para acabar este punto es menester llamar la atención sobre una cuestión de capital importancia: la LCT 2.001, a diferencia de la normativa que la precedió, prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan regular aspectos de la gestión en distintos impuestos cedidos<sup>43</sup> lo cual podría generar disparidades en la misma, aun cuando es justo reconocer que es posible que dichas disparidades sean de escasa relevancia a la vista de la legislación esencialmente estatal aplicable a los tributos cedidos<sup>44</sup>.

En cuanto a los órganos de las Comunidades Autónomas encargados de la aplicación de los impuestos, tanto de los propios como de los estatales cedidos, serán, con carácter general, las Consejerías que tienen atribuidas las competencias en materia de Hacienda<sup>45</sup>, con una particularidad, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tributo que podrá ser gestionado por las Oficinas de Distrito Hipotecario, a cargo de los Registradores de la Propiedad, si así se lo encomienda la Comunidad Autónoma competente<sup>46</sup>.

Al igual que ocurre en la Administración estatal, las Consejerías de Hacienda cuentan con órganos centrales y, en la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, periféricos.

Teniendo en cuenta los distintos Decretos de los Gobiernos autonómicos que han regulado la estructura orgánica de estas Consejerías podríamos extraer los siguientes puntos comunes:

---

2. La Inspección General del Ministerio de Hacienda realizará anualmente una inspección de los servicios y rendirá informe sobre el modo y la eficacia en el desarrollo de las diversas competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de que se trate respecto a los tributos cuyo rendimiento se cede. Dicho informe se unirá a la documentación de los Presupuestos Generales del Estado.”

<sup>43</sup> Así lo establecen los artículos 40.2, 41.2, 42.2 y 44.3 LFCCAA, con distinto alcance dependiendo del impuesto al que se refieren.

<sup>44</sup> En este sentido es diáfana la redacción del art. 19.1 LFCCAA:

“Los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas se regirán por la Ley General Tributaria, la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, los Convenios o Tratados internacionales, la Ley propia de cada tributo, los Reglamentos generales dictados en desarrollo de la Ley General Tributaria y de las Leyes propias de cada tributo, las demás disposiciones de carácter general, reglamentarias o interpretativas, dictadas por la Administración del Estado y, en los términos previstos en este Título, por las normas emanadas de la Comunidad Autónoma competente según el alcance y los puntos de conexión establecidos en el mismo.

La terminología y conceptos de las normas que dicten las Comunidades Autónomas se adecuarán a la Ley General Tributaria.” (La Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente ha de entenderse derogada en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la LGT 2003. No obstante el contenido de aquella norma se integró en esta última).

<sup>45</sup> Y decimos que esas competencias las tienen asignadas las Consejerías de Hacienda *con carácter general* porque en algún supuesto particular las funciones inherentes a la gestión impositiva van a ser ejercidas de forma compartida por dos Consejerías: es el caso del *Impuesto sobre fincas o explotaciones agrarias infrautilizadas* del Principado de Asturias. Este tributo lo gestionan la Consejería de Agricultura y Pesca, que llevará a cabo *la gestión y liquidación del impuesto*, y la Consejería de Hacienda, a la que corresponderá desarrollar *las funciones inspectoras* además de “dictar las normas reguladoras de su gestión, liquidación e ingreso.” (Artículo 72 de la Ley del Principado de Asturias 4/1.989).

<sup>46</sup> Así lo establece la DA Segunda del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

-las Consejerías de Hacienda se estructuran, con clara inspiración en el modelo estatal, en Direcciones Generales -en el caso de Galicia, también Subdirecciones Generales-, Servicios, Secciones, Negociados y Oficinas;

-la dirección y coordinación de la gestión impositiva corresponde a las Direcciones Generales de Tributos;

-el ejercicio concreto de las distintas funciones integrantes de la actividad de gestión impositiva se asigna, generalmente, a *Servicios de Gestión tributaria*, de *Inspección* y de *Recaudación*;

-como se ha apuntado antes, las Consejerías cuentan con Delegaciones o Servicios territoriales que tendrán asignado el ejercicio de las funciones que requiere la exacción de los impuestos en sus respectivas demarcaciones. En el caso de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Castilla y León, Galicia, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha y Aragón las Delegaciones, Direcciones o Servicios tienen como ámbito territorial a la provincia<sup>47</sup>, con la salvedad de la Comunidad gallega la cual prevé dos demarcaciones en la provincia de Pontevedra<sup>48</sup>. Las Comunidades de Canarias y Baleares tienen Delegaciones de ámbito insular y, en fin, la Región de Murcia y el Principado de Asturias cuentan con un *Servicio Tributario Territorial de Cartagena*<sup>49</sup> y con una *Oficina de Gestión Tributaria de Gijón*<sup>50</sup> respectivamente.

Merece la pena destacar también el caso de Extremadura, Comunidad Autónoma que ha encomendado la *recaudación ejecutiva* de sus tributos propios, además de otros conceptos, a las Diputaciones Provinciales de Cáceres y Badajoz<sup>51</sup>.

## 2.3. Competencias de las Entidades locales en la gestión de los impuestos

---

<sup>47</sup> Todas las Comunidades Autónomas mencionadas tienen *Delegaciones provinciales de las Consejerías de Hacienda* con la excepción de la Comunidad de Castilla y León la cual integra los *Servicios Territoriales de Economía y Hacienda* en las *Delegaciones Territoriales de la Junta de Castilla y León* existentes en las nueve capitales de sus provincias.

<sup>48</sup> En este caso el ámbito territorial de la Delegación de Vigo será el de los municipios de Vigo, Bayona, Gondomar y Nigrán, conformando el resto de los municipios el ámbito territorial de la Delegación de Pontevedra (artículo 10.1 del D.13/1.997).

<sup>49</sup> Desarrollará sus actuaciones en los municipios de Cartagena, La Unión y Fuente Álamo (artículo 16 del D.60/1.996).

<sup>50</sup> Su jurisdicción se extiende a los términos municipales de Gijón y Carreño según el artículo 15.3 del D.43/1.998

<sup>51</sup> Véanse sendas Resoluciones de 9 de noviembre de 1.998 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia y Trabajo por las que se establecen los Convenios Marco de Cooperación con la Diputación Provincial de Cáceres y con la Diputación Provincial de Badajoz para la gestión recaudatoria de los derechos económicos de la Hacienda de la Comunidad Autónoma. Estas Resoluciones han sido completadas con un Anexo II por virtud de dos Resoluciones de 22 de marzo de 1.999, de la misma Secretaría General. Concretamente, la recaudación se encomienda al *Servicio Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria* de la Diputación Provincial de Cáceres y al *Organismo Autónomo Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria* de la Diputación Provincial de Badajoz.



Es una ley estatal, la Ley de Haciendas Locales<sup>52</sup>, la que crea y asigna a los municipios, con el carácter de propias, cinco figuras impositivas que pueden ser agrupadas en dos bloques: el primero, constituido por los impuestos sobre Bienes Inmuebles, sobre Actividades Económicas y sobre Vehículos de Tracción Mecánica, que necesariamente han de ser objeto de exacción por parte de todos los Municipios<sup>53</sup>; el segundo grupo lo integrarán el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, tributos cuya exigencia dependerá de que así lo acuerde cada Ayuntamiento<sup>54</sup>.

Junto a los mencionados impuestos, la vigente LHL ha previsto un esquema de financiación similar al de las Comunidades Autónomas de régimen común al establecer la cesión a determinados municipios<sup>55</sup> de un porcentaje de los rendimientos obtenidos por el Estado en una serie de impuestos<sup>56</sup> con la finalidad esencial, tal como recoge la Exposición de Motivos, *de mantener y fortalecer la garantía del principio de suficiencia financiera de las Entidades Locales*.

La aplicación de los tributos propios, y, en consecuencia, de los impuestos, viene atribuida a las Entidades locales por virtud del artículo 106.3 Ley de Bases del Régimen Local (LBRL), precepto que, a su vez, permite a aquéllas, en orden a la gestión impositiva, realizar delegaciones en favor de Entidades locales de ámbito territorial superior o de las Comunidades Autónomas en las que estén integradas, todo ello conforme a lo que prevea la legislación estatal<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Ley 39/1.988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en adelante LHL.

<sup>53</sup> Así lo establece el artículo 60.1 LHL:

“Los Ayuntamientos *exigirán*, de acuerdo con la presente Ley y las disposiciones que la desarrollan, los siguientes impuestos:

- a) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
- b) Impuesto sobre Actividades Económicas.
- c) Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.”

<sup>54</sup> Así lo establece el artículo 60.2 LHL:

“Asimismo, los Ayuntamientos *podrán* establecer y exigir el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, de acuerdo con la presente Ley, las disposiciones que la desarrollen y las respectivas Ordenanzas fiscales.”

<sup>55</sup> En concreto, de acuerdo con el artículo 112 LHL, podrán acceder a la cesión de un porcentaje de los rendimientos obtenidos por el Estado de determinados impuestos, los municipios de régimen común que sean capitales de provincia o de Comunidad Autónoma o aquellos que tengan una población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes.

<sup>56</sup> El artículo 112 bis LHL prevé la cesión en su párrafo 1 en los siguientes términos:

“1. A cada uno de los municipios incluidos en el ámbito subjetivo antes fijado se le cederán los siguientes porcentajes de los rendimientos que no hayan sido objeto de cesión a las Comunidades Autónomas, obtenidos en los impuestos estatales que se citan:

- a) El 1,6875 por ciento de la cuota líquida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- b) El 1,7897 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre el Valor Añadido imputable a cada municipio.
- c) El 2,0454 por ciento de la recaudación líquida imputable a cada municipio por los Impuestos Especiales sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre Labores de Tabaco.”

<sup>57</sup> Se completa, además, este artículo con una alusión al establecimiento de fórmulas de colaboración con todos los niveles territoriales.

Éste es el contenido concreto del artículo 106.3 LBRL:

Las funciones tocantes a la exacción de los impuestos locales se efectuarán, tal como prescribe el artículo 12 LHL<sup>58</sup>, de acuerdo con lo establecido en la normativa estatal y, huelga decirlo, en los reglamentos aprobados, en su caso, por las Corporaciones locales en el ejercicio de sus competencias<sup>59</sup>, aún cuando ha de advertirse que la LHL ha regulado de forma tan exhaustiva los aspectos relativos a la aplicación de los impuestos locales que deja un espacio más bien testimonial a su ordenación por parte de las Entidades locales.

Por otro lado y con referencia a los impuestos estatales cedidos a las Entidades locales, hay que reseñar el lógico mantenimiento de las competencias normativa y de aplicación que afectan a los mismos en el ámbito de la Administración tributaria estatal<sup>60</sup>.

En fin, es necesario aludir al contenido del artículo 8º.3 LHL, norma que encierra un supuesto específico de colaboración entre Administraciones. La norma precitada ordena que, cuando una Entidad local, en la gestión de sus propios tributos, haya de realizar actuaciones inspectoras o de recaudación ejecutiva fuera de su territorio, éstas se efectuarán por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma o del Estado, en función del territorio en el que hayan de llevarse a cabo, y siempre a petición del Presidente de la Corporación.

La aplicación de los impuestos municipales corresponde, en principio, a los órganos de gestión tributaria de los distintos Ayuntamientos, los cuales se incardinan en las Concejalías o Departamentos de Hacienda y que, para el ejercicio de las correspondientes funciones se estructuran habitualmente en distintas unidades administrativas, concretamente en las de *gestión tributaria, inspección y tesorería o recaudación*.

Ahora bien, algunos municipios, amparándose en el artículo 85.3 b) de la LBRL<sup>61</sup>, han optado por crear sus propios organismos autónomos a los que han atribuido las tareas

---

“Es competencia de las Entidades locales la gestión, recaudación e inspección de sus tributos propios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de las Entidades locales de ámbito superior o de las respectivas Comunidades Autónomas, y de las fórmulas de colaboración con otras Entidades locales, con las Comunidades Autónomas o con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado.”

Con relación a la delegación de la gestión y las fórmulas de colaboración interadministrativa *vid.* los artículos 7º y 8º LHL.

<sup>58</sup> Artículo 12: “La gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizarán de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria y en las demás leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo.”

<sup>59</sup> Así se deduce de las previsiones de los artículos 15 a 19 LHL.

<sup>60</sup> Artículo 112 bis LHL:

“3. Los municipios no podrán asumir, en ningún caso, competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se les cede, así como tampoco en materia de revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, cuya titularidad y ejercicio corresponderá exclusivamente al Estado.”

<sup>61</sup> Artículo 85: “3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

b) Organismo autónomo local.”

Este precepto ha de ponerse en conexión con los artículos 119, 132.2 y 133 del RD 2568/1.986, de 28 de noviembre, que aprueba el *Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales*. Las normas citadas facultan a las Entidades locales para establecer *órganos o entes descentralizados con personalidad jurídica propia* cuando lo aconsejen determinadas circunstancias relativas, en general, a una más adecuada gestión.

propias de la gestión tributaria en general y de la impositiva en particular<sup>62</sup>. A título de ejemplo, podemos mencionar el *Organismo Autónomo de Gestión Económica y Recaudación (OAGER)* del Ayuntamiento de Salamanca<sup>63</sup> al que, de acuerdo con el artículo 1º.2, apartados b) y e) de sus Estatutos, se le encomiendan entre otros fines:

“b) La gestión, liquidación, inspección y notificación de los tributos, rentas y demás derechos económicos de la Corporación Municipal.

e) La gestión de los servicios de recaudación en vía ordinaria y en vía de apremio de impuestos, contribuciones especiales, tasas, precios públicos, multas y demás exacciones que, como Ente de Derecho Público, corresponde percibir al Excmo. Ayuntamiento de Salamanca, de conformidad con las normas vigentes.”

En otras palabras, a estos organismos se les dota de las potestades necesarias para llevar a cabo la exacción de los impuestos municipales mediante el ejercicio de las funciones públicas correspondientes a tales tareas.

Por otra parte hay que destacar que la legislación local, en concreto el artículo 7º LHL<sup>64</sup>, permite a las Entidades locales delegar en Entidades territoriales superiores el ejercicio de las facultades de la gestión impositiva, siendo ésta una decisión que ha sido adoptada por buena parte de los pequeños municipios en favor de sus respectivas Diputaciones Provinciales. Esta previsión tiene su lógica en el contexto español habida cuenta del elevado número de municipios con el que cuenta el país y su escasa entidad<sup>65</sup>, lo que se traduce inevitablemente en una reducida capacidad para gestionar sus propios

---

<sup>62</sup> A pesar de ser la AEAT la Entidad más conocida en el campo de la gestión de los tributos, es de justicia destacar que han sido las Corporaciones locales las primeras en utilizar Organismos autónomos para estas tareas, como lo prueba el hecho de que la Diputación de Barcelona ya contaba en el año 1.987 con el *Organismo Autónomo Local de Gestión Tributaria (OALGT)*. En este punto, nos parece necesario llamar la atención sobre el peligro cierto que entraña la extralimitación en sus funciones por parte de estos organismos autónomos locales. Así lo ponemos de manifiesto en nuestro artículo “La vulneración del principio de legalidad por organismos autónomos locales de gestión tributaria” en *Revista de Hacienda Local (RHL)* nº84/1.998, pp.545 a 555.

<sup>63</sup> Vid. el Boletín Oficial de la Provincia de Salamanca de 28 de diciembre de 1.990 en el que se publican los Estatutos de este Organismo.

<sup>64</sup> Este precepto establece lo siguiente:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.3 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, las Entidades locales podrán delegar en la Comunidad Autónoma o en otras Entidades locales en cuyo territorio estén integradas, las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación tributarias que la presente Ley les atribuye.

2. El acuerdo que adopte el Pleno de la Corporación habrá de fijar el alcance y contenido de la referida delegación y se publicará, una vez aceptada por el órgano correspondiente de gobierno, referido siempre al Pleno, en el supuesto de Entidades locales en cuyo territorio estén integradas en los <<Boletines Oficiales de la Provincia y de la Comunidad Autónoma>>, para general conocimiento.

3. El ejercicio de las facultades delegadas habrá de ajustarse a los procedimientos, trámites y medidas en general, jurídicas o técnicas, relativas a la gestión tributaria que establece la presente Ley y, supletoriamente, a las que prevé la Ley General Tributaria. Los actos de gestión que se realicen en el ejercicio de dicha delegación serán impugnables con arreglo al procedimiento que corresponda al Ente gestor, y, en último término, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

<sup>65</sup> De los 8.108 municipios existentes en España, el 61,06 por ciento (4.951 municipios) tienen una población de menos de 1.000 habitantes, de acuerdo con los datos del Censo de Población del año 2.001 elaborado por el Instituto Nacional de Estadística.

intereses, en el caso que nos ocupa, los impuestos municipales, como consecuencia de una carencia secular de medios adecuados tanto personales como materiales.

Finalmente, es preciso apuntar que la gestión impositiva que efectúan las Diputaciones provinciales, al igual que en el caso de los Ayuntamientos, la llevan a cabo bien los propios Departamentos de Hacienda de la Institución provincial o bien organismos autónomos establecidos por ésta con fines similares<sup>66</sup>.

### **3. La coordinación de las Administraciones Públicas para la gestión de los impuestos**

#### **3.1. Consideraciones previas**

La importancia de la coordinación en la articulación de los Estados es, hoy día, una opinión indubitada, especialmente si se refiere a un modelo de Estado descentralizado en el que los territorios que lo integran gozan de ciertos niveles de autonomía<sup>67</sup>.

Que la coordinación ha de tener un lugar destacado en España es algo que tampoco duda el Tribunal Constitucional cuando, en la sentencia 181/1.988, afirma que “la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías dependen en buena medida de la sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, *coordinación*, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.”

Por consiguiente, no cabe oponer ninguna objeción a la idea que proclama con carácter general la necesidad de la coordinación entre el Estado y las distintas Entidades territoriales que lo integran, con mayor razón cuando la Constitución española, a pesar de la literalidad, no ha efectuado un reparto tajante de materias y/o competencias entre las distintas instancias de poder sino que, más bien al contrario, ha optado por el carácter concurrencial de las mismas, como apuntó en su momento la Comisión de Expertos sobre financiación de las Comunidades Autónomas<sup>68</sup> y que no han dejado de destacar tanto la doctrina científica<sup>69</sup> como la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, éste último especialmente claro en su sentencia 103/1.989:

---

<sup>66</sup> También la Diputación de Salamanca cuenta con una Entidad similar: el *Organismo Autónomo Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria de Salamanca (REGTSA)* creado en el año 1.992.

<sup>67</sup> Ya Vittorio Bachelet apuntó en su momento que la coordinación, como instituto característico del Derecho Público, se pone de manifiesto cuando nos encontramos ante una pluralidad de actividades y de sujetos a los que el ordenamiento reconoce cierta autonomía (Voz “Coordinamento” en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Giuffrè, 1.959, p.631).

<sup>68</sup> Dicha Comisión alude a la “amplia zona concurrencial” en la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (*Informe de la Comisión de Expertos sobre financiación de las Comunidades Autónomas*, 2ª ed., CEC, Madrid, 1.981, p.123).

<sup>69</sup> Vid. al respecto: García de Enterría (“Estudio Preliminar” a la obra colectiva *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1.980, p.26); Muñoz Machado (*Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid, 1.982, p.218); Fernández Farreres (“El principio de colaboración Estado-Comunidades Autónomas y su incidencia orgánica” en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Vol. II, IEF, Madrid, 1984, pp.1.003-1.004); Falcón y Tella (*La compensación financiera interterritorial y otras técnicas aplicativas del principio constitucional de solidaridad*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1.986, p.273); Pérez Calvo (“Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *REALA* n°235-236/1987,

“la existencia de una determinada “materia” (...) no ha de descartar la posibilidad de que, en virtud de otros títulos, se produzca en aquel ámbito una legítima intervención del Estado, hipótesis en modo alguno excepcional si se parte de la constatación, del todo obvia, de que las articulaciones competenciales en nuestro Estado de las Autonomías no han llevado a cabo una fragmentación ideal, en sectores estancos, de la realidad a normar.”<sup>70</sup>

Estas afirmaciones, hechas hasta el momento con carácter general, pueden ser trasladadas sin mayores matizaciones al campo financiero y, más concretamente, al tributario en su faceta de aplicación de los impuestos, aspecto éste en el que se ponen más de manifiesto los problemas que surgen en las relaciones entre las distintas Administraciones<sup>71</sup>.

Puesta de manifiesto la necesidad de contar con mecanismos de coordinación interadministrativa para la aplicación de los impuestos, es oportuno fijar cuál es el sentido de la coordinación en el campo de la gestión impositiva. Ahora bien, establecer en principio un contenido plenamente válido del término “coordinación” conlleva serias dificultades, como han constatado distintos autores al poner de manifiesto la confusión conceptual que conlleva este término<sup>72</sup>, a lo que ha de añadirse el escaso tratamiento que ha tenido la coordinación en el ámbito doctrinal del Derecho Financiero y Tributario<sup>73</sup>, todo lo cual induce a compartir la opinión que advierte la dificultad de solucionar desde la perspectiva

---

p.469) o Sánchez Morón (“La coordinación administrativa como concepto jurídico” en *DA* nº230-231/1992, p.15).

<sup>70</sup> Ya en la sentencia 76/1.983 había indicado: “... dada la interrelación entre las diversas actividades de los poderes públicos es difícil imaginar alguna actuación del Estado o de las Comunidades Autónomas en que esa incidencia no se produzca en alguna medida.” El Tribunal Constitucional no ha dejado de señalar el *carácter equívoco* con el que es utilizado el adjetivo “exclusivo” tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía, relativizando dicho término en jurisprudencia temprana como la de las sentencias 37/1.981, 1/1.982, 5/1.982 o 69/1.982, que mantiene en otras como las sentencias 22/1.999 o 128/1.999.

<sup>71</sup> Así, Sosa Wagner y Bocanegra Sierra entienden que “los problemas fundamentales que la organización de una Administración financiera por entes políticamente descentralizados suscita, se encuentran de modo esencial si se analiza el tema desde la perspectiva de los ingresos, no de los gastos, (...)” (“La organización financiera en las Comunidades Autónomas” en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)* nº28/1.981, p.6).

<sup>72</sup> Es el caso de Ortega Álvarez quien lo considera como uno de los conceptos más confusos de las relaciones interadministrativas (“Las competencias propias de las Corporaciones Locales”, *Tratado de Derecho Municipal*, Vol. I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1.988, p.216). En parecidos términos se expresan también Parejo Alfonso, que destaca la “dificultad de la aprehensión del contenido preciso de la coordinación” (*Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la Reforma Administrativa*, Madrid, 1.983, p.137); Suay Rincón (“La competencia de coordinación”, *La provincia en el sistema constitucional*, Diputación de Barcelona-Civitas, Madrid, 1.991, p.170); Figueroa Laraudogoitia (“Los problemas para la definición del modelo de relaciones Estado Comunidades Autónomas”, *Poder Político y Comunidades Autónomas*, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1.991, p.36); Sánchez Morón (“La coordinación administrativa como concepto jurídico”, *DA* nº230-231/1.992, pp.11 y 12) o Sánchez Serrano (*Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional I*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.307).

<sup>73</sup> Cfr. Pérez Royo (“Coordinación presupuestaria entre Estado y Comunidades Autónomas” en *La coordinación financiera estatal, autonómica y local*, 1ª ed., Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1.984, p.11 *ab initio*) o Ramallo Massanet (“Las relaciones interadministrativas en la aplicación de los tributos”, *DA* nº240/1.994, p.185, Nota 24).

del Derecho Tributario lo que el Derecho Administrativo no ha logrado explicar y sistematizar de forma clara y coherente.<sup>74</sup>

Siendo éste el estado de la cuestión, parece bastante más útil fijar una serie de notas que permitan perfilar la coordinación de la gestión impositiva<sup>75</sup> en torno a los siguientes rasgos:

1.- Es una *competencia estatal*. En efecto, es al Estado a quien, por virtud de la Constitución<sup>76</sup>, le corresponde instrumentar los mecanismos necesarios destinados a hacer efectiva la coordinación en este campo específico.

2.- Su articulación ha de efectuarse con un *respeto absoluto al ámbito competencial de las entidades coordinadas*<sup>77</sup>, lo que implica que el establecimiento de mecanismos de coordinación no puede encubrir políticas encaminadas a un vaciamiento de las competencias propias de los coordinados, hurtándoles a éstos toda capacidad de decisión sobre los asuntos o actividades sometidos a coordinación, aspecto éste sobre el que ha puesto especial énfasis el Tribunal Constitucional español<sup>78</sup>.

3.- La coordinación ha de perseguir la *unidad de actuaciones* de las diversas Administraciones redundando en la *eficacia* de las mismas. Este objetivo es a todas luces lógico, pues la elusión de contradicciones y duplicidades, que llevará de suyo a la eficacia, ha de ser algo ínsito en la coordinación. En este sentido, la relación existente entre la coordinación y la eficacia es reconocida expresamente en la jurisprudencia constitucional en sentencias tales como la 27/1.987, 102/1.995 o 109/1.998.

4.- Finalmente, la coordinación *podrá llevarse a cabo a través de la creación de instrumentos orgánicos o bien de cualquier otro tipo de sistemas* que arbitren la relación recíproca entre las distintas Administraciones públicas a coordinar, sistemas que admiten una diversidad de técnicas tales como la planificación conjunta de actuaciones o el establecimiento de canales fluidos de información entre las distintas Administraciones. El propio Tribunal Constitucional, que entiende la coordinación general como *la fijación de*

---

<sup>74</sup> Ramallo Massanet en “Las relaciones interadministrativas...”, *op.cit.*, p.185.

<sup>75</sup> No desconocemos con ello la evidente necesidad de articular la coordinación en todas las cuestiones presentes o relacionadas con el sistema tributario en general y, particularmente, las relativas al ámbito normativo, sin embargo dado el fin del presente trabajo obviaremos su tratamiento en él.

<sup>76</sup> Artículos 156.1 y 157.3 CE. A estos preceptos cabe añadir los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Galicia, Andalucía, Cantabria y Castilla-La Mancha que confieren a una Ley del Estado la competencia para establecer un sistema de colaboración de los tres niveles de entidades territoriales para la gestión de aquellos tributos que se determinen. Asimismo el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad del Estado para establecer la coordinación en este campo tanto de las Comunidades Autónomas (sentencias 179/1987, 181/1988, 96/1990, 68/1996 o 62/2001) como de las Entidades locales (sentencias 179/1985, 27/1987, 214/1989 o 233/1999).

<sup>77</sup> Por lo que atañe a esta nota de la coordinación merece la pena traer al caso la opinión de Vittorio Bachelet para quien “coordinar es en cierto sentido manifestación típica de una sociedad democrática y plural, que pretende obtener la orientación armónica de individuos, grupos, instituciones, hacia fines determinados, pero sin anular la libertad o la iniciativa de tales individuos, grupos o instituciones.” El texto original es el siguiente: “(…), il <<coordinare>> è in certo senso manifestazione tipica di una società democratica y pluralistica, che intende ottenere l’armonico orientamento di individui, gruppi, istituzioni, verso fini determinati, senza però annullare la libertà o l’iniziativa di tali individui, gruppi o istituzioni; (...)” (Voz “Coordinamento” en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Giuffrè, 1.959, p. 631). En el mismo sentido *vid.* Emilio Rosini en *Il decentramento finanziario in Italia. Premese per uno studio analítico*, CEDAM, Padova, 1.964, p.20.

<sup>78</sup> Este es el sentido de las sentencias 32/1983, 27/1987, 227/1988, 103/1989, 13/1992, 102/1995, 68/1996, 70/1997 o 40/1998, entre otras muchas.

*medios y sistemas de relación*<sup>79</sup> entre las instancias a coordinar, renuncia a concretar dichos medios y sistemas, aunque admite la posibilidad de que la coordinación pueda llevarse a cabo mediante la creación de instrumentos orgánicos, tal como lo manifiesta en la sentencia 76/1.983: “(...), el principio de coordinación, que en el campo económico está expresamente afirmado en la Constitución, respalda la creación de Órganos coordinadores que fijen pautas de actuación al Estado y a las Comunidades Autónomas en materias en que uno y otras resulten afectados.”<sup>80</sup>

### **3.2. La coordinación de la gestión de los impuestos en la legislación**

La Constitución española, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn<sup>81</sup> y en la línea de la Constitución italiana, no ha efectuado un reparto de figuras impositivas ni de las correlativas competencias de gestión, de manera que, en orden a esta cuestión, el legislador ordinario se encontró en su momento ante un campo de actuación inédito y con escasas, por no decir nulas, pautas constitucionales que orientaran la ordenación de esta materia. A ello ha de añadirse que dicha omisión ha alcanzado asimismo a la regulación de las relaciones entre las distintas Administraciones territoriales, aún hallándose presente en la Constitución la idea de la necesidad de la coordinación.<sup>82</sup>

En otro orden de cosas, sorprende que el texto del único precepto de la Constitución que alude a la coordinación –artículo 156.1– lo haga sólo respecto a las Haciendas del Estado y de las Comunidades Autónomas omitiendo cualquier referencia a las Haciendas locales, cuando la coordinación desplegará de forma plena sus efectos positivos precisamente si se interrelacionan los tres niveles de Administraciones con competencias en la aplicación de los impuestos.

#### **3.2.1. Los Estatutos de Autonomía**

Los Estatutos de Autonomía no son mucho más explícitos que la Constitución a la hora de prever mecanismos de coordinación entre los distintos niveles de Administraciones en la materia que nos ocupa, ahora bien, parece que los legisladores encargados de redactar algunos Estatutos han querido corregir el olvido en el que sumergió la Norma Fundamental a las Haciendas locales al descuidar su fundada inclusión en el artículo 156.1 junto a las Haciendas estatal y autonómicas, de manera que se interrelacionaran a los efectos de su coordinación. Este es el caso de los Estatutos de Autonomía del Principado de Asturias, Cantabria, Aragón, Castilla-La Mancha, Islas Baleares, Comunidad de Madrid y Castilla y León, normas todas ellas que, con distintas redacciones, proclaman la autonomía financiera de las respectivas Comunidades Autónomas dentro del principio de coordinación con las Haciendas estatal y local, y que responden al patrón del artículo 42 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, reflejado en los siguientes términos:

“El Principado de Asturias, dentro de los principios de coordinación con las Haciendas estatal y local y de solidaridad entre todos los españoles, tiene autonomía

---

<sup>79</sup> Sentencia 32/1.983. Este pronunciamiento ha sido repetido con profusión en la doctrina del Tribunal: *vid.* las sentencias 42/1.983; 11/1.984; 144/1.985; 27/1.987; 227/1.988; ó 70/1.997.

<sup>80</sup> Cfr. la sentencia 40/1.998 en la que reafirma tal idea.

<sup>81</sup> *Vid.* su artículo 108.

<sup>82</sup> Cfr. Álvarez Rico en “El principio de coordinación en el Estado de las Autonomías”, *DA* nº196/1.982, pp.24 y ss.

financiera, dominio público y patrimonio propio, de acuerdo con la Constitución, el presente Estatuto y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.”

De manera que, teniendo en cuenta el conjunto de preceptos que realizan las correspondientes atribuciones en materia tributaria a las Comunidades Autónomas, se puede inferir de la norma tomada como modelo la exigencia de la coordinación de las tres Administraciones en el ámbito de la gestión de los impuestos.

Por otra parte, es muy interesante destacar que el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, separándose del modelo precitado, proclama en su artículo 40, de manera particularizada y explícita, la coordinación de las *Administraciones financieras* estatal, autonómica y local:

“La Región de Murcia tiene autonomía financiera, dominio público y patrimonio propio de acuerdo con la Constitución, este Estatuto y los principios de coordinación orgánica y funcional con las Administraciones Estatal y Local, así como de solidaridad entre todos los españoles.”

Consiguientemente, es posible afirmar que los aludidos Estatutos de Autonomía amparan de manera implícita la coordinación de las Administraciones públicas en la actividad que desarrollan como consecuencia de la aplicación de los impuestos. Y es que, salvo en el caso del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, tal amparo ha de extraerse de la proclamación, más genérica, de la coordinación entre las distintas Haciendas territoriales.

Por otro lado, este punto quedaría incompleto si se pasa por alto la existencia de otro grupo de Estatutos de Autonomía, formado por los Estatutos de Cataluña, Galicia, Andalucía, Cantabria y Castilla-La Mancha, que prevén la *colaboración de los tres niveles de Administraciones –estatal, autonómica y local- para las tareas destinadas a la aplicación de los tributos*, atribuyendo al Estado la competencia para fijar el sistema de colaboración; si bien en este caso no se habla en propiedad de coordinación, no hay que desdeñar en absoluto la clara relación existente entre ambos términos, pues a nadie se le oculta que una correcta coordinación sólo será posible con la colaboración de los sujetos implicados en la misma.

En fin, sólo queda señalar que el resto de Estatutos correspondientes a las Comunidades Autónomas de régimen común no contienen *referencias expresas* a la coordinación en estas actividades, aún cuando dicha omisión tiene una importancia bastante relativa al estar todas ellas sometidas en el ejercicio de su autonomía financiera a la LOFCA, como se encargan de recordar los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Galicia, Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares y Castilla y León.



*Artículos*

## **Sobre el nombramiento del Procurador General de Justicia del Estado. Propuesta de Reformas Constitucionales**

José Lorenzo Álvarez Montero\*

**RESUMEN:** El presente ensayo aborda el problema suscitado entre los poderes Ejecutivo y Legislativo sobre el nombramiento del Procurador de Justicia del Estado de Veracruz. Se explica el sentido de los requisitos para ocupar el cargo, que han dado lugar a dudas y controversias, y se formula una propuesta que evite en lo futuro el enfrentamiento entre los citados poderes sobre tan importante designación.

**Palabras claves:** Designación del Procurador de Justicia del Estado de Veracruz.

**ABSTRACT:** *The present essay approaches the problem between the executive and legislative authorities on the appointment of the Attorney General of the state of Veracruz. The sense of the requirements is explained to hold the position, that has given rise to doubts and controversies, and a proposal that avoids the fight between the authorities mentioned on such an important designation in the future is formulated.*

**Key words:** Attorney General of the state of Veracruz designation

**SUMARIO:** 1. División de poderes y justicia penal. 2. Ministerio Público y Procuración de Justicia. 3. Designación del Procurador General de Justicia. 3.A. Requisitos para ser Procurador. 4. Reforma judicial a la Constitución de Veracruz de 1997. 5. Conclusiones. 6. Propuestas. Bibliografía.

### **1. División de poderes y justicia penal**

El principio de la división de poderes concebido por Montesquieu pretendió desterrar el absolutismo y proteger la libertad, pero en modo alguno fue su propósito obstruir el

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Almería, España; Doctor en Filosofía con Especialidad en Educación por Atlantic International University; Maestría en Educación con Especialidad en Metodología de la Enseñanza Superior; Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y catedrático de la facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

funcionamiento del estado. Por el contrario, estableció medios de comunicación y contactos para perfeccionar y hacer eficaces los actos de los poderes públicos.

En esta estrecha colaboración de poderes, el perfeccionamiento de los actos de autoridad y la protección de la libertad esta la esencia del principio de la división de poderes.

Acorde al citado propósito deben actuar los titulares o representantes de los poderes públicos, cada uno dentro del ámbito de sus competencias y en ejercicio estricto de sus atribuciones y con miras en el bienestar de la comunidad.

Una de las atribuciones más importantes del Estado en beneficio de la sociedad es la impartición de justicia, que en materia penal, de acuerdo al sistema jurídico mexicano, se inicia con la investigación ministerial a cargo de los servidores de la Procuraduría General de Justicia, sea federal o estatal y en su caso, la respectiva consignación ante los tribunales correspondientes.

Así, en la justicia penal resulta indispensable la participación del órgano acusador para que el juzgador inicie el procedimiento, pues, si no hay consignación ante los tribunales, éstos están impedidos para actuar.

Este sistema exige la debida integración de la institución encargada de la procuración de justicia, es decir, la constitucional y legal designación de los servidores encargados del ministerio público a fin de que sus funcionarios actúen conforme a la ley, ya que la falta de legalidad en su actuación, impediría prácticamente someter a juicio múltiples delincuentes y tipificar incluso, los propios funcionarios, el delito de abuso de autoridad.

## **2. Ministerio Público y Procuración de Justicia**

De conformidad con el artículo 52 de la Constitución Política del Estado de Veracruz, la procuración de justicia está a cargo del Ministerio Público, órgano dependiente del Poder Ejecutivo, cuyas funciones se manifiestan en **vigilar el cumplimiento de las leyes**, ejercer las acciones contra los infractores de las mismas, así como las que tengan por objeto la efectiva reparación del daño causado y las que tiendan a la protección de los derechos de la víctima del delito.

La primera observación a lo señalado consiste en que el Ministerio Público depende del titular del Poder ejecutivo, cuando por la naturaleza misma de sus funciones, la institución debe ser autónoma, y no depender de ningún poder.

Para precisar: ¿Qué debe entenderse por naturaleza de sus funciones? La investigación de los infractores de la ley y éstos, no solo son los gobernados, los más grandes delincuentes son los gobernantes y si la investigación y la consecuente consignación a los tribunales dependiera de algún poder, pues entonces es muy seguro que éste interviniera para crear delincuentes o presentar como inocente a quienes verdaderamente son delincuentes. Por ello la entidad encargada de procurar justicia debe ser autónoma y sus resoluciones o determinaciones sujetos a la jurisdicción y sus integrantes a las responsabilidades respectivas.

Estos dos aspectos indujeron a resolver conforme a derecho y observar una conducta ética en el ejercicio de tan importante función

Sobre el particular recordemos que el artículo 42 de la citada Constitución dispone que el Poder Ejecutivo se deposita en “*un solo individuo*”, denominado Gobernador del Estado. Corolario de esto, es que el Ministerio Público depende de una persona. Dependencia que obstruye, enrarece, nubla, enturbia su función y da lugar a constantes inconformidades, dudas y hasta sospechas sobre la rectitud de su actuación.

El reclamo de autonomía se debe a que tal y como esta legislado actualmente el Ministerio Público depende de un individuo.

Abundando sobre la necesidad de autonomía del órgano encargado de procurar justicia, es indispensable tener presente que quienes la invocan son o se consideran víctimas de delito, que han sufrido el ilícito por falta de seguridad, por la ineficiencia de la prevención del delito, por el fracaso de la readaptación social, y exigen como gobernados, que se les haga justicia, por lo que la actuación del Ministerio Público debe ser transparente, sin sospecha de influencia económica o política, sin consigna de ninguna clase, que pudiera pervertir la investigación correspondiente, aspecto que puede eliminarse con la autonomía, es decir, no dependencia y desde luego con las responsabilidades que deben hacerse efectivas a través también de procedimientos claros y sencillos.

La señalada exigencia victimal al Ministerio Público tiene como fundamento el hecho de que la víctima del delito o los agraviados han sido expulsados del proceso penal como partes, quedando en manos del Ministerio Público, como su representante, la suerte de la investigación y de su actuación ante los órganos jurisdiccionales.

Efectivamente, el artículo 4 de nuestro Código de Procedimientos Penales dispone que son partes en dicho procedimiento el Ministerio Público y el inculpado y su defensor. En este sentido los restantes Códigos de Procedimientos Penales de la República.

Esta disposición que debe adicionarse, es una de las mayores infamias hacia la víctima que no puede defender su propia causa.

Por esta razón se requiere de funcionarios honestos y con la autoridad suficiente para determinar sobre el ejercicio o no de la acción penal y para vigilar el cumplimiento efectivo de la reparación del daño, como lo dispone el artículo 6 del propio Código que a la letra ordena: “Se prestará atención oportuna y suficiente a los intereses legítimos y derechos de la víctima o de sus causahabientes, proveyendo a uno u otros, según sea el caso, por conducto de la Procuraduría General de Justicia, de la asistencia jurídica competente y gratuita que requieran, escuchando sus pretensiones y restituyéndolos en el ejercicio de sus derechos reales o personales y en el disfrute de los bienes afectados por el delito, conforme a las previsiones de la ley.”

Un segundo aspecto consiste en distinguir entre la función y los órganos encargados de realizar la procuración de justicia.

Ministerio significa servicio o función que se manifiesta en un conjunto y diversidad de actos conectados entre si para el logro de un objetivo ó finalidad. En tanto que público es lo de la comunidad o sociedad. De aquí que unidas las expresiones citadas, el Ministerio Público es el servicio o función que se brinda a la sociedad consistente en vigilar el cumplimiento de la ley para lo cual ejerce las acciones mencionadas al principio de este apartado.

Ahora, este servicio público se ejerce a través de la Procuraduría General de Justicia, entidad jerárquicamente organizada con unidad de mando, la cual esta dirigida por el Procurador de justicia e integrada, entre otros, por los servidores que por brindar el

servicio señalado se denominan Agentes del Ministerio Público, en sus diversas modalidades; investigadores, Conciliadores, Adscritos, Auxiliares, Municipales, etc.

Formulada la distinción considero que debe modificarse la disposición que refiere que el Ministerio Público (como función) depende del poder ejecutivo o precisar que esa función se realizará por conducto de la Procuraduría General de Justicia.

### **3. Designación del Procurador General de Justicia**

El artículo 53 de la Constitución Política del Estado dispone que el Ministerio Público estará a cargo del Procurador General de Justicia que para el ejercicio de sus funciones contará con los subprocuradores, agentes, policía ministerial y demás personal necesario quienes estarán bajo su autoridad y mando directo, personal que solo quien sea Procurador puede nombrar ya que entre otras, esa es una facultad indelegable como lo dispone el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría que a letra dice:

“Artículo 24. Son facultades indelegables del Procurador, las siguientes:

- I. Resolver sobre el desistimiento de la acción penal;
- II. Resolver sobre el desistimiento del recurso de apelación ante las Salas del Tribunal Superior de Justicia.
- III. La autorización para pedir la revocación de la orden de aprehensión;
- IV. Revisar las conclusiones conforme lo dispuesto por la legislación penal aplicable, y
- V. Nombrar, otorgar licencia o cesar en sus funciones, libremente, al personal de confianza de la institución.”**

De esta manera ningún otro funcionario que sea no el procurador puede ejercer las facultades citadas, de hacerlo cometería un delito.

Por otro lado, al constituir un servicio público, un servicio al pueblo, se justifica que sean los poderes democrática o popularmente constituidos los que participen en el proceso de nombramiento del Procurador General de Justicia, dándole a cada poder, legislativo y ejecutivo, una atribución precisa y una solución en caso de oposición entre los mismos para tal designación.

Asimismo, para asegurar la autonomía de la Procuraduría, tanto en el nombramiento como en la destitución, si fuera el caso, deben participar ambos poderes.

Así, considerando el peso democrático y político del Poder legislativo, como órgano de representación popular, reflejo de la pluralidad de los complejos sociales, al Congreso correspondería nombrar al Procurador dentro de la terna que propusiera el titular del Poder Ejecutivo, con las modalidades y supuestos que se formulan en la propuesta concreta al final del presente ensayo.

#### **3.A. Requisitos para ser Procurador**

Adentrándonos al proceso para el nombramiento del Procurador como titular de la dependencia, tal y como se encuentra legislado actualmente, el segundo párrafo del artículo 53 de nuestra Constitución local, indica que para ser procurador general de justicia se

deberán reunir las mismas condiciones exigidas para ser magistrado, señaladas en el artículo 58 del propio texto constitucional.

El precepto indicado contiene requisitos de carácter positivo y de carácter negativo. Los primeros se manifiestan en los verbos ser, haber, tener, poseer, contar y gozar; en tanto los segundos, se traducen en no haber, no pertenecer, no ser.

Así, las citadas fracciones del artículo 58, indican:

*I.- Ser veracruzano y haber residido en la Entidad durante los dos años anteriores al día de la designación; o mexicano por nacimiento con vecindad mínima de cinco años en el Estado; en ambos casos, ser ciudadano, en pleno ejercicio de sus derechos;”*

*II.-Tener, cuando menos, treinta y cinco años cumplidos al día de la designación;*

*III.-Poseer, al día del nombramiento, título de Licenciado en Derecho expedido por autoridad o institución legalmente facultada, con una antigüedad mínima de cinco años, y contar, preferentemente, con estudios de posgrado, o con experiencia profesional en la judicatura o ejercicio de la profesión no menor de ese lapso;*

*IV.- Gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente su buena fama, lo inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena;*

*V.-No pertenecer al estado eclesiástico, ni ser ministro de algún culto religioso, a menos que se separe conforme a lo establecido en la Constitución Federal y la ley de la materia;*

*VI. Los demás requisitos que señale la ley.*

Como se observa, la última fracción prescribe: *“los demás requisitos que señale la ley”*, que es precisamente la orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 4 se contienen los requisitos para ser magistrado y que son los mismos, con excepción de la edad que la fracción VI agregaba: no tener más de 70 años de edad, la que se derogó por reforma publicada en la Gaceta Oficial número 172 de 27 de agosto de 2004.

Los requisitos señalados en las citadas fracciones de los respectivos preceptos, 58 Constitucional y 4 de la Ley correspondiente los considero claros, que no dan lugar a dudas. Sin embargo, el párrafo que sigue a las fracciones sextas de ambos preceptos he observado que sí provocaron dudas y controversias.

#### **4. Reforma judicial a la Constitución de Veracruz de 1997**

Para buscar una solución, me permito exponer mi opinión, que presumo de objetiva, por no moverme ningún interés personal, sino únicamente el debido cumplimiento de la Constitución. En primer lugar, requiere precisarse que los requisitos están en las fracciones del artículo 58, por ello concluye la fracción VI *“los demás requisitos que señale la ley”*, es decir. *“de aquí son todos, no hay más”*.

El referido párrafo ya no tiene requisitos sino una prohibición que se aplica ***única y exclusivamente a los magistrados***, sin poder ampliarla por medio de una interpretación extensiva, que revertiría el propósito para la que fue creada, al Procurador u otros servidores judiciales y ministeriales.

Para justificar lo anterior, es necesario recodar que el citado párrafo proviene de la reforma judicial a la Constitución de Veracruz, publicada en la Gaceta Oficial número 34 de 20 de marzo de 1997, que a su vez tuvo su origen en la reforma judicial de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1994, en cuya adición al artículo 116, fracción III, se lee: *“Los Magistrados integrantes de los Poderes Judiciales Locales, deberán reunir los requisitos señalados por las fracciones I a V del artículo 95 de esta Constitución. No podrán ser Magistrados las personas que hayan ocupado el cargo de Secretario o su equivalente, Procurador de Justicia o Diputado Local, en sus respectivos Estados, durante el año previo al día de la designación”*.

Para mayor ilustración se transcriben las 5 fracciones del artículo 95 de la Constitución Federal, que ella misma ordena debe cubrir los magistrados locales:

**“Artículo 95.** Para ser electo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se necesita:

- I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles;
- II. Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación;
- III. Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello;
- IV. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena;
- V. Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y”

Debe indicarse que el citado artículo 95 contiene 6 fracciones y precisamente la sexta fue excluida por el constituyente permanente. Dicha fracción VI indica “VI. No haber sido secretario de estado, jefe de departamento administrativo, Procurador General de la República o de Justicia del Distrito Federal, Senador, Diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento”

Ahora bien, el espíritu de la adición la encontramos en la iniciativa y dictamen del Presidente Ernesto Zedillo y de las Comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales de la Cámara de Senadores respectivamente, que a la letra dicen:

*“Al ocuparse el Ejecutivo, en su propuesta de reforma, de los requisitos que el artículo 95 de la Constitución exige para el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantea que no haya ya edad límite, aumenta el plazo de la antigüedad profesional, reduce, pero precisando, la antelación de la residencia en el país y **agrega las hipótesis negativas de impedimento para el mismo efecto también propone un último párrafo que perfila las características humanas, morales y profesionales de las personas en quienes puedan recaer los nombramientos de Ministros**. En este último párrafo la Comisión redactora consideró conveniente las modificaciones que sugirieron los legisladores que participaron en los trabajos que informan y fundamentan este dictamen, mejorando el texto en su redacción y construcción sintáctica. De esta manera se prefirió especificar el título profesional de licenciado en derecho en lugar de la locución genérica de abogado, por ser la primera la que se reconoce por las autoridades competentes<sup>1</sup>*

*Asimismo, en los presupuestos de tiempo que contiene la nueva fracción VI de este artículo, se estimó aceptable mejorar su hipótesis para prever también el caso, natural y lógico, de que el plazo para retirarse de tales cargos y quedar habilitado para ocupar el de Ministro de la Corte, corra desde el momento en que ordinariamente se terminen los períodos de ejercicio de los Secretarios de*

---

<sup>1</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, primera sección, de la Cámara Senadores del Congreso de la Unión pág. 43.

*Estado, legisladores federales, Procurador, Gobernador y los otros referidos. Asimismo, se ha considerado pertinente elevar dicho plazo a un año, con el fin de prevenir un tránsito inmediato de los puestos de la administración pública a los cargos de la judicatura. En consecuencia, la fracción VI del artículo 95 quedará como sigue:*

*"VI.- No haber sido secretario de Estado, jefe de departamento administrativo, Procurador General de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento."*<sup>2</sup>

**Atento a lo anterior, el párrafo que sigue a la a la fracción VI de los preceptos multicitados solamente se aplica a los magistrados y no al nombrado para ser procurador, de manera que no existe ninguna interpretación que autorice su extensión.**

Cubiertos los requisitos legales el nombramiento corresponde al Gobernador y la ratificación al Congreso.

Nombrar significa elegir o designar a una persona para un cargo, empleo, oficio o comisión. En tanto que ratificar consiste en aprobar o confirmar actos dándolos por valedores.

De este modo, la designación del Procurador exige dos momentos sucesivos y dos instancias que deben coincidir en la apreciación del designado.

En un primer momento, el Ejecutivo valora si la persona que considera adecuada para el cargo cubre los requisitos legales o no. De observarlos lo nombra. Sobre este particular vale preguntarse ¿sólo se analizan los requisitos legales o se valoran otras cualidades, o virtudes?, ¿influyen otros aspectos?, porque los requisitos legales los reúnen cientos de personas, así qué ¿porqué precisamente una en particular?, porque le reconoce mejor preparación, formación académica, integridad intelectual, edad, salud física y mental, exento de vicios, virtudes de rectitud, imparcialidad, honestidad, es motivo de reconocimiento o admiración, amistad, ¿cuáles son los motivos por el que entre tantos se elige uno?.

Lo anterior nos lleva a la ratificación por el Congreso. ¿Los señores diputados solo deben moverse en el estrecho espacio de los requisitos legales y comprobar que éstos los cubre el nombrado? ¿o tienen la potestad de apreciar otros elementos que a su parecer debe cubrir la persona nombrada.?

Si la respuesta fuera solo comprobar que se observan los requisitos legales, entonces ¿para qué una votación calificada de dos terceras partes del número total de los integrantes del Congreso? ¿No sería suficiente la simple mayoría?.

La mayoría calificada da oportunidad de que se manifiesten diversas opiniones que se traducen en votos a favor o en contra, exige elementos contundentes de razón para lograr un consenso y otorgar mayor legitimidad al designado, formándose así la voluntad estatal mediante deliberaciones razonadas. El elemento esencial es pues el convencimiento y no la imposición. Lo que nos lleva a considerar que los señores diputados tienen un espacio mayor de reflexión que les permite analizar otros elementos tan importantes o más que los estrictamente legales.

Sobre el particular, Carl Schmitt sostiene que, una ley constitucional no puede prescribir e imponer las cualidades personales que son necesarias para cumplir a

---

<sup>2</sup> Idem. pág. 44



satisfacción un cargo, función o empleo que le sea asignado a una persona, pero ello no significa, sin embargo, una negación de la importancia práctica y aún teórica de semejantes cualidades<sup>3</sup>

Los valores que permean la procuración de justicia son aquellos por los que los seres humanos y los pueblos han ofrendado su vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad y la vida. Y los mismos deben estar garantizados por una conducta moral, ética, que no retuerza la ley por los intereses de quienes tienen a su cargo tan delicada misión, para lo cual se requiere fortaleza moral, proclividad por la justicia, objetividad, imparcialidad, honestidad y honradez.

La moralidad y la legalidad no están divorciadas, por el contrario se complementan y exigen su acoplamiento en todo lo relacionado con la justicia.

Para fortalecer el aserto anterior, transcribimos la parte correspondiente de la citada iniciativa presidencial y dictamen respectivo sobre la reforma judicial a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se puede leer lo siguiente:

*... también propone un último párrafo que perfila las características humanas, morales y profesionales de las personas en quienes puedan recaer los nombramientos de Ministros ...” “igualmente, en la segunda parte de la fracción VI del artículo 95, se adecuó su texto, por lo que cabe justificar dos de sus cambios. Las hipótesis de los perfiles de las personas que, aún cubriendo los requisitos formales, puedan ser prospectos para recibir un nombramiento presidencial, invocan la exigencia de reconocer entre sus cualidades la eficiencia, la capacidad y la probidad como impartidores de justicia en un primer caso, pero también a los distinguidos por su honorabilidad, competencia y profesión en el ejercicio de cualquier área, ámbito, quehacer o tarea de la actividad jurídica .*

*Se quiso redactar de una manera tan amplia y comprensiva que no provocara ninguna interpretación excluyente, pero tampoco tan exigente que limitará las facultades de nombramiento del Ejecutivo, en perjuicio de la posibilidad de contar con una amplia gama de prospectos y candidatos....”* <sup>4</sup>

*“... examinando con cuidado el cumplimiento de los requisitos formales y, particularmente, las características de valor humano y profesional de quienes ocuparán en el órgano superior de un Poder Constitucional quien tiene a su cargo la delicada e insustituible misión de velar por el respeto de todo tipo de actos y leyes al texto de la Constitución de la Nación. ...”* <sup>5</sup>

De manera concreta sobre el Procurador el Dictamen señaló: “...además de los requisitos formales del sujeto que lo desempeña, requiere una serie de atributos de personalidad profesional, que aseguren a la República el ejercicio más cuidadoso y equilibrado que pueda hacerse del ministerio de la procuración de justicia mexicana. ...”<sup>6</sup>

Por ello, considero que tanto el gobernador como los señores diputados tienen ese importante y trascendental espacio de reflexión para llegar al entendimiento, al consenso sobre la persona que debe ser Procurador General de Justicia, recordando el fin principal del estado, de los poderes públicos y sus servidores, debe ser “el bienestar general”, por así

---

<sup>3</sup> Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1998, p. 220.

<sup>4</sup> Idem, pág.45.

<sup>5</sup> Idem, pág. 46

<sup>6</sup> Idem, pág. 57

disponerlo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 39: “... *todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este*”

## **5. Conclusiones**

1. Se debe reconocer la coordinación entre los poderes públicos para el nombramiento del Procurador respetando a cada poder su espacio de reflexión para ejercer debidamente su atribución.
2. Para evitar futuros enfrentamientos entre los poderes públicos que siempre van en perjuicio de la sociedad, y para regular mejor en procedimiento por el que se designa Procurador resulta conveniente modificar el segundo párrafo del artículo 53 de la Constitución de la entidad:

## **6. Propuestas**

Adicionar un segundo, tercero y cuarto párrafos al artículo 53 y derogar los actuales segundo y tercer párrafos para quedar como sigue:

Art. 53. ...

El Procurador General de Justicia será nombrado por el Congreso del Estado en sesión permanente de la terna que proponga el ejecutivo y previa la comparecencia de los propuestos ante las Comisiones Legislativas correspondientes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Congreso no resuelve dentro de dicho plazo, será Procurador la persona que, dentro de dicha terna, nombre el gobernador del Estado.

En caso de que el Congreso rechace la terna propuesta, el ejecutivo someterá una nueva. Si esta segunda terna fuera rechazada o el Congreso no nombrara Procurador dentro del plazo señalado, el gobernador nombrará, dentro de la terna, al Procurador del Estado.

Para ser Procurador se requiere:

- I. Ser veracruzano y haber residido en la Entidad durante los dos años anteriores al día de la designación; o mexicano por nacimiento con vecindad mínima de cinco años en el Estado; en ambos casos, ser ciudadano, en pleno ejercicio de sus derechos;
- II. Tener, cuando menos, treinta y cinco años cumplidos al día de la designación;
- III. Poseer, al día del nombramiento, título de Licenciado en Derecho expedido por autoridad o institución legalmente facultada, con una antigüedad mínima de diez años;
- IV. Contar, preferentemente, con estudios de posgrado, o con experiencia profesional en la procuración o impartición de justicia o ejercicio de la profesión no menor de ese lapso;
- V. Gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente su buena fama, lo inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; y
- VI. No pertenecer al estado eclesiástico, ni ser ministro de algún culto religioso, a menos que se separe conforme a lo establecido en la Constitución Federal y la ley de la materia.

El nombramiento de Procurador deberá recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la procuración o

impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia, actividad académica y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.

### **Bibliografía**

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Porrúa, México, 1990.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1998.

### **Legisgrafía:**

Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1994

Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, primera sección, de la Cámara Senadores del Congreso de la Unión, 1994

*Gaceta Oficial* número 34 de 20 de marzo de 1997

*Gaceta Oficial* número 172 de 27 de agosto de 2004

Ley Orgánica de la Procuraduría del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

## Los signos principales del Proceso Electoral del 2004 en Veracruz

Héctor Carreón Rojano\*

**RESUMEN:** El autor estudia el pasado proceso electoral del mes de septiembre del año 2004 en Veracruz, donde fueron elegidos Presidentes Municipales, Diputados Locales y Gobernador del Estado. Un rasgo importante en estos comicios, fue también la presencia del voto diferenciado con dos efectos bien marcados.

Por un lado, dentro del actuar del Congreso trajo consigo un cambio en el sistema de partido, pues pasa de ser de un modelo Bipartidista a uno Pluralista moderado, cuya característica más sobresaliente, reside que al interior del Legislativo ningún partido obtiene mayoría por sí solo, sino que sus acuerdos son tomados por el consenso de todos. Por el otro lado, dio margen a la presencia de un Gobierno Dividido, cuyo significado en Ciencia Política estriba que un partido domina el Poder Ejecutivo y otro partido manda en el Poder Legislativo.

Estos rasgos sin duda hacen notar un avance significativo en el sistema democrático que vivimos en Veracruz.

**Palabras claves:** Proceso Electoral, Voto Diferenciado, Sistema de Partidos, Gobiernos Divididos.

**ABSTRACT:** *The author studies the September 2004 elections in Veracruz, when the Municipal Presidents, the Local Deputies and the State Governor were chosen.*

*One important feature of these elections was the presence of the differentiated vote, with two marked effects.*

*On one hand, this electoral behavior -a product of the use of the differentiated vote- had two fundamental signs within the political regime of Veracruz. Firstly, within the operation of the congress, there was a change in the party system; it went from a two-party system to a moderate multi-party system, whose most outstanding characteristic is that within the Legislature, no party obtains its own majority, the decisions are made by a consensus of everyone. Secondly, it brought about a Divided Government, whose significance in terms of Political Science means that one party dominates the Executive and another is in charge of the Legislature.*

*Without a doubt, these features draw attention to a significant advance in the democratic system in which we live in Veracruz.*

**Key words:** *Electoral Process, Differentiated Vote, System of Parties, Divided Governments.*

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con estudios de Licenciatura, Especialidad, Maestría y Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, así como estudios de Doctorado en Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid.

**SUMARIO:** Generalidades. 1. El Voto Diferenciado. 2.Cambio de Sistema de Partidos en Veracruz. 3. Gobiernos Divididos. 4. ¿Es nuestro Sistema Electoral Local un Régimen Democrático?. Conclusión. Bibliografía.

## **Generalidades**

Resultan ser varios los signos importantes que nos deja el pasado proceso electoral del 5 de septiembre del presente año, esto se comprende al darle lectura a los resultados de las votaciones recabadas en el seno del Instituto Electoral Veracruzano. Sin embargo, aún cuando hasta hace unos días el Tribunal Federal Electoral, ratificó la constancia de mayoría para Gobernador Electo del periodo 2004-2010, a favor del Licenciado Fidel Herrera Beltrán, abanderado de la Alianza por la Fidelidad, por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia, está resolviendo los recursos de inconformidad<sup>1</sup> respecto a los Ayuntamientos, así como el propio TRIFE como instancia última, recibe las impugnaciones finales para que concluyan formalmente estos comicios locales. No se debe olvidar que la fase jurisdiccional también juega un papel importante, pues de sus resoluciones depende si las elecciones se apegaron a la Ley o tuvieron vicios de ilegalidad que conllevarían a su anulación.

Pero volviendo a la razón que nos motiva para hacer los comentarios sobre estos comicios un signo importante que destaca, es el hecho de celebrarse por primera vez las elecciones en un solo momento, al seleccionar Gobernador, Diputados y Ayuntamientos, siendo estos últimos los que le dieron un toque muy especial, por tratarse de procesos tradicionalmente muy participativos en la Entidad, al grado que acudieron a votar a las urnas,<sup>2</sup> cerca del 60.77% de ciudadanos inscritos en el padrón electoral constituido, algo así como 4,608,618, cifra superior a la registrada en los dos últimos procesos electorales locales y superior a la media nacional en lo que se refiere a este tipo de elecciones, la cifra alcanzada de 2,945,927 sufragios, es la mayor en número de votantes de toda la historia estatal y consecuentemente, por el momento el signo negativo del abstencionismo desaparece dentro del escenario político local.

Para la afluencia de esta participación ciudadanía, la maquinaria electoral instaló a lo largo y ancho del territorio estatal en los 30 distritos y 212 municipios, 8,766 casillas, es decir, todas las previstas, entre básicas, contiguas, especiales y extraordinarias atendidas por 26, 298 funcionarios de casilla.

La jornada electoral tuvo algunos incidentes que son comunes en estos casos, pero en términos generales fueron tranquilas sin mayores contratiempos, para que los sufragantes emitieran su voto de manera transparente, creando un clima de entera libertad para que los votantes expresaran su voluntad política.

---

<sup>1</sup> El PAN con un total de 74 impugnaciones 30 para gobernador, 41 contra alcaldías y 3 para diputados, la Alianza por la Fidelidad integrada por el PRI, el PVEM y el PRV, con 67 todas contra las alcaldías, y Unidos por Veracruz, constituida por Convergencia por la Democracia, el PRD y el PT, con un total 72 recursos 30 para gobernador, 38 de alcaldes, 4 de diputados, es la única coalición que impugnó el 20% de las casillas por más de 500 000 votos buscando anular la elección.








<sup>2</sup> Fuente: Instituto Electoral Veracruzano

El Programa de Resultados Electorales Preliminares puesto en marcha en el Instituto Electoral Veracruzano, trajo consigo ciertos contratiempos, sobre todo para dar los resultados de la elección de Gobernador, motivados por la lentitud con que llegaron las actas de los distritos, que finalmente fueron dados estos resultados junto con el de ayuntamientos y diputados de mayoría relativa. El 3 de noviembre del 2004 en la última instancia el Tribunal Federal Electoral, resolvió finalmente la distribución de las curules de representación proporcional que junto a la de mayoría quedaron en los siguientes términos: PAN 21; PRI 19; PRD 6; PVEM 2; CONVERGENCIA1; PT 1. Sin embargo, también por primera vez en la historia, el Partido Revolucionario Institucional convence a los 2 Diputados del Partido Verde Ecologista de México y uno más del Partido del Trabajo, para que renuncien respectivamente, a su militancia partidista y se incorporen a las filas del Revolucionario Institucional, con lo que logra tener 22 diputaciones, una más que el PAN y consecuentemente el control de la Coordinación Política del Congreso del Estado. No obstante, que con esta acción funcionaron los acuerdos en la distribución de las Comisiones al interior de la Legislatura, este tipo de prácticas quíerese o no, al no estar previstas en la Ley de todas maneras alteran la voluntad manifestada en los comicios por el electorado, lo que debe de llamar la atención del propio legislador para adecuar la Ley en los casos posteriores.

## **1. El voto diferenciado**

Otro de los signos que se distingue dentro de esta coyuntura electoral, olvidándonos un poco de que el voto se emite de acuerdo a las circunstancias de cada elección, o bien, según los candidatos, que la oferta política, el desempeño del gobierno, o en su caso, a la situación económica, así como la de analizar las distintas clases que existen dentro del plano comicial del voto inestable, el voto duro, el voto de castigo, etc. etc. sólo nos limitaremos a hablar en el presente artículo de la presencia en estas elecciones del *voto diferenciado*.

En la praxis este fenómeno se presenta cuando en el electorado se distingue una conducta impredecible al momento de votar, pues sucede que es en este acto, como sucedió en la citada pasada jornada electoral del 5 de septiembre, que la ciudadanía votó por un candidato de determinado partido o alianza, para el cargo de Gobernador, pero resulta coincidentemente que en este mismo proceso, votaron por un partido distinto y consecuentemente por otros candidatos, al seleccionar a los Diputados de mayoría relativa, e inclusive, al observar los resultados de los Ayuntamientos, quedaron repartidos entre las tres fuerzas partidistas que contendieron en este proceso. Esto se puede graficar en los siguientes términos:

Gobernador	Diputados	Ayuntamientos
	 21	 80
	 22	 70
	 7	 42
		Partido Regional Veracruzano 10
		En conflicto 1
<b>Totales 1</b>	<b>50</b>	<b>212</b>

Como se puede apreciar los principales efectos de la emisión del voto diferenciado por la ciudadanía veracruzana, guarda una importancia sin precedentes en la historia política del Estado, a simple vista se desprende que el partido que había venido ostentando el poder en los últimos comicios deja de serlo, al perder el control del Congreso Estatal y perder más de la mayoría de los Ayuntamientos, conforme al cuadro anterior 21 diputaciones van al control de Acción Nacional y 7 para la bancada de la Alianza Unidos por Veracruz, es decir, que en el Congreso el electorado decidió que fueran 28 curules para la oposición, frente a 22 diputaciones del PRI, quien aún conserva el Poder Ejecutivo. En este caso, la oposición puede hacer la mayoría simple en el Congreso, pero ninguna de las tres fuerzas puede obtener por sí sola, la mayoría calificada para la toma de decisiones fundamentales dentro del Poder Legislativo.

La presencia del voto diferenciado y la cohabitación en el gobierno tienen sus antecedentes en México en las elecciones federales de 1997, en las que el PRI perdió la mayoría de escaños en el Congreso de la Unión, pero conservaba el Poder Ejecutivo y posteriormente en el proceso electoral del 2000 el partido mayoritario perdió la Presidencia de la República, pero el PRI ya en la oposición producto del voto diferenciado tanto en estos comicios, así como en las elecciones intermedias del año 2003, dio como resultado que la oposición tuviera la mayoría en el Congreso Federal.

Este fenómeno que se fue extendiendo dentro del régimen político de las Entidades Federativas. Sin embargo, Veracruz estaba ajeno al mismo hasta las pasadas elecciones del 5 de septiembre del año de 2004, fecha en que se obtuvieron los resultados antes señalados.

## 2. El cambio de sistema de partido político en Veracruz

Hemos señalado que uno de los principales signos de la expresión de esta gran voluntad electoral demostrada por el pueblo veracruzano, se relaciona con la división y distribución del *Poder*, por el voto entre las tres grandes fuerzas que contendieron. Sin embargo, otro cambio importante que se desprende por esta misma causa, es el cambio de régimen de partido dentro del Congreso del Estado.

Al respecto, apoyándonos en la formula del politólogo de la Universidad de Yale, Douglas Rae, podremos determinar el índice de fragmentación electoral y ver claramente este gran cambio, mediante el estudio comparativo de los tres últimos procesos electorales efectuados en Veracruz en el Congreso Local.

De esta manera, el primer ejercicio sobre la LVII Legislatura del Estado, los escaños estuvieron repartidos de la siguiente forma:

### CONCENTRADO ESTATAL 1998

PAN	PRI	PRD	PT	PVEM	TOTAL DE ESCAÑOS
9	27	7	1	1	45

La formula Rae a aplicar es:  $NEP = \frac{1}{E \sum i^2}$

$$NEP = \frac{1}{0.20^2 + 0.60^2 + 0.155^2 + 2.2^2 + 0.02^2 + 0.022^2 + 0.02^2}$$

$$NEP = \frac{1}{0.04 + 0.36 + 0.02425 + 0.004 + 0.004}$$

$$NEP = \frac{1}{0.432025}$$

### NEP = 2. CONCENTRADO ESTATAL 2000

PAN	PRI	PRD	PT	PVEM	CONVERGENCIA	TOTAL DE ESCAÑOS
11	27	4	1	1	1	45

$$NEP = \frac{1}{E \sum i^2}$$



$$\text{NEP} = \frac{0.05+0.36+0.008+0.00484+0.00484}{1} = 0.428968$$

$$\text{NEP} = 2.$$

### CONCENTRADO ESTATAL 2004

PAN	PRI	PRD	CONVERGENCIA.	TOTAL DE ESCAÑOS
21	22	6	1	50

$$\text{NEP} = \frac{1}{0.1764+0.1936+0.0144+0.004} = 1$$

$$\text{NEP} = \frac{1}{3.848} = 3.8$$

Antes de hacer un balance para precisar los efectos particulares de los resultados de la aplicación de la fórmula de Rae en estos procesos, es indispensable ver el papel que representa para cualquier régimen político la estructura de su sistema de partidos. Sobre este particular, nos ilustra el distinguido maestro Dieter Nohlen,<sup>3</sup> que por sistema de partidos en un Estado, se consideran los efectos que los caracterizan, su estructura, cantidad de partidos, las relaciones entre sí, tanto respecto a la magnitud de ellos, como a sus fuerzas relacionales y en tercer lugar, las ubicaciones respectivas, ideológicas y estratégicas, las relaciones con el medio circundante con la base social y el sistema político.

Por su parte, sostiene el politólogo de la Florencia Sartori en su obra,<sup>4</sup> que el sistema de partidos políticos, no sólo organiza al pueblo en su participación política y la defensa de sus derechos, sino que son verdaderos laboratorios de análisis de la realidad que se vive y que busca solución a sus problemas, es todo un sistema porque da competencia a

<sup>3</sup> Dieter Nohlen *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, 2º Edición, México, 1998.

<sup>4</sup> Giovanni Sartori, *Partidos Políticos y Sistemas Electorales*, Alianza, Madrid 1999.

los partidos a proponer candidatos en los procesos comiciales, en busca del poder para hacer gobierno.

En la doctrina la mayoría de los especialistas se han puesto de acuerdo y reconocen la clasificación del maestro Sartori que realiza sobre el sistema de partidos, quien los divide en: unipartidista, bipartidista y pluripartidista. Este orden prácticamente como veremos mas adelante, concuerda mucho con la reciente evolución del sistema de partidos en México y particularmente en nuestro estado.

Cierto, hace apenas aproximadamente un par de décadas que aún vivíamos en nuestro país bajo el sistema de partidos unipartidista, después de una larga trayectoria de mas de 60 años. Este período que Veracruz también lo vivió en su sistema local y esto viene a colación ya que si estamos realizando un estudio sobre esta entidad federativa, lo correcto es que de aquí en adelante hablemos de su sistema y no del nacional. Al respecto, la transición del sistema local de partidos, deviene de un solo partido o partido hegemónico, de tal suerte, que parafraseando a Sartori cuando habla de partido único; debe entenderse, que este partido no es parte del todo, sino es el todo mismo y agrega, que si no es una parte, es pseudo partido y si el todo se identifica con un partido será un pseudo todo, tal como sucedía con el Partido Revolucionario Institucional cuando tenía hegemonía.

Este tipo de sistema de partidos tiene una ideología basada en el principio de la unanimidad, por lo que no aceptaba el disenso, son monofacéticos, porque carecen de partes, como afirma el autor Huntington<sup>5</sup>. Al ser un solo partido, la sociedad se siente encadenada, pero una vez que se abre a la participación, es decir, que se libera, recupera existencia y despierta el interés para la participación de los demás partidos. Lo importante, es dejar de tener la exclusividad y por lo tanto el clientelismo, en este tipo de sistema mata a la oposición, finalmente, el partido de Estado, es una duplicación de este, por confundirse con el Estado mismo.

Por su parte, el sistema bipartidista un primer acercamiento nos lo ofrece Lijphart, al señalar que este régimen al igual que el unipartidista, también privilegia el sistema mayoritario de la democracia, en virtud, que los votantes pueden escoger claramente a sus candidatos de su preferencia entre dos partidos, cuyas políticas publicas son su conocimiento, para ponerlas después en practica en el gobierno que forman.

Ahora bien, sin más preámbulos corresponde señalar las características de sistema de partidos multipartidista, es decir, mas de tres, aun cuando los doctrinarios después de este número hacen una subclasificación, lo que importa ahora es anotar sus notas sobresalientes. Al respecto, brevemente diremos que nuestro autor en consulta Sartori, distingue como circunstancia especial de este sistema que motiva la ampliación del sufragio, así como de la participación, como sucedió en el pasado proceso electoral en Veracruz. Por lo tanto, la sociedad cada día está más politizada en la operación del sistema político y en la canalización de las demandas sociales. Entre mayor es el número de participantes, mayor es el número de necesidades que deben tratarse de acuerdo a su prioridad e importancia para obtener mayor beneficio de la sociedad política demandante.

El sistema pluripartidista se significa a la luz de las interacciones, que es el resultado de la competencia de los partidos participantes, dentro este sistema ningún partido obtiene mayoría por si solo, sino por **Consenso**, es decir, el signo más importante que se

---

<sup>5</sup> Samuel P. Huntington, *Political Order in Chaniging Societies*, Yale University Press, 1968. pp. 403-408

observa dentro de la vida institucional del Congreso, es que se *convierte de un sistema mayoritario a un sistema del consenso*, donde la fuerza o debilidad de los partidos depende de su relativa indisponibilidad o disponibilidad para hacer coaliciones o su capacidad potencial de intimidación o chantaje para llegar o no a los acuerdos. Como se aprecia el pluralismo es enemigo de la regla de la mayoría y coincide con la división del trabajo político y la diferenciación estructural de los partidos que lo integran.

Otro de los signos que sobresalen de este tipo de sistema, es que no producen una contraposición simétrica como sucede en los sistemas bipartidistas entre el partido del gobierno y la oposición, sino que en este caso existen distintas soluciones de yuxtaposición y lo mas distintivo es que el poder de una sociedad, el Estado depende en gran medida de la autonomía como se desenvuelven los partidos que integran este sistema, por ser organizaciones voluntarias de ciudadanos que les permiten canalizar sus expresiones a través del partido al que pertenecen. En resumen, *la regla de oro en el sistema pluripartidista será el consenso y consecuentemente la institucionalización de la oposición*.

Ahora bien volviendo a la aplicación de Formula de Rae cuando el resultado es de 1 y menos de 2, se entiende que se está ante la presencia de un Sistema de Partidos Unipartidista, cuando el resultado es de 2 y menos de 3 el Sistema se denomina Bipartidista y cuando es de tres pero menos de 5, en palabras de Sartori nos encontramos con un Sistema Multipartidista moderado, en virtud de que si pasan de 6, será un Multipartidismo extremo.

Consecuentemente, al aplicarse a los tres últimos procesos legislativos veracruzanos: 1.- Tenemos que los procesos para elegir Diputados realizados en los años de 1998 y 2000, curiosamente al aplicarse dicha fórmula a ambos, dio como resultado un porcentaje igual del **2.3**, que en términos llanos cae dentro de la clasificación de un bipartidismo. Sin embargo, el PRI representó en ambos comicios el 60%, con pequeñas representaciones de los partidos que participaron, lo que nos lleva a afirmar que durante estos procesos electorales el Congreso del Estado rigió un Sistema de Partido Preponderante con partidos pequeños para la toma de decisiones.

La nota que destacamos con el proceso del año 2004, es que al aplicar la multicitada fórmula se obtuvo como resultado un **3.8**, para pasar a establecerse por vez primera en el Congreso del Estado el Sistema de Partidos Pluripartidista moderado.

### **3. Gobiernos divididos**

En la doctrina la autora Fiorina Morris señala en su obra,<sup>6</sup> que por definición donde un mismo partido ocupa el Ejecutivo y controla el Legislativo se denominan gobiernos unificados, pero en el caso contrario, cuando partidos políticos diferentes controlan el Ejecutivo y el Congreso, respectivamente, se habla de gobiernos divididos, esta polarización como dice el maestro de la Universidad de Salamanca Alcántara Sáenz,<sup>7</sup> está íntimamente vinculada con la gobernabilidad, *pues si la política es el arte de gobernar con*

---

<sup>6</sup> Fiorina Morris, *Divided Government*. Ed. Ayin y Bacon, Boston USA, 1996, p. 112.

<sup>7</sup> Manuel Alcántara Sáenz y Flavia Freidenberg, *Los Partidos Políticos en América Latina, Manual de Gerencia Política*, Instituto Nacional Demócrata, Salamanca, 2004.

*este tipo de hacer y quehacer, se deben procurar acciones bien concertadas que reflejen eficiencia y eficacia en el terreno de la praxis política....*

Por su parte Lijphart,<sup>8</sup> al hacer la clasificación de los gabinetes, nos habla de gabinetes de un solo partido frente a gabinetes de coalición multipartidista, o bien, de gabinetes de mayoría escasa frente a gabinetes de minorías y de gabinetes con partidos innecesarios, lo importante es que para su integración depende de gran parte de cómo se definan los partidos políticos y de acuerdo a la visión que tenga el gobernante en turno, sobre la necesidad de invitar para la conformación de su gabinete a personas que no son de su misma afiliación partidista y le allanen el camino para tener un buen gobierno.

La composición y dimensión de los gabinetes resulta ser muy importante, pero para comprobarse es indispensable haber experimentado en la práctica los distintos sistemas de partidos y escoger cual se acomoda mas al realismo político en determinado tiempo y espacio, para el buen funcionamiento y permita un entendimiento entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

#### **4. ¿Es nuestro sistema electoral local un régimen democrático?**

De acuerdo al autor Schumpeter<sup>9</sup> desde hace ya un buen tiempo, señalaba que se considera un régimen democrático, aquel que reúne los siguientes tres requisitos procedimentales, a saber: ***Una competencia, la participación y las libertades civiles.***

Tomando en cuenta estos factores, se considera democrático nuestro sistema político local, porque el ***Poder*** se busca a través de la instrumentación y organización de las elecciones, con la ***competencia*** que se les da a los partidos políticos para postular candidatos y que sean seleccionados libremente por la ciudadanía.

Esta parte teórica si se combina con la realidad política vivida en el proceso electoral del 5 de septiembre a que nos hemos estado refiriendo, resulta interesante saber que fue preparado de acuerdo a las reglas procedimentales previstas en el Código Estatal Electoral, tanto las elecciones para Gobernador, Diputados y Ayuntamientos, se rigieron bajo una serie de principios que regulan la presencia equitativa de los partidos políticos en la contienda electoral, como lo es en el presente caso el PAN, la Alianza por la Fidelidad y Unidos por Veracruz, quienes estuvieron de acuerdo con estas reglas y que postularon sus candidatos a estos puestos de elección popular, para que el pueblo veracruzano decidiera como lo hizo a través del voto libre a los candidatos de su preferencia. Como resultado la geografía del poder en el estado dio un gran cambio, por el voto diferenciado expresado en las urnas, según vimos en el párrafo anterior.

El segundo elemento como lo decíamos en párrafos anteriores, fue un proceso con una gran ***participación*** ciudadana, poco más del 60% del total de sufragantes inscritos en el padrón, razón que demuestra responsabilidad electoral del pueblo veracruzano quien cumplió con sus deberes cívicos en la jornada electoral que se distinguió por ser copiosa, tranquila, sin ningún incidente de sangre, lo que habla del alto grado de cultura política y

---

<sup>8</sup> Arend Lijphart, *Modelos de Democracia*, Ariel Ciencia Política, Barcelona., 2000.

<sup>9</sup> Joseph Schumpeter, *Socialism and Democracy*, Ed. Harper, New York ,1947.

civilidad de nuestra sociedad. Esta práctica se identifica plenamente con las características del régimen de partidos pluripartidista.

Por último, *las libertades civiles* tanto en su ámbito individual como colectivo, estuvieron bien resguardadas por las autoridades electorales, así como por los dispositivos de seguridad pública, que se aplicaron para que los votantes emitieran libremente su voto, sin coacción, amenazas o intimidación, hubo un clima de libertad de expresión y tolerancia, libertad de asociación para llevar a cabo sus actos con la militancia, se respetó el derecho de audiencia y la libertad para acudir a los tribunales e instancias electorales para hacer valer sus derechos cuando los partidos o los votantes, sintieron que se violaba en su perjuicio alguno de sus derechos.

Lo anterior, práctica y teoría no son otra cosa que un fiel reflejo de que Veracruz, empieza a vivir dentro de un auténtico régimen democrático, pues hemos visto que la pasada jornada electoral y sus resultados cumplen satisfactoriamente con los tres requisitos que se requieren según Schumpeter, para que un régimen sea considerado como democrático, pues la falta de uno de estos requisitos la doctrina lo considera como un régimen autoritario, esto último sucedería si se diera el caso, que el gobierno limitara la actuación legal de cualquiera o de todos los partidos políticos que contendieron, o bien, que no fueran respetados los votos, que cambiaran los resultados defraudando la voluntad política de los sufragantes, al no respetarles sus preferencias.<sup>10</sup>

La falta de regulación jurídica sobre la forma de conformarse finalmente el Congreso local, al no haber ninguna disposición que limite la actuación de los partidos para que en los tiempos postelectorales, aún puede cambiarse por decisión partidista, ajena desde luego a la voluntad popular el número de escaños para cada partido es algo que se debe reflexionar para el futuro inmediato y desde luego para poner en la Ley los correctivos que sean necesarios.

Son estos los escenarios electorales que deben de fomentarse y procurarse en nuestro Estado, si Veracruz sigue por este camino, indudablemente que se consolidará nuestro sistema democrático, si bien es cierto, que por una sola elección no puede considerarse a un régimen como democrático, sí se puede evitar en el continuo todo viso de autoritarismo, para hacer de la democracia una regla de convivencia armónica, libre y apegada a nuestro Estado de derecho.

Sin temor a equivocarnos estamos empezando a convivir con un nuevo y novedoso estilo de democracia, pero como decíamos en párrafos anteriores, hay que persistir para armonizar nuestro quehacer político con ella, se debe tener consistencia en la futura renovación de los poderes locales, la democracia es un modelo de vida inacabado, esta lucha no solo se hace en época electoral, sino que es cotidiana. Para el logro de este objetivo, bien podemos poner en práctica los 8 criterios que el autor Dahl,<sup>11</sup> considera para hacer del nuestro quehacer político un verdadero ejercicio democrático, mismos que son: El respeto irrestricto al derecho del voto; el derecho a ser elegido; el derecho de los líderes

---

<sup>10</sup> Quienes quieran profundizar en materia de regímenes semidemocráticos, las democracias parciales, las nuevas formas de autoritarismo y régimen democrático, pueden consultar las obras respectivamente de los siguientes autores: Mark Gasiorowski, David Collier y Steven Levitsky o Andrea Schedler.

<sup>11</sup> Robert A. Dahl, *La Poliarquía*, 2º Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

políticos a competir para conseguir apoyo y votos; a tener elecciones libres y justas; tener libertad de asociación; a la libertad de expresión; a tener fuentes alternativas de información y sostener instituciones para hacer que las políticas públicas dependan de los votos y otras expresiones de preferencia, solo así podemos avanzar con paso firme a la consolidación de nuestro sistema democrático local.

## **Conclusión**

Después de este breve ensayo teórico-práctico, los signos importantes que nos deja el pasado proceso electoral veracruzano se resumen en la expresión de un voto diferenciado, que distribuyó el poder entre las fuerzas partidistas que contendieron.

Como consecuencia de estas votaciones del pasado 5 de septiembre, por el sufragio manifestado de los votantes trajo consigo un cambio de Régimen de Partidos del Sistema Bipartidista que venía funcionando, ahora se caracterizará la actuación del Congreso del Estado por desenvolverse dentro de un Sistema de Partidos Pluripartidista. La principal diferencia entre ambos regímenes es que el bipartidismo se toman las principales decisiones en el Congreso mediante el sistema mayoritario, en cambio en el pluripartidismo que impera a partir de que entró en funciones la LX Legislatura veracruzana será mediante el consenso, es decir, se privilegiarán las decisiones principales de este Cuerpo Colegiado mediante el Acuerdo.

Este signo es importante para hacer una llamada de atención, porque se han escuchado voces que pregonan que los actuales integrantes del la citada Legislatura, no tiene antecedentes dentro de este quehacer político. Sin embargo, tal circunstancia no debe tomarse tan a la ligera, pues de acuerdo con lo antes analizado se considera que no sólo los actuales Diputados, sino que ningún otro ciudadano tiene experiencia en el actual actuar del Congreso, pues anteriormente como hemos señalado funcionaba bajo las directrices del sistema de mayoritario, pero hoy día los nuevos representantes que eligieron los veracruzanos para ocupar dichas curules, van a ser los primeros que tendrán la experiencia de actuar bajo el sistema del consenso, por lo tanto, tienen la responsabilidad histórica de hacer un buen papel para alcanzar los mejores acuerdos que ayuden a Veracruz en su desarrollo, bajo un cambio trascendental que fue decidido por la voluntad de los sufragantes y no producto de una mente ilustrada.

Este cambio, se puede apreciar desde la perspectiva de la aplicación de la fórmula del autor Douglas Rae para determinar el Índice de Fragmentación Electoral sobre los resultados de cómo quedó integrada la Legislatura actual. A saber, cambia a un Sistema de Partidos Pluripartidista moderado con las características anotadas en párrafos anteriores.

Como nota sobresaliente de este gran cambio es que la actual Legislatura tendrá que privilegiar de ahora en adelante todas sus decisiones por acuerdos previos entre las fracciones parlamentarias en el accionar del Congreso del Estado, cuando que en el pasado inmediato por simple mayoría tomaban sus decisiones, pero ahora el Poder Ejecutivo inclusive tiene que adoptar esta práctica para pasar sin mayores contratiempos sus iniciativas de Ley.

Por esta situación, en el Congreso del Estado la autosuficiencia deberá ser cambiada por la práctica del consenso, ya que ningún partido tiene mayoría.

Otro de las significativas novedades el proceso electoral que nos ocupa, lo representa el hecho que con motivo del cambio de sistema de partidos, trastoca la forma en que tendrá que gobernar el próximo titular del Poder Ejecutivo, pues se encuentra ante la presencia de un Gobierno Dividido, donde las alianzas para gobernar con los partidos de oposición también se hacen indispensables. Por ello, no fue raro escuchar con razón justificada que en la composición del gabinete el Gobernador invitaría a formar parte del mismo a miembros con perfil según sea el caso con otra afiliación partidista, esta circunstancia obedecería en los mismos términos que la anterior conclusión al cambio generado por la voluntad política manifestada por el electorado veracruzano en las pasadas urnas y no obra de partido alguno.

De tal suerte que la puesta en marcha del slogan del Ejecutivo del Estado electo, que se traduce en *Acuerdos, Trabajo y Progreso* indudablemente que tiene su respaldo tanto en la doctrina como en la praxis, pues todo lo que va a ser el quehacer político durante los próximos seis años en Veracruz, tendrá como eje principal para este accionar la puesta en práctica de los *Consensos*.

## Bibliografía

ALCÁNTARA SÁENZ, Manuel y Flavia Freidenberg, *Los Partidos Políticos en América Latina*, Manual de Gerencia Política, Instituto Nacional Demócrata. Salamanca, Esp., 2004.

AREND, Lijphart, *Modelos de Democracia*, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 2000.

DAHL, Robert A, *La Poliarquía*, 2º Edición, Editorial Tecnos. Madrid, 1997.

HUNTINGTON, Samuel, *P. Political Order in Chaniging Societies*. Yale University Press 1968.

MORRIS, Fiorina, *Divided Gobernment*, Ed Ayin y Bacon. Boston U:S:A. 1996.

NOHLEN, Dieter, *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*. Fondo de Cultura Económica. 2º Edición, México, 1998.

SARTORI, Giovanni, *Partidos Políticos y Sistemas Electorales*. Editorial Alianza. Madrid 1999.

SCHUMPETER, Joseph, *Socialism and Democracy*, Ed. Harper, New York, 1947.

## **La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el contexto global (análisis exploratorio )**

Miriam Elsa Contreras López\*

**RESUMEN:** La delincuencia organizada constituye un fenómeno que traspasa las fronteras nacionales y que requiere de mecanismos eficaces para su combate. En México, el principal instrumento jurídico para enfrentar este problema es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; sin embargo, presenta algunas incoherencias y problemas de aplicación. Es fundamental que se tome en cuenta que la delincuencia organizada ha sacado ventaja del contexto global, y que el marco jurídico que se le aplique debe igualmente atender estos aspectos para que pueda realmente contrarrestar este grave problema de la sociedad global.

**Palabras claves:** Delincuencia organizada. Contexto global.

**ABSTRACT:** *The organized delinquency constitutes a phenomenon that penetrates the national borders and that it needs of effective mechanisms for its combat. In Mexico, the main juridical instrument to face this problem is the Federal Law against the Organized Delinquency; nevertheless, it presents some incoherences and problems of application. It is fundamental to bear in mind that organized delinquency has gained advantage of the global context, and that the juridical frame that applies to it, has to attend equally to these aspects in order that it can really reduce this serious problem of global society.*

**Key words:** *Organized delinquency. Global context.*

**SUMARIO:** Introducción. 1. Delincuencia organizada (un esbozo de su contexto). 2. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. 2.1 Algunas incoherencias de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. 2.2 Problemas de aplicación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el contexto global. Reflexión final. Bibliografía.

---

\* Doctora en Derecho Público y catedrática de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana



## Introducción

Es indudable que un tema de actualidad, no sólo jurídica sino social, política y económica, es el fenómeno de la delincuencia organizada. La importancia y dificultad del tema radica, además, en el hecho de que la delincuencia organizada rebasa las fronteras, no sólo territoriales, sino inclusive de la aplicación de la ley y sobre todo, de la jurisdicción de los tribunales.

Una organización criminal no es fácil de identificar, ya que muchas veces no se presenta en un solo país e inclusive entre los propios participantes no pueden ubicarse como personas en lo individual, sino sólo en razón de la actividad que desarrollan o en la función que cumplen para concretar el fenómeno criminal. En este sentido, más complicado resulta garantizar los derechos de las personas que se presume o que forman parte de la “delincuencia organizada”, ya que puede haber conflicto de leyes en el espacio, vulneración a las garantías de seguridad jurídica, falta de precisión en cuanto a las conductas que deben sancionarse, etc.

Este fenómeno no es una novedad, ya que: “la criminalidad organizada no ha irrumpido de repente en la historia de la criminalidad sino que, por el contrario, ha evolucionado de forma paralela a la historia postindustrial hasta presentarse, en los tiempos actuales, como un fenómeno nuevo y con sustanciales diferencias respecto de las formas tradicionales.”<sup>1</sup>

Es importante considerar el contexto en que se presenta la delincuencia organizada, el marco jurídico que puede aplicarse para investigar, perseguir y sancionar a quienes se organicen para delinquir. El objetivo de estas líneas es explorar estos aspectos e iniciar el análisis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que en México constituyó un importante avance, pero que requiere de una revisión exhaustiva que pueda dotarla de la coherencia y efectividad que necesita. En este trabajo sólo se hace referencia a los cuatro primeros artículos de la mencionada ley, por lo que resta mucho por decir en alguna oportunidad posterior.

## 1. Delincuencia organizada (un esbozo de su contexto)

La delincuencia organizada está presente en nuestra vida cotidiana e inclusive nos envuelve y nos hace participar en las actividades ilícitas que realiza. Pensemos, sólo como un ejemplo, en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita que reglamenta el artículo 400-bis del Código Penal Federal y que se refiere:

al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza,

---

<sup>1</sup> Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*, Ed. COLEX, Madrid, 2004, p. 29

con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos...o alentar alguna actividad ilícita.

Seguramente casi todos nosotros, en alguna ocasión, hemos adquirido productos “pirata”, con la conciencia de que su procedencia es ilícita y esto, aunque no nos hace miembros de la delincuencia organizada, sí implica que los recursos que se generan con la venta de estos artículos, son ilícitos y que, indudablemente, las inimaginables ganancias que esta actividad, entre otras, produce, son administradas, depositadas, invertidas, transferidas, etcétera, no sólo dentro sino también fuera del país, inclusive a nivel mundial. Es por esto que el problema se incrementa cuando lo tratamos de ubicar en el contexto de la globalización, ya que de igual forma, este ámbito global no está bien definido ni identificado, más aún que no se trata de una reflexión desde la perspectiva económica sino jurídica, criminal, humana, social, etc., lo cual dificulta la precisión de conceptos y delimitación de contenidos. Como dice Octavio Ianni: “Poco a poco, la morfología de la sociedad global involucra a los derechos humanos; narcotráfico, protección del medio ambiente, deuda externa, salud, educación, medios de comunicación de masa, satélites y otros puntos. Asuntos sociales, económicos, políticos y culturales que siempre parecieron nacionales, internos, se vuelven después internacionales, externos, relacionados con la armonía de la sociedad global.”<sup>2</sup>

Es alarmante el incremento de conductas ilícitas cometidas sin respetar las fronteras nacionales, aprovechando los avances tecnológicos y sobre todo, los medios de comunicación; pero lo es más, el hecho de que México no cuente con un marco jurídico adecuado para hacer frente a este fenómeno y que tampoco a nivel internacional se haya logrado consenso para establecer reglas claras respecto al establecimiento de un derecho penal internacional, con organismos autónomos, con poder de decisión y sobre todo, con la posibilidad de tomar medidas coactivas para el combate contra la delincuencia organizada.

## **2. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**

La delincuencia organizada constituye un fenómeno de grave riesgo para la sociedad. En México, el principal instrumento jurídico de combate contra el crimen organizado, es la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (LFDO), publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de Noviembre de 1996. Esta Ley contiene 44 artículos, divididos en cuatro títulos que son: “disposiciones generales”, “de la investigación de la delincuencia organizada”, “de las reglas para la valoración de la prueba y del proceso” y “de la prisión preventiva y ejecución de las penas y medidas de seguridad”.

El objeto de dicha ley, según establece el artículo 1, consiste en establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los “delitos cometidos” por algún miembro de la “delincuencia organizada”.

De lo anterior se derivan dos aspectos importantes; el primero, que estas reglas se deben aplicar cuando se hayan cometido delitos y el segundo, que quien los cometa debe ser miembro de la delincuencia organizada.

---

<sup>2</sup> Octavio Ianni, *La sociedad global*, 3ª. ed., Ed. Siglo XXI, México, 2002, p.26

Por razón de generalidad, la pregunta que inicialmente surge es ¿qué es la delincuencia organizada? Y en seguida ¿a qué delitos se refiere esta ley? Ambas respuestas parecen perfilarse en el propio ordenamiento. El objeto de esta reflexión es señalar algunas incoherencias al respecto que se derivan de los primeros cuatro artículos.<sup>3</sup>

## **2.1 Algunas incoherencias de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**

La delincuencia organizada se presenta, de conformidad con el artículo 2 de la LFDO “cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”. Por otra parte, a los delitos que se refiere, de acuerdo con las cinco fracciones del mencionado artículo 2, son: terrorismo; contra la salud; falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita; acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; tráfico de órganos; asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos. Todos ellos previstos y sancionados por las leyes y preceptos que menciona la LFDO; delitos que en este momento no analizaremos, pero que nos sirven para reflexionar que ese acuerdo para organizarse o la organización deben tener como objetivo cometer uno o más de estos delitos. Es decir, que como elementos de esta hipótesis, que en este momento no sabemos si podemos considerar como un tipo penal o no, tenemos: a) la concurrencia de tres o más personas; b) que dichas personas acuerden organizarse o se organicen; c) que dicho acuerdo u organización tenga como propósito realizar en forma permanente o reiterada conductas; d) que las conductas que se pretende realizar por sí mismas o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno de los delitos ya mencionados.

Como se advierte, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no define a la delincuencia organizada, sólo señala en qué casos se puede considerar a una persona miembro de ella, no obstante que, como señala Marta Gómez de Liaño: “Las instancias de persecución-cualesquiera que sean- necesitan disponer de una definición, toda vez que conviene saber, con precisión qué se está buscando, a qué y cómo hay que reaccionar, y qué es lo que se quiere investigar”.<sup>4</sup>

Como un estudio meramente exploratorio, el primer cuestionamiento se refiere a que esas tres o más personas pueden ser sancionadas porque “acuerden organizarse”. Es decir que podría quizá tratarse de una tentativa, o tal vez de un tipo de peligro, ya que al parecer esta hipótesis es independiente de la conducta y del resultado. Esta reglamentación parece alejarse de lo que dispone el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en su segunda parte que señala, ya no en cuanto a la sanción, sino desde la orden de aprehensión, que previamente a la misma debe existir denuncia, acusación o querrela de un hecho que la ley castigue con pena corporal y, que

---

<sup>3</sup> El análisis de todo el texto de la LFDO es una tarea que se desarrolla como parte de un trabajo aún inconcluso, pero por razón de espacio, en esta aportación sólo se hace referencia a los cuatro primeros artículos.

<sup>4</sup> Martha Gómez de Liaño Fonseca-Herrera, *ob.cit.*, p. 32

existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado. En el caso particular que se analiza, cabe preguntar si “acordar organizarse” puede actualizar algún tipo penal y por lo tanto, integrar el cuerpo del delito y en todo caso, resulta complejo determinar cuáles son los elementos materiales que se tendrían que acreditar para que procediera, primero una orden de aprehensión y finalmente, una sanción. A pesar de esta falta de claridad, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 194, señala que: “Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:...II De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2”. Es decir, la conducta sancionada es “acuerden organizarse” o “se organicen”, como ya se ha mencionado.

Si la conducta que se realiza consiste en que tres o más personas “se organicen” para cometer alguno de los delitos ya mencionados, de igual manera cabe preguntarse si estamos en presencia de un tipo penal y si esto es así, la alternativa que nos queda es considerarlo como un tipo penal de peligro, ya que no se precisa que exista un resultado material, sólo que dicha organización se proponga cometer uno o más ilícitos. Sin embargo, el artículo 3 de la LFDO establece que los delitos que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de dicha ley, excepto los delitos de asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos (que el artículo 2 de la LFDO indica, con una denominación no actualizada, que están previstos por el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las legislaciones penales estatales) los que lo serán sólo si además, el Ministerio Público de la Federación ejerce facultades de atracción. Es decir, en este último caso son delitos del fuero común pero que, según la disposición legal, se cometan por miembros de la delincuencia organizada.

En cualquiera de estas hipótesis, se deben actualizar dos supuestos, el primero: que una persona sea miembro de la delincuencia organizada y, el segundo, que cometa alguno de los delitos ya señalados. Esto parece congruente con el objeto de la LFDO que ya se mencionó, pero no con el artículo 2, ya que establece que se deberá sancionar aunque no se cometa el delito o los delitos. Para precisar, podemos señalar que en este aspecto es importante, en todo caso, ampliar el objeto de la ley, pues el artículo 1º se queda corto y no puede incluir el mero acuerdo de organización u organización de tres o más personas, como ya se comentó.

En cuanto a las penas aplicables, el artículo 4 de la LFDO establece una doble sanción, pues indica que: “sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes...”; es decir, una sanción por el delito o delitos que se cometan y otra, por ser miembro de la delincuencia organizada. Sin embargo, la redacción de este precepto es desafortunada, ya que en el primer párrafo que ya se transcribió, parece afirmar que hay un delito o delitos cometidos y, en las dos fracciones que lo integran, señala como presupuesto delitos en particular y así dice: “...I En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley... II En los demás delitos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley”. Es decir, sigue sin un señalamiento específico la conducta consistente en “acuerden organizarse” o “se organicen”; pareciera ser que los legisladores

han dejado a los encargados de la procuración e impartición de justicia con la tarea de acreditar, o tal vez presumir cuestiones tan difíciles como que alguien ha “acordado organizarse” y aún más, un aspecto subjetivo que consiste en el propósito de ese acuerdo u organización; es decir, qué delitos pretenden cometer.

Mayor dificultad se presenta porque el artículo 4 en los incisos que corresponden a cada una de sus fracciones señala: “a quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión...” o “a quien no tenga las funciones anteriores...” y con base en ello establece las sanciones. En principio, no se precisa a qué se refieren las funciones de administración, dirección o supervisión; tampoco se distingue entre administración y las dos restantes, ya que la dirección y la supervisión son una parte de la administración; es decir, funciones que se realizan dentro del proceso administrativo. Además, menos se precisa qué otras funciones, distintas a las señaladas pueden realizarse, probablemente aquellas en las cuales no se involucre la toma de decisiones, aunque esta afirmación es una mera hipótesis. Como se advierte, sólo en los primeros cuatro artículos, que son los que ahora se comentan de manera exploratoria, se presentan problemas de interpretación que restan precisión a esta ley y, en el resto de sus preceptos, existen más, que en otro momento abordaremos.

Los anteriores argumentos de ninguna manera significan que se minimice la importancia que tiene la LFDO, sólo se pretende señalar que resulta imprescindible y urgente que se fortalezca este ordenamiento para que sea efectivo instrumento de combate a la delincuencia organizada; coherente al interior de sus disposiciones, así como en relación con la Constitución y otras leyes relativas; y congruente con la realidad de este fenómeno, tomando en cuenta el contexto global en que se presenta. Como dice Andrade Sánchez, la respuesta jurídica a la delincuencia organizada ha partido de: “entender que las organizaciones criminales constituyen un fenómeno de carácter distinto al delito concebido en su generalidad a lo largo de muchos años y que requiere, como problema nuevo y complejo, primero un reconocimiento, luego un enfrentamiento conscientemente elaborado por parte de la autoridad y el diseño de respuestas jurídicas que sean adecuadas a los retos planteados”.<sup>5</sup>

## **2.2 Problemas de aplicación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el contexto global**

Otros aspectos importantes que surgen del análisis de la LFDO son los relativos a los ámbitos de aplicación de la misma, sobre todo en cuanto al espacio, ya que aún tomando en cuenta la enumeración de los delitos que señala el artículo 2, que indudablemente se queda corta respecto a las actividades que realizan las organizaciones criminales, estos ilícitos se realizan traspasando las fronteras nacionales y en este caso, esta ley debería tener disposiciones específicas para estos casos, inclusive haciendo referencia a instrumentos internacionales que pudieran aplicarse. No debe perderse de vista que así como el mercado mundial se ha expandido, pues como dice Isidoro Blanco Cordero:

---

<sup>5</sup> Eduardo Andrade Sánchez, *Instrumentos Jurídicos contra el crimen organizado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Senado de la República LVI Legislatura, México, 1996, p. 27

en este gigantesco mercado hacia el que ha evolucionado la economía mundial existe una demanda de bienes prohibidos que lo convierten en idóneo para la proliferación de organizaciones criminales. Ha surgido un mercado mundial de bienes y servicios ilegales que coexisten con el mercado de aquellos de carácter legal. Armas, drogas, dinero de origen ilícito, materiales radioactivos, mano de obra, trata de blancas, tráfico de órganos humanos, de embriones, de obras de arte, etc., son bienes cuyo intercambio a nivel mundial ha generado un nuevo sector de la actividad económica.<sup>6</sup>

De igual forma, los delitos que se enuncian en el artículo 2 de la LFDO pueden prepararse, cometerse y surtir efectos en varios países en forma prácticamente simultánea; lo que indudablemente puede generar conflictos de jurisdicción que involucren a varios Estados Nación y en este sentido, disposiciones como las contenidas en los artículos 2, 3 y 4 del Código Penal Federal, se complican en cuanto a su aplicación, ya que señalan, entre otras cosas, que este código se aplicará “por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República”; que “los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados”; o que “los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros; o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes...” Complejidad que se advierte cuando estas conductas se insertan en el contexto global, ya que la identificación del espacio y del tiempo ha variado; como dice el Dr. Feliciano García Aguirre “en la vida cotidiana a pesar de que ahora hablamos de imágenes y envíos de información en tiempo real, espacio y tiempo se asumen de manera distinta en la cotidianeidad dependiendo de las circunstancias”.<sup>7</sup> Por otra parte: “El Estado nación, parece, en efecto, cada vez menos capacitado para controlar la globalización de la economía, de los flujos de información, de los medios de comunicación y de las redes criminales”.<sup>8</sup>

Resulta inaplazable que se establezcan reglas claras para evitar conflicto entre las naciones y, en su caso, organismos internacionales que puedan conocer de las conductas propias de la delincuencia organizada, cuando se realizan en forma transnacional en cuanto a su preparación, comisión o efectos y resulte “agraviado” más de un país; sin embargo, es claro que los intereses políticos, económicos y de otra índole, están teniendo más peso que la necesidad de brindar seguridad a la sociedad que conformamos todos los seres humanos, sin distinción de raza, nacionalidad o cualquiera otro que se pretenda considerar.

---

<sup>6</sup> Isidoro Blanco Cordero, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Criminalidad Organizada*. Reunión Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Lamagro, Mayo de 1999. Ed. Gabinete del Rectos de la Universidad de Castilla-La Mancha, p.20

<sup>7</sup> Tomado del material proporcionado por el Dr. Feliciano García Aguirre en el *Seminario de globalización* efectuado como parte del trabajo desarrollado en el proyecto “Transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización”, avalado por CONACYT, Xalapa, Veracruz, México, 11 de Noviembre de 2004.

<sup>8</sup> Rafael Márquez Piñero, *Derecho Penal y Globalización*, Ed. Porrúa, México, 2001, p. XXVII

## Reflexión final

La lucha contra el crimen organizado, no es un problema interno sino internacional, y exige el establecimiento de mecanismos eficaces que puedan contrarrestar este fenómeno; no es posible que con una ley incoherente en algunos aspectos y con dificultades para su interpretación y aplicación, se pretenda combatir eficazmente a la delincuencia organizada. No es casual que “desde hace años, se ha expresado la preocupación de que la delincuencia organizada constituye una amenaza directa contra la seguridad y estabilidad nacional e internacional, y desorganiza y compromete las instituciones sociales y económicas, causando una pérdida de confianza en los procesos democráticos y desviando las ganancias obtenidas mediante el desarrollo”.<sup>9</sup>

En el ámbito fáctico quizá pueda hablarse de que la policía, por ejemplo, recibe equipamiento, mejores armas o vehículos; sin embargo, debemos recordar que es el derecho el que debe guiar la actuación de las autoridades para no retroceder y caer en la “venganza pública” como muestra de su incapacidad para enfrentar este problema, el cual se escapa de las manos de los mecanismos tradicionales de control, ya que, así como “las grandes organizaciones criminales tienen una gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece el nuevo espacio mundial, con la creación de zonas de libre comercio en algunas regiones del mundo, en las que se produce una permeabilización económica de las fronteras nacionales y se reducen los controles”<sup>10</sup>, también los Estados deben lograr consensos y cooperación efectiva, aprovechando las ventajas de ese espacio mundial, donde en el mejor de los casos, las autoridades actúan o al menos deben actuar, con la fortaleza que la legalidad y las instituciones pueden proporcionarles.

---

<sup>9</sup> Marino Barbero Santos, “Presentación”, en *Criminalidad Organizada*. Reunión Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Lamagro, Mayo de 1999. Ed. Gabinete del Rectos de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 6-7

<sup>10</sup> Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., pp. 19-20

## **Bibliografía**

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *Instrumentos Jurídicos contra el crimen organizado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Senado de la República LVI Legislatura, México, 1996, 142 p.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*, Ed. COLEX, Madrid, 2004, 379 p.

IANNI, Octavio, *La sociedad global*, 3ª. ed., Ed. Siglo XXI, México, 2002, 131 p.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, Ed. Porrúa, México, 2001, 379 p.

## **Hemerografía**

BARBERO SANTOS, Marino, “Presentación”, en *Criminalidad Organizada*. Reunión Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Lamagro, Mayo de 1999. Ed. Gabinete del Rectos de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 5-16

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Criminalidad Organizada*. Reunión Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Lamagro, Mayo de 1999. Ed. Gabinete del Rectos de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp.17-53

## **Legisgrafía**

Código Federal de Procedimientos Penales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada



## El derecho penal del enemigo

María del Pilar Espinosa Torres\*

**RESUMEN:** En este trabajo se pretende explicar el concepto de *derecho penal del enemigo* y se dan a conocer los planteamientos críticos a favor y en contra del mismo, de acuerdo a los principales autores que lo han tratado. Ante la indiscutible presencia de normas de este tipo en todos los ordenamientos modernos, se cuestiona su legitimidad y constitucionalidad.

**Palabras claves:** derecho penal del enemigo.

**ABSTRACT:** In this essay, it is pretended to explain the concept of criminal law for the enemy and the critical thoughts in favour or against him, according to the main authors that have dealt with it. Before the unarguable prescence of norms of this kind in all the modern laws, its legitimacy and constitutionality are questioned.

**Key words:** criminal law for the enemy

Este concepto se ha vuelto punto polémico dentro de la producción jurídica, sobre todo en las últimas décadas. En 1999 se celebró en Berlín un Coloquio de Derecho Penal, en el cual fue re introducido por Günther Jakobs, principal defensor del funcionalismo, siendo fuertemente objetado por otros participantes.<sup>1</sup> Francisco Muñoz Conde nos dice en qué consiste este concepto y nos impele a la búsqueda de la fuente original. Haremos una somera descripción de dos pequeñas obras básicas en las cuales estos autores y otro destacado penalista, Manuel Cancio Meliá presentan sus puntos de vista.<sup>2</sup>

Muñoz Conde establece que el *derecho penal del enemigo* es el conjunto de normas penales *sui generis* aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada. Serían reglas diferentes a las del derecho penal normal o aplicables al ciudadano “normal”, infractor de otros ilícitos, el cual sí

---

\* Maestra en Derecho Penal, Candidata a Doctora en Derecho Público de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> El volumen con todas las ponencias presentadas en la Academia de Ciencias de Berlín-Brandeburgo en esa reunión internacional del 3 al 6 de octubre de 1999 se publicó en alemán a finales del año 2000 y recientemente se publicó la versión en español, coordinada por Francisco Muñoz Conde, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 484 pp.

<sup>2</sup> Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003, 102 pp. y Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE 2003, 44 pp.

contaría con los derechos y garantías reconocidas por el derecho penal moderno consignadas en las constituciones y convenios internacionales. Se trataría de dos derechos penales distintos y con distintas finalidades o funciones, comprendidos en un mismo ordenamiento o bien en leyes especiales. El enemigo, se dice, sería una “no persona”, por lo tanto no puede ser tratado como tal. Se podría, advierte, llegar a los extremos de autorizar torturas para lograr la confesión o delación de cómplices. Los términos y derechos quedarían suspendidos a conveniencia de la autoridad.

El concepto, como se señala anteriormente fue rescatado de autores, sobre todo contractualistas, por Günther Jakobs en 1985 y mas recientemente retomado en el coloquio celebrado en Berlín en 1999, surgiendo desde entonces muchas inquietudes. La similitud entre el delincuente y un enemigo plantea entre otras dudas las siguientes: ¿quién establece esa característica de enemigo?; ¿no importa la existencia de una lesión a un bien jurídico?; ¿cuáles serían los límites de ese derecho penal del enemigo?; ¿es compatible con el Estado de derecho y la democracia, con los pactos internacionales suscritos por algunos Estados?; ¿Cómo se neutralizaría a esos enemigos? Muñoz Conde sintetiza la problemática en dos grupos, en el primero hace dos preguntas: 1a. ¿Quien define al enemigo y cómo se le define? y 2a. ¿A qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos? En el segundo plantea las incompatibilidades de dicho concepto con el Estado de derecho y la vigencia del principio de igualdad.

El *derecho penal del enemigo* responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema. Para ello el instrumento deberá ser útil y eficiente. Se corre, sin embargo, el riesgo de volver a situaciones dictatoriales ya pasadas como en la Alemania nazi. Contra un enemigo se vale todo, imperará el poder del más fuerte. Será la preeminencia de la razón de Estado.

Como atinadamente anota Muñoz Conde, hay brotes de ese derecho en todas las legislaciones modernas, sobre todo aquellas destinadas a combatir el terrorismo y el narcotráfico, pero el riesgo enorme, ya real en algunas, es el de extender esas disposiciones hacia otras situaciones como la inmigración. El atentado en Nueva York en 2001 y recientemente, el de la estación de Atocha en España ha permitido justificar acciones excepcionales del derecho penal moderno, independientemente de que Estados Unidos no ha firmado la mayoría de los convenios internacionales. Italia, España e Inglaterra apoyan medidas de ese tipo en su lucha antiterrorista.

Muñoz Conde hace énfasis en la confrontación entre los principios de libertad y seguridad. El autor reflexiona en el difícil equilibrio entre ambos, mismo que siempre trata de lograr el derecho penal. Nunca será posible, dice, conseguir una total seguridad y no conviene terminar con la libertad ni aún con la mínima de la que gozan los procesados.

Pero vayamos a los argumentos de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, participantes ambos en ese famoso Coloquio de 1999, quienes exponen sus puntos de vista, contrapuestos por cuanto a las consecuencias del diagnóstico, en el cuál coinciden, sobre una situación existente en el sistema normativo<sup>3</sup>. Jakobs inicia advirtiendo que los términos “derecho penal del enemigo” y “derecho penal del ciudadano” son dos polos opuestos de un solo mundo, dos tendencias en un solo contexto jurídico penal, mismas que pueden traslaparse. Basándose en las tesis contractualistas puras de Rousseau, Fichte y en la del “status” de Hobbes, culmina con Kant afirmando “no se trata como persona a quien me amenaza...constantemente, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano.” Para

---

<sup>3</sup> Ob. cit. traducción de Günther Jakobs por Manuel Cancio Meliá.

los primeros todo delincuente es un enemigo, para Hobbes lo es al menos el traidor a la patria. El derecho penal del ciudadano sería aplicable a quien no delinque de modo persistente, el derecho penal del enemigo se dirigiría contra quien se desvía por principio, el primero deja persistente el status de persona, el segundo lo excluye. El derecho a la seguridad es prioritario al regular el derecho penal del enemigo, siendo “derecho” especial, coacción física que puede llegar a la guerra. Al regular este derecho el Estado, puntualiza, puede limitarse en las privaciones y términos de la exclusión de derechos al sujeto.

Jakobs, de manera congruente con su postura respecto a la finalidad del derecho penal como garantizador de expectativas conforme a roles y de la prevención general positiva,<sup>4</sup> sostiene dos polos o tendencias de sus regulaciones. Uno al tratar con el ciudadano, en la que espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con la pena, confirmando así la estructura normativa de la sociedad y por el otro, el trato con el enemigo, a quien debe interceptar en el estadio previo y combatir por su peligrosidad. La polaridad aparece tanto en el derecho penal sustantivo como en el procesal. Se acentuarán los rasgos ya existentes en el derecho adjetivo del ciudadano como la prisión preventiva, con otras tales como la incomunicación, las intervenciones de las telecomunicaciones, intervención de investigadores encubiertos, etc. Las medidas aplicables están dentro del derecho, pero los imputados, dice Jakobs, son excluidos de su derecho. Las regulaciones mas extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas, aquí la incomunicación, el asesinato o la muerte de inocentes (daño colateral) serán parte del procedimiento de guerra en que el Estado en donde se cometieron hechos como el atentado del 11 de septiembre de 2001, con la ayuda de otros, intenta destruir la fuente de peligros futuros. Se autoriza una imposición anticipada de pena ya que como claramente resume el autor, en el derecho penal del enemigo la función manifiesta de la pena es la eliminación de un peligro, en oposición al derecho penal del ciudadano en donde lo es la contradicción. Advierte que “un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo”.

Manuel Cancio Meliá, sostiene que el derecho penal del enemigo es una contradicción de términos, un concepto que sirve para describir un ámbito de las normas penales, pero solo parte nominal del sistema jurídico positivo. Para demostrar su afirmación realiza un panorama de la política criminal contemporánea y analiza el contenido y relevancia del concepto. Retomando a Jesús María Silva Sánchez caracteriza la política criminal del momento como producto de la expansión del derecho penal propia de la época postindustrial, en donde hay un surgimiento de nuevos tipos penales y una prolífica reforma de los anteriores. Los fenómenos de ese expansionismo son la tendencia hacia un *derecho penal simbólico*, en el que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, y el resurgimiento del *punitivismo* como alternativa penal de solución de conflictos y/o agravación desmedida de las penas. Identifica ambos rasgos como la fuente del derecho penal del enemigo, dando lugar a un derecho penal de autor.

---

<sup>4</sup> Shünemann afirma que Jakobs, a partir de sus obras de 1999 se basa en la teoría de la pena de Hegel, rechaza algún fin de influir en el comportamiento de algún individuo, legitimando dicha pena sólo a través de la necesidad de afirmación de la norma. Bernd Shünemann, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico penal”. *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (Ontologismo y Normativismo)*. México, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, 2002, p.39.

Para analizar el concepto de derecho penal del enemigo primero enuncia los tres elementos del mismo según Jakobs: 1) Un amplio adelantamiento de la punibilidad; 2) Penas desproporcionadamente altas y 3) Supresión o relativización de determinadas garantías procesales. Después retoma el planteamiento de Silva Sánchez al afirmar la existencia de tres velocidades actuales del derecho penal. Una es propia de la parte del sistema penal en el que se aplican penas privativas de libertad, sosteniendo que aquí se deben mantener de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. Otra velocidad estaría formada por las infracciones sancionadas con penas pecuniarias o privativas de derechos, en donde podrían flexibilizarse las garantías de acuerdo a la gravedad de las mismas. La tercera velocidad sería la propia del derecho penal del enemigo, en donde coexisten la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de las garantías penales y procesales. Anteriormente anotamos la concordancia entre Jakobs y Cancio Meliá en cuanto al diagnóstico de la existencia de ese derecho penal del enemigo dentro de los sistemas jurídicos penales.

Sin embargo, ante esa constatación surge la duda de qué hacer para establecer alguna opción a la problemática. Cancio Meliá se refiere al contenido de ese derecho. Sin desconocer que sería necesario realizar un estudio detallado por país de la parte especial de los códigos penales y procesales, así como de las leyes especiales, admite que ha habido un desplazamiento de las medidas especiales desde los delitos económicos hasta un enfoque circunscrito casi a los delitos de terrorismo, narcotráfico y últimamente criminalidad relacionada con inmigración, siendo la esencia de ese derecho el que “constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos...”

La identificación del enemigo, dice Cancio Meliá atiende a su caracterización como malhechor archimalvado, siendo un concepto más seudorreliгиозo que militar, no se trata de tratar de neutralizarlo sino de atribuir competencia a quien lo debe combatir por perverso y demoníaco. En consecuencia, no es un derecho penal de acto, sino de autor.

Para sostener su tesis de la contradicción en los términos del derecho penal del enemigo, cuestiona la aceptación de normas de ese tipo dentro de un sistema jurídico y postulando una respuesta negativa aduce como argumentos: en primer lugar su inconstitucionalidad, en segundo lugar su falta de prevención policial-fáctica de delitos, o sea su ineficacia real y como tercer argumento y en respuesta a la pregunta ¿forma parte (el derecho penal del enemigo) conceptualmente del derecho penal? responde enfáticamente que no, dado que “a) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor...” Por lo tanto, para este autor, el llamado derecho penal del enemigo, no es derecho, sino una manifestación de fuerza estatal.

La revisión somera de los trabajos contenidos en estos dos libros, nos lleva al urgente cuestionamiento de la existencia de ese derecho penal del enemigo dentro de los sistemas jurídicos nacionales y a su crítica desde el punto de vista constitucional, a la manera en que Muñoz Conde y Cancio Meliá lo hacen en la legislación española advirtiendo la tendencia en los países latinoamericanos, como Colombia, por receptar dicho concepto.

Günther Jakobs es un autor ampliamente difundido tanto a nivel político como académico, exponente de la teoría funcionalista radical, que sostiene o sostenía la prevención general positiva como fin de la pena, importando más el equilibrio del sistema vía reafirmación de la validez de la norma. Es fuertemente rebatido por sus colegas, sin embargo su obra se lleva en muchos países como libro de texto y se aplica en algunas legislaciones, como el caso ya citado de Colombia.

La política criminal contemporánea de combate a la delincuencia, defendida por la mayoría de los legisladores clama por medidas rigurosas, agravación de las penas, disminución de beneficios, limitación de garantías sustantivas y procesales, en fin, endurecimiento en contra del presunto delincuente, encontrando eco en un gran sector de la población, convencida de que es el único remedio contra la inseguridad.<sup>5</sup> Se olvida que la administración de justicia penal adolece de graves y complejas fallas que ocasionan que frecuentemente puedan ser indiciados personas inocentes o utilizarse el sistema penal como medida de ataque contra enemigos políticos. La persona contra quien se inicia una sospecha como autor de un delito, por ese sólo hecho se ve inmerso en un campo que efectivamente es “del enemigo”.

Todos, en algún momento reaccionamos como Rousseau y Fichte, el delincuente es un enemigo, real contra quien sufrió el agravio, potencial contra el resto de la población. La estigmatización social y su posición vulnerable, salvo casos excepcionales, lo hace encaminarse en un camino sin retorno. En México, el aumento de la pena de prisión en “hasta 70 años”, es la demostración fehaciente del fracaso del fin de la prevención, general o especial, positiva o negativa. Es la exclusión definitiva de la sociedad, de hecho la muerte civil del enemigo. Solo faltará receptar las medidas de la lucha antiterrorista en el procedimiento común o reimplantar la pena de muerte.

Creo que se impone profundizar en los argumentos a favor y en contra de la existencia de ese derecho, realizar un minucioso examen de la legislación mexicana, detectar brotes de ese “derecho penal del enemigo”, denunciar su inconstitucionalidad y propugnar la defensa de un derecho penal respetuoso de la dignidad humana, señalando, de ser posible, alternativas de política criminal en la lucha contra la delincuencia. Imaginemos por un momento que cada uno de nosotros o un familiar o amistad cercano se ve señalado por la maquinaria penal. ¿Qué pediríamos?

---

<sup>5</sup> Así, ante los homicidios entre grupos de narcotraficantes en algunas ciudades de México, principalmente de la frontera norte, se acepta sin discusión la entrada del ejército y la implementación de controles que reducen sensiblemente la libertad de circulación.

## **Bibliografía**

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal del enemigo*. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE 2003, 44 pp.

\_\_\_\_\_, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 484 pp.

JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, 102 pp.

SHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico penal”. *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (Ontologismo y Normativismo)*. México, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, 2002.

## Los intereses colectivos y su tutela

Ma. del Rosario Huerta Lara\*

**RESUMEN:** En la Unión Europea algunos intereses de grupo, colectivos y difusos, como la protección a los consumidores, se encuentran reconocidos y tutelados jurisdiccionalmente por el derecho comunitario y las instituciones de justicia. La Constitución Europea, al incluir el derecho del consumo en su Carta Social, como uno de los enmarcados en los sociales y económicos, este derecho tutelar adquiere rango constitucional, con efectos vinculatorios a todos los estados miembros de la Unión. En España, debido a una renovada legislación, se ha legitimando la acción colectiva de los consumidores ante los tribunales jurisdiccionales, en defensa de un interés general.

**Palabras claves:** Derecho comunitario europeo del consumo. Intereses de grupo, colectivos o difusos. Tutela jurisdiccional y Legitimación procesal colectivas.

**ABSTRACT:** *In the European Union some collective and diffused group interests, such as the protection to consumers, are recognized and jurisdictionally protected by the communitarian law and the justice institutions. The European Constitution, when including the right to consume in its Social Bill, as one of those embraced among the social and economical, this tutelary right acquires a constitutional rank, with linking effects to all the member states of the Union. In Spain, due to a renewed legislation, the collective action of consumers before the jurisdictional court has been legitimated, defending a general interest.*

**Key Words:** *European communitarian right to consume. Group, collective and diffuse interests. Jurisdictional tutelage and Collective legal legitimation.*

**SUMARIO:** Introducción, 1. La Constitución Europea y los consumidores, Derecho comunitario, Hacia un nivel elevado de protección, 2. El marco jurídico en España. Bibliografía.

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

## Introducción

En los países de sistema románico, la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de grupo, ha brindado una pluralidad de soluciones legislativas, desarrolladas, primero por algunos estados europeos, más tarde, en América Latina, el caso notable es Brasil y su Código de Defensa del Consumidor; Argentina, Colombia, Venezuela entre otros. Sin embargo, en España, las reformas al sistema procesal, operadas desde la Constitución de 1978, cobran un interés acentuado en la actualidad jurídica. Tras la reciente reforma al sistema procesal civil, codificado en la nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC), se añadieron nuevas reglas a favor de un régimen de tutela jurisdiccional legitimante para las acciones civiles de las colectividades, como los grupos de consumidores.

Ha sido un acto relevante, en el marco de la normativa constitucional del *estado social de derecho*, que España incluyera en su actual ordenamiento procesal civil, nuevas categorías como la *legitimación colectiva*, a la par de la reconocida *legitimación ordinaria*, en un régimen procesal de claro corte liberal que ha conferido, exclusiva y tenazmente a la legitimación individualista, la llave de acceso a la justicia jurisdiccional. Por demás, consagrada a la persona humana, por excelencia al individuo, en tanto persona física o persona jurídica. Sin embargo, impedida a litigar, a nombre propio, por un derecho del que por no ser su titular, no podrá actuar en defensa de un interés que en apariencia es de todos y de ninguno, como pueden ser la salud y el medio ambiente, el patrimonio histórico, el derecho a la información, el consumo, cuyos portadores son la población y la pluralidad de colectividades que comparten los espacios comunes del interés general

Este hecho es revelador de la compatibilidad entre normas procesales tutelares de intereses, sean individuales o colectivas y, en consecuencia, ocurrir en muchos ordenamientos procesales semejantes. Por otro lado, debe mencionarse que su inscripción al derecho comunitario de la Unión Europea, y su posterior transposición al derecho nacional español, ha sido un anticipo de la conformación de un sistema de protección jurisdiccional de intereses colectivos.

Debe enfatizarse que de todas las colectividades portadores de intereses de grupo, han sido los consumidores, quienes mayor grado de tutela jurisdiccional han adquirido. En contraparte, los grupos y la población afectada por daños al ambiente y la salud, carecen de la legitimación procesal que ostentan los consumidores para accionar ante las tribunales civiles en defensa de un interés colectivo lesionado.

Lo anterior, es razón para dedicar a la Constitución Europea, la primera parte de este reporte, a fin de acentuar el estado de protección que se le otorga al consumo en el derecho comunitario; en tanto derecho económico y social a favor de la población de los países de la Unión Europea; y la última, al desarrollo que ha tenido esta tutela en el sistema de enjuiciamiento español, de acuerdo a las nuevas normas procesales en materia de controversias judiciales de consumidores y usuarios.

La doctrina jurídica europea -especialmente la italiana de los años 60s del pasado siglo y posteriormente la española- ha sido fecunda en el debate, respecto a las modalidades y retos que plantea la tutela jurisdiccional y el otorgamiento de legitimación a lo que bajo diversas denominaciones se conoce como *intereses de grupo*. En la doctrina de este periodo, se trazan los primeros contornos, las primeras nociones que posteriormente



servirán de sustento para legitimar las acciones colectivas, como medio jurisdiccional para resolver controversias de esta clase de intereses.

En España, este proceso tiene sus momentos estelares con la consagración del *interés legítimo* al plano constitucional, colocando a colectividades y grupos en la disposición de obtener capacidad procesal para accionar ante los tribunales a favor de su derecho, preceptuado en el artículo 51 de la Constitución Española (1978), que reconoce y protege el derecho de consumo.

Estas nuevas categorías de carácter sustantivo y procesal, una vez establecidas en la Constitución, tuvieron su desarrollo en la Ley General de Consumidores y Usuarios.

Posteriormente, fueron arraigando en diversas leyes y normas procesales. Así, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hasta la promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (2000); seguidamente, la Ley de Transposición al Ordenamiento Español de diversas Directivas comunitarias (2002), y por último, la Constitución Europea, recientemente ratificada, corresponden a los momentos más notables del desarrollo legislativo de la tutela jurisdiccional, que hasta ahora, a ningún otro grupo ha sido otorgada en España, que al de los consumidores y otras entidades sin personalidad jurídica.

En la actualidad algunos intereses colectivos y difusos, como la protección a los consumidores, se encuentran reconocidos y tutelados jurisdiccionalmente por el derecho comunitario y las instituciones de justicia de la Unión Europea. En España, debido a esta renovada legislación, se ha legitimando la acción colectiva de los consumidores ante los tribunales jurisdiccionales, en defensa de un interés colectivo o difuso.

## 1. La Constitución europea y los consumidores

La Constitución europea recoge los principios inspiradores de la política comunitaria de protección de los consumidores y reconoce que es uno de los derechos, principios y libertades que integran la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.<sup>1</sup> En su Preámbulo lo reafirma “... *los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros...*”.

### Derecho comunitario

En la actualidad, el Derecho comunitario del Consumo se fragmenta en casi veinte directivas comunitarias, además de la jurisprudencia en el ámbito de la Unión y de las diferentes normas de los Estados miembros,<sup>2</sup> debido a que la competencia para establecer normas en esta materia, la comparten la Unión y los Estados miembros, jugado un papel relevante el *principio de subsidiariedad*, como se explicará adelante. Otra evidencia de la

---

<sup>1</sup> Parte II de la Constitución europea

<sup>2</sup> De hecho, el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, señala que uno de sus principales objetivos es armonizar y simplificar la protección de los consumidores, superando su caracterización tan fragmentaria.

desconexión entre la normativa comunitaria y la estatal, es la ausencia de un concepto jurídico general y uniforme de “consumidor” en el Derecho comunitario.<sup>3</sup>

La Constitución Europea efectúa varias menciones a la protección de los consumidores en el territorio de la Unión. La primera se encuentra en el artículo I-14, en el que se establece que esta materia entra en el ámbito de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros. Con esta previsión, se consolida la base competencial de la Unión para legislar en esta materia, ya que hasta el Tratado de Maastricht de 1992, no podía invocarse una base jurídica explícita que soportase la actuación de la Unión en este ámbito (recurriéndose como soporte competencial a diversos artículos dispersos vinculados al desarrollo del Mercado Interior). Sin embargo, hasta ahora, el ámbito de actuación de la Unión en esta materia siempre se ha entendido como una armonización de mínimos, que no impedía la actuación limitada de los Estados miembros.

La calificación de competencia compartida supone la aplicación, a la política de protección del consumidor, de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. De acuerdo con el contenido del artículo I-11 de la Constitución Europea, que regula los citados principios, la Unión sólo podrá intervenir en la medida en que los fines perseguidos no puedan ser alcanzados por los Estados miembros de manera suficiente, y puedan conseguirse mejor por la Unión, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida (subsidiariedad).

Así mismo, el contenido y la forma de la acción no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos (proporcionalidad). Este esquema competencial ha sido señalado por la doctrina, como una eventual fuente de conflictos, ya que si los niveles de protección por parte de los Estados miembros son demasiado elevados puedan afectar a la libertad de circulación de mercancías y servicios.

## **Hacia un nivel elevado de protección**

La siguiente referencia se encuentra en el artículo II-98, en el que se establece: "En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección a los consumidores". Quizá, lo más llamativo de este precepto sea su ubicación sistemática, dentro del Título IV (Solidaridad) de la Parte II de la Constitución Europea, que contiene la denominada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión<sup>4</sup>

Con esta regulación se refuerza la protección del consumidor a la categoría de principio reconocido y garantizado por la propia Carta, como ocurre en otros textos constitucionales, v. gr. la Constitución española de 1978, que lo contempla como uno de los principios rectores de la política social y económica), frente a la redacción del artículo 95 del Tratado Constitutivo (que aludía al nivel elevado de protección de los consumidores

---

<sup>3</sup> El Derecho comunitario del Consumo se ha ido configurando de forma lenta, sucesiva y fragmentada. El Tratado de Roma de 1957 no contenía previsiones sobre esta materia. La primera manifestación de voluntad política para su articulación se encuentra en la Cumbre de París de 1972. A partir de dicha fecha, han sido varios los hitos que han ido impulsando su regulación, si bien de forma asistemática. El más significativo fue la suscripción del Tratado de Ámsterdam en 1997.

<sup>4</sup> En este punto se recoge lo ya establecido en el artículo 38 de la Carta de Niza el 7 de diciembre de 2000, en la línea de las tradiciones constitucionales y los principios internacionales comunes.

únicamente como criterio sobre el que debía basarse la Comisión en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en la materia).

Su aplicación podrá realizarse, por tanto, mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y por actos de los Estados miembros cuando apliquen derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas.

Finalmente, esta materia también se norma en el artículo III-235, que se contiene en la Parte III de la Constitución, donde se regulan las políticas y el funcionamiento de la Unión. En él, se contienen los objetivos de la política comunitaria, disponiendo que, para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un nivel elevado de protección, la Unión contribuya a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de éstos, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para defender sus intereses.

Se fijan dos cauces para la consecución de estos objetivos por la Unión: de una parte, mediante las medidas adoptadas en aplicación del artículo III-172 en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior; y, de otra, a través de medidas que apoyen, complementen o supervisen la política llevada a cabo por los Estados Miembros.

## **2. El marco jurídico en España**

Abierto este panorama, se aprecia en el sistema procesal civil de la España de hoy, la formación y desarrollo de un procedimiento amplio de tutela jurisdiccional para el tratamiento de intereses colectivos y difusos, no solo en materia de consumidores y usuarios.

La transposición al derecho nacional, de diversas directivas de la Unión Europea (Ley 39/2002), reformó y mejoró la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), al incorporar la *acción de cesación* para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y brindar un cauce procesal para su ejercicio.

Con la acción de cesación, también agregada a diversas leyes sustantivas<sup>5</sup>, es posible que consumidores y usuarios, puedan obtener una condena judicial contra un proveedor de bienes y servicios, a cesar en un comportamiento lesivo, y la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento. Esta acción es ejercitable, aún cuando la conducta lesiva hubiere finalizado, sin embargo, existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración.

Aunque no existe un proceso especial para la tutela de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios, la LEC dispone del proceso ordinario para la sustanciación de

---

<sup>5</sup> A saber, Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación; Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales; Ley 21/1995, reguladora de los viajes combinados; Ley 42/1998, sobre los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; Ley 25/1990, del Medicamento; Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, administrativas y reglamentarias de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

las pretensiones de esta clase de intereses. Por ejemplo, el artículo 249 de la misma, expedita la vía del juicio ordinario para conocer pretensiones en materia de competencia desleal, propiedad industrial y publicidad.

Se admiten especialidades procesales, como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal para grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso (artículo 6.1.7º y 7.7); publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios (artículo 15); reglas especiales de competencia territorial en los juicios sobre competencia desleal, patentes, marcas y condiciones generales de la contratación (artículo 52.1 números 12, 13 y 14); acumulación de procesos (artículo 78.4), sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios (artículo 221); límites subjetivos de la cosa juzgada (artículo 222.3); diligencia preliminar para concretar el grupo de consumidores o usuarios afectados (artículo 256.1 6ª); y acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de beneficiados (artículo 519).

Cuando un grupo determinado o determinable de consumidores o usuarios es afectado en sus derechos e intereses, en cuanto a tales consumidores o usuarios individuales, podrá iniciar el proceso para la tutela de los derechos colectivos una asociación de consumidores y usuarios o el grupo de afectados, casos en que la asociación o el grupo de afectados por el hecho dañoso serán las partes del proceso.

Respecto al grupo, ente sin capacidad jurídica, el artículo 6.1.7º LEC, le reconoce capacidad para ser parte, debiendo comparecer en proceso, por medio de las personas que de hecho o en virtud de pactos internos del propio grupo, actúen en su nombre frente a terceros (artículo 7.7 LEC).

En los procesos concretos en los que estas asociaciones o grupos se constituyan en parte demandante, el artículo 11 LEC reconoce una legitimación extraordinaria, sin perjuicio de la legitimación ordinaria de los perjudicados individuales; los cuales, además de haber podido iniciar un proceso para la tutela de su derecho individual, podrán también intervenir en el proceso iniciado por aquellos antes con legitimación extraordinaria.

El artículo 15 LEC, dicta las medidas que han de cumplirse para garantizarles un efectivo ejercicio de su derecho de “intervención procesal” a fin de que el conocimiento que los consumidores o usuarios individuales tengan de la existencia de estos procesos iniciados, por los legitimados extraordinarios, es una condición necesaria para poder decidir si les interesa participar en el proceso.<sup>6</sup>

Con la expedición de la citada Ley de Transposición 39/2002 se modificaron varios artículos de la enumerada LEC. Por ejemplo, el Art. 6, relativo a la capacidad para ser parte, añadiéndose un punto 8º al apartado primero de dicho precepto. Con esta adición, ahora es posible determinar correctamente, no solamente los grupos de consumidores y usuarios previstos en el apartado 7º del artículo in comento, quedando legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación, las entidades habilitadas a tal fin por la normativa comunitaria Directiva 98/27/CE de 19 de mayo de 1998.

Como se expresa en la exposición de motivos de la citada ley procesal, los legitimados para el ejercicio de dicha acción serán, con carácter general, los órganos o entidades públicas competentes en materia de defensa de los consumidores, las

---

<sup>6</sup> López Frago, *Manual de Derecho Civil*, España, 2001.

asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGCU) y disposiciones de desarrollo, así como las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

## **Bibliografía:**

LÓPEZ FRAGOSO, *Manual de Derecho Civil*, España, 2001.

## **Legisgrafía:**

Constitución Española, Ed. Colex, Madrid, 2002.

Constitución Europea, en <http://www.constitucioneuropea.es/>

Diversas Directivas Comunitarias, *Boletín Oficial Español* del 28 de octubre del 2002, Madrid, 2002

Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ed. Colex, Madrid, 2000

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ed. Colex, Madrid, 2002

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, Ed. Colex, Madrid, 2002

Ley 39/2002 de Transposición al Ordenamiento Español. Tratado de Maastricht de 1992

## La discriminación por orientación sexual en Xalapa

Jaqueline Jongitud Zamora \*

**RESUMEN:** El documento presenta una investigación relativa a la discriminación por orientación sexual, con especial referencia a la materialización que ésta muestra en la ciudad de Xalapa, Veracruz, México.

**Palabras Claves:** derechos humanos, derechos de orientación sexual, discriminación.

**ABSTRACT:** *This document presents an investigation related to discrimination because of sexual orientation, with special reference to the materialization that this presents in the city of Xalapa, Veracruz, Mexico.*

**Key words:** *human rights, sexual orientation rights, discrimination.*

**SUMARIO:** Presentación. 1. Generalidades de orientación sexual y discriminación. 2. Derechos humanos y orientación sexual. 3. Marco jurídico de los derechos de orientación sexual en México. 4. Discriminación por orientación sexual en Xalapa. 4.1 Encuesta. 4.2 Experiencia social. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

### Presentación

El presente documento es el resultado de la ejecución de un proyecto de investigación grupal,<sup>1</sup> cuyos objetivos fueron elaborar y desarrollar un protocolo de investigación, y promover un aprendizaje significativo en los estudiantes.

Las intenciones que guiaron la experiencia académica fueron las de aprovechar las experiencias previas de los alumnos<sup>2</sup>, promover su autonomía y romper con el memorismo; también las de tomar en cuenta sus intereses y necesidades, y la de promover una motivación<sup>3</sup> constante respecto a la actividad que habría de mantener unidos a los

---

\* Doctora en Derecho Público. Profesora de tiempo completo por oposición de la Facultad de Derecho de la UV.

<sup>1</sup> Grupo 102, Facultad de Derecho UV. Periodo agosto-enero 2004-2005. Seminario de Investigación I.

<sup>2</sup> Medardo Plascencia, "La docencia es transferencia de conocimiento o es proceso de significación", en *Algunas perspectivas de la Filosofía actual en México*, José Sanabria/ Mauricio Beuchot (comp.), Universidad Iberoamericana, México, 1997, pp.259-270.

<sup>3</sup> Isabel Solé, "Disponibilidad para el aprendizaje" en *El constructivismo en el aula*, Coll, C., y colaboradores, Ed. Grao, Barcelona, 1994, pp.25-46.

participantes; al docente como facilitador del proceso y a los alumnos como realizadores de la investigación.

El tema seleccionado fue el de discriminación por orientación sexual con especial referencia a la situación que éste guarda en la ciudad de Xalapa. La investigación incluye un análisis jurídico, sociológico y valorativo de la cuestión.

## 1. Generalidades de orientación sexual y discriminación

La orientación sexual es una atracción constante hacia otra persona, de un género en particular, en el plano emotivo, romántico, sexual o afectivo. Ésta es diferente de otros aspectos de la sexualidad como el sexo biológico (hombre o mujer), la identidad de género (sentirse psicológicamente hombre o mujer) y el rol social del género (observación de normas culturales sobre el comportamiento típicamente masculino o femenino) <sup>4</sup>.

Suele distinguirse entre tres tipos de orientación sexual: la homosexual, que consiste en la atracción hacia individuos pertenecientes al mismo género; heterosexual, cuya atracción se enfoca hacia individuos del género opuesto, y bisexual, que siente atracción por individuos de cualquier género. En la homosexualidad opera una distinción entre hombres y mujeres; mientras a los primeros se les llama homosexuales, a las mujeres se les denomina lesbianas, en alusión a la poetiza Safo de la isla de Lesbos. Respecto a la orientación sexual vale la pena señalar que también se incluye al grupo de los transexuales que son aquellos que voluntariamente se someten a prácticas quirúrgicas con el fin de cambiar su sexo biológico por no corresponder éste a su psiquis.

Existen diversas teorías acerca de las causas de la homosexualidad. Éstas van desde las razones de carácter hereditario, hasta las genéticas y psicológicas, entre otras; pero en realidad, hasta el momento, no existe una teoría universalmente aceptada, y cada vez más se reconoce que en la existencia de aquella operan diversos factores, considerándose a final de cuentas la homosexualidad como parte de la diversidad humana.

La homosexualidad ha estado presente desde los orígenes del hombre <sup>5</sup>. Sin embargo, el tratamiento y percepción social respecto al mismo ha variado tanto en el tiempo como en el espacio.

En la cultura occidental la homosexualidad pasó a ser una conducta rechazada y perseguida a partir del surgimiento del cristianismo, pues en la antigüedad clásica ésta era aceptada socialmente <sup>6</sup>. Durante la modernidad la homosexualidad fue considerada como una perversión y patología humana <sup>7</sup>. De hecho es apenas hasta 1974 y 1976, respectivamente, que la *American Psychiatric Association* y la *American Psychology Association* eliminan de la lista de enfermedades mentales a la homosexualidad; mientras

---

<sup>4</sup> APA, "orientación sexual", en <http://www.apa.org/pubinfo/answersspanish.html>., American Psychological Association, fecha de última actualización 24 de octubre de 2004, fecha de consulta 26 de octubre de 2004.

<sup>5</sup> Ricardo Escárcega, *Conocimientos científicos actuales sobre la homosexualidad y mitos frecuentes*, Ed. Duceres, México, 1997, p.4; Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, Ed. Siglo XXI, México, 1998, p.93.

<sup>6</sup> Sapetti Rosenzvaig, *Sexualidad en pareja*, Ed. Galerna, Argentina, 1987; Natalia Truzzo, "Derecho de los homosexuales", en *15 a 20*, núm. 20, marzo, México, 2000, pp. 60-61.

<sup>7</sup> Sergio González, en *Muy interesante*, "Ni pecadores, ni enfermos", núm. 32, México, 2003, pp. 37-41.



que la Organización Mundial de la Salud lo hace en 1992. De ahí pasaron todavía seis años, para que en 1998 las asociaciones indicadas determinaran que toda tentativa por “curar” la homosexualidad no sólo es inútil, sino que además implica el riesgo de dañar a los pacientes, al causarles depresión, ansiedad y conductas autodestructivas<sup>8</sup>.

Durante la década de los ochenta, con la aparición del SIDA resurgen en torno de la homosexualidad los temores y prejuicios sociales, tras considerar que este tipo de enfermedad no era más que un castigo para las prácticas licenciosas de estos grupos.

Las tendencias actuales en el mundo son la de no sancionar las prácticas homosexuales y la del reconocimiento de los derechos de orientación sexual, aún cuando esta última se desenvuelve mucho más lentamente. Dichas tendencias no se observan por gracia de las instituciones públicas o por la apertura social ante la diversidad sexual –aún cuando algo haya de ello–, sino por la extensa y basta movilización social por parte de grupos de activistas en todo el mundo<sup>9</sup>.

El término discriminación hace referencia al hecho de considerar como no igual a alguien por una determinada razón (color de piel, religión, género...) <sup>10</sup>. De esta manera puede entenderse a la discriminación por orientación sexual como toda distinción o exclusión basada en este criterio, y que además tenga como objetivo anular el reconocimiento de los derechos que les corresponden a los homosexuales, lesbianas, bisexuales, transexuales o transgénéricos en plano de igualdad<sup>11</sup>.

Cualquier tipo de discriminación es injusta, atenta contra la dignidad humana y ofrece a las comunidades de vida sólo perspectivas negativas. Tal como ha sido anotado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: “cuando en un país se dan prácticas discriminatorias en contra de cualquier minoría lo que se está sembrando es la división y separación entre las personas, y se está de alguna manera empobreciendo la vida humana”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Castañeda, Marina, en *Muy especial*, “Lo que sabemos hoy”, núm. 28, México, 2002, pp.10-14.

<sup>9</sup> El primer gran movimiento se ubica en Alemania en la segunda mitad del Siglo XIX. Éste se ve interrumpido en 1933, año en que el régimen de Hitler lleva a cabo una persecución sistemática de las personas pertenecientes a este grupo. El segundo gran movimiento se gesta como consecuencia de la realización de una redada ilegal en el bar newyorkino de *Stonewall* (junio de 1969), en la que arrestan a todos los presentes. Se dice que una lesbiana después de ser golpeada por un policía empezó a proclamar los derechos que hasta el momento les habían sido negados. Tras ello los detenidos empezaron a bajarse de las camionetas y autos policíacos y se revelaron violentamente contra la policía. En México la presencia de actores en materia de orientación sexual surge a finales de los años 60 con el impulso de los acontecimientos de *Stonewall*, así como por el movimiento feminista y estudiantil. En nuestro país la primera manifestación de un Comité abiertamente *gay* se da en 1978 dentro de la marcha conmemorativa del 2 de octubre de ese año. Al año siguiente se realiza la primera marcha del orgullo homosexual en la ciudad de México, misma que hasta la fecha se sigue realizando, ahora bajo el nombre de Marcha del Orgullo Lésbico-Gay. En 1998 la Asamblea Legislativa del DF organiza el primer foro legislativo referente a la diversidad sexual. Durante el año 2000 la diputada Enoé Uranga promueve la iniciativa de Ley de Sociedades de Convivencia, misma que no es votada por falta *quórum* y que hasta la fecha no ha encontrado salida legislativa.

<sup>10</sup> Héctor, Salinas Hernández, en *DFensor*, “La tolerancia como valor necesario contra la discriminación por orientación sexual”, núm. 1, enero, México, 2003, pp. 43-46

<sup>11</sup> María Pérez Contreras, *Derechos de los homosexuales*, Ed. Cámara de Diputados LVII Legislatura-UNAM, México, 2000.

<sup>12</sup> CNDH, en *DFensor*, “Informe 2003 de la campaña permanente por la no discriminación”, núm. 2, febrero, México, 2004, p. 25.

La discriminación por orientación sexual puede darse de diversas formas, desde las sutiles como el hostigamiento, los insultos, las humillaciones y el desprecio; hasta las sumamente violentas, como es el caso de las agresiones físicas y el homicidio. Dentro de las primeras entran todas aquellas actitudes que violentan la dignidad de las personas, dentro de las segundas todas aquellas que además de atentar contra la dignidad de la persona se convierten en delitos o atentan contra lo estipulado por las normas jurídicas.

El término tolerancia, entendido éste como un valor, se encuentra íntimamente ligado al tema de la discriminación. Tolerar, en un sentido positivo, es decir, no como sinónimo del soportar o del sufrir con paciencia, significa comparar la propia imagen con la de otros, reconociendo las diferencias; implica reconocer en los demás el derecho a ser diferentes dentro de un marco jurídico.

## **2. Derechos humanos y orientación sexual**

La protección, defensa, garantía y difusión de los derechos humanos son obligatorias para todos aquellos países que, como el nuestro, han firmado y ratificado los diferentes instrumentos jurídicos internacionales, referentes a los mismos.

Por cuanto hace a los derechos humanos de orientación sexual debe destacarse que aún cuando no existe un instrumento convencional (pacto, acuerdo, convenio o protocolo) que los ampare específicamente; son muchos los instrumentos en el ámbito universal y regional que sostienen la igualdad de las personas y la prohibición de la discriminación por “cualquier otra distinción”, más allá de las específicamente reconocidas en dichos instrumentos, mismos que han servido como base o fundamento para la lucha por el reconocimiento específico de estos derechos.

En el ámbito universal se han invocado como fundamento de los derechos de orientación sexual los artículos 1, 2, 7, y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2, 3, 14, 23, 24, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 3, 7 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2, 7, 10, 11, 12 y del 13 al 16 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 2, 28 y 30 de la Convención de los derechos del niño; 3, 4 y 5 de la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, y el artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros castigos o penas crueles, inhumanas o degradantes y del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación.

En el ámbito regional de América Latina y el Caribe se han invocado documentos como la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (artículos 2); la Convención americana sobre derechos humanos (artículos 1 y 2), y el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 2, 3 y 4).

En el anterior sentido, en el ámbito regional el primer caso de discriminación por orientación sexual fue presentado por Martha Álvarez en contra del Estado de Colombia por la prohibición de recibir visitas conyugales de su mujer en la prisión en la que ésta se

encontraba recluida. La petición fue declarada como admisible por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>13</sup> y más tarde se exigió al Estado colombiano que modificara el derecho interno que impedía el disfrute de este derecho humano.

El desarrollo legislativo internacional en materia de derechos humanos y los casos solventados a lo largo del mundo han posibilitado los primeros intentos de elaborar una declaración de los derechos de orientación sexual; concretamente la presentada por Brasil en la 59ª (17 de abril de 2003) Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, misma que por la oposición presentada, principalmente por los países islámicos y los sectores religiosos del mundo, se ha visto hasta la fecha pospuesta para su resolución.

### 3. Marco jurídico de los derechos de orientación sexual en México

En México el marco jurídico de los derechos de orientación sexual arranca con el artículo 1º de la Constitución federal que establece: “queda prohibida toda discriminación motivada por... las **preferencias**... o cualquier cosa que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. De la interpretación extensiva del precepto se infiere que la prohibición de la discriminación por orientación sexual queda integrada bajo los términos de discriminación por preferencias.

En el anterior sentido, la disposición constitucional da pie al surgimiento de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación<sup>14</sup>, misma que tiene por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan en contra de cualquier persona, y la cual incluye dentro de su artículo cuarto la discriminación por orientación sexual.

La aparición de las citadas normas ha permitido que diversas disposiciones de diferente nivel estén paulatinamente incluyendo la hipótesis normativa en cuestión. En este sentido el Código Civil Federal establece que “... A ninguna persona por razón de... orientación sexual... se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos”. En este mismo sentido, el Código Penal del Distrito Federal ha incluido en su artículo 206 el delito de discriminación por orientación sexual, para el cual establece como consecuencia jurídica una sanción privativa de libertad que va de uno a tres años y multa.

En nuestro Estado las recientes reformas al Código Penal<sup>15</sup> también contemplan el delito de discriminación, en el que se incluye, mediante el artículo 196, la discriminación por orientación sexual. Establece además que la sanción aplicable a quien cometa este delito será de 6 meses a 2 años de prisión y hasta 100 días de trabajo a la comunidad.

Aún cuando en México se observa un significativo avance en materia legislativa respecto al reconocimiento de la orientación sexual como uno de los probables tipos de discriminación y de la necesaria detención vía jurídica de la misma, las personas con una orientación sexual diferente siguen careciendo en nuestro país del reconocimiento de derechos humanos básicos, tales como el derecho a contraer matrimonio o a formar una familia; los derechos de seguridad social extensivos a sus parejas; a expresar libremente los

<sup>13</sup> CIDH-OEA, Informe núm. 71/99, caso 11.656, Martha Lucía Álvarez G. vs. Colombia, 4 de mayo de 1999.

<sup>14</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 11 de junio de 2003.

<sup>15</sup> Decreto núm. 864, publicado en la Gaceta Oficial del Estado núm. 169, de fecha 24 de agosto de 2004.

sentimientos de unión y afecto (generalmente se les detiene por faltas a la moral, en situaciones que no aplicarían a parejas heterosexuales); el derecho a pedir alimentos, de sucesión legítima, y de tutela<sup>16</sup>; derechos migratorios, incluidos los relativos a adquirir la residencia permanente y la ciudadanía de la pareja y de los hijos, la adquisición y contratación de seguros, así como el cambio de nombre (en el caso de los transexuales), entre otros.

Sólo cabe destacar que en el marco de los derechos humanos es bien sabido que existe un núcleo básico derechos que no es posible someter a negociación, pues éstos deben reconocerse a todo ciudadano independientemente de sus características como miembro conformador de una minoría nacional.

#### **4. Discriminación por orientación sexual en Xalapa**

El pretender describir una realidad de tipo social impone la observación de ciertos criterios metodológicos, en este caso, los ligados a las investigaciones de tipo descriptivo. Por ello se procedió a la determinación del concepto de discriminación que habría de ser el objeto de medición, y también a la de aquellas cuestiones que nos permitieran especificar las características y perfiles de la población objeto de este estudio<sup>17</sup>.

En el anterior sentido, el presente apartado tiene como objetivo mostrar al lector los resultados obtenidos a partir de la realización de una investigación como la anotada. Dichos resultados son derivados de la aplicación de sendos mecanismos de medición: la encuesta y la experimentación social. A continuación se da cuenta de manera pormenorizada de ambos.

##### **4.1 Encuesta**

El instrumento de medición aplicado se compuso de un total de 19 preguntas. Las primeras 9 de ellas estuvieron dirigidas a la obtención del perfil del encuestado, mientras que las 10 restantes pretendieron indagar respecto a las circunstancias específicas en las que los sujetos han sido objeto de discriminación, o bien, acerca de sus percepciones en lo referente a la discriminación respecto a la comunidad a la que pertenecen.

La aplicación definitiva del instrumento supuso exponer a los encuestados las razones por las cuales se procedía a la aplicación del mismo. También implicó explicarles cuál era el concepto de discriminación del que se partía y los tipos de ésta.

La muestra utilizada para la realización de la encuesta fue de 255 individuos, todos ellos habitantes de la ciudad de Xalapa. De ellos 68 fueron del sexo femenino, mientras 168 correspondieron al masculino, lo que da un total de 254 personas; la faltante en este rubro correspondió a un hermafrodita que se abstuvo de indicar su sexo.

Respecto a la orientación sexual 161 de los encuestados afirmaron ser homosexuales, 68 lesbianas y los 26 restantes dijeron ser transexuales.

---

<sup>16</sup> Guillermo Cárdenas, en *Muy especial, ¿Debe legislarse o no la unión entre parejas del mismo sexo?*, núm. 28, México, 2002, p.15.

<sup>17</sup> Roberto Hernández S., *et.al.*, *Metodología de la investigación*, 3ª ed., Ed. Mc Graw Hill, México, 2003 p.117.

Los rangos de edad utilizados para el establecimiento de subgrupos fueron los de: 16 a 20 años al que correspondió el 36.8% de los encuestados; 21 a 27 años en el que la población encuestada fue el 38.4%; 28 a 35 años que contó con el 15.2% encuestado; 36 a 45 años correspondiente al 7.8%; y de más de 46 años con un 1.5% de los encuestados. En este rubro es conveniente destacar que entre mayor era la edad del encuestado mayor fue la renuencia a participar en el ejercicio.

La gran mayoría de los individuos que compuso la muestra cuenta con estudios del nivel medio, medio superior y superior, ya que sumaron el 87.8% del tamaño total de la misma. Los grupos menos representados son, por un lado, los que no posee estudios formales con apenas un 1.5% de la muestra, y por otro, los que cuentan con estudios de primaria y los posgraduados, correspondiéndoles respectivamente un 4.3% y un 6.2%.

La religión prevaleciente fue la católica con un 69%. El 11.7% de los encuestados se dividió entre el protestantismo, los testigos de Jehová, el adventismo y los mormones; mientras que el 19.2% de los encuestados dijo profesar una religión distinta a las indicadas.

La mayor parte de la población se encuentra en activo laboral y sólo el 3.9% de la muestra no indicó algún ingreso económico mensual.

El 47.8% cuenta con una pareja estable, mientras que el 52.2% carece de ella. En este rubro algunos de los encuestados comentaron que si para los heterosexuales resulta complicado mantener una relación estable para ellos resulta mucho más difícil, pues se trata de relaciones no aceptadas e incluso abiertamente rechazadas.

Por cuanto hace a los cuestionamientos relativos a la discriminación cabe decir que éstos se dividieron fundamentalmente en dos rubros, uno de ellos relativo a los casos específicos en los que los encuestados hubiesen sido víctimas de discriminación; el otro respecto a las percepciones de los encuestados. Dentro del primer rubro se ubicaron las preguntas relativas a la agresión física y verbal, así como a la negación de la prestación de servicios públicos o privados. Dentro del segundo se incluyeron cuestiones referentes a la libre expresión de ideas y de la personalidad, así como las relativas a los sectores tendentes a la discriminación de este grupo.

Respecto a la agresión física por orientación sexual, la mayor parte de los encuestados indicó no haber sido víctima de la misma. Sin embargo, el 25% que denunció tal tipo de agresión indicó que la misma provino de familiares cercanos de alguna pareja que se negaban a la existencia de tal relación. Otros tantos –sexo servidores de la Avenida Circunvalación- indicaron que la agresión provino de cuerpos policiales, y otros tantos, sostuvieron que la agresión provino de varones que solicitaban sus servicios y que requerían reafirmar su masculinidad.

La agresión verbal tuvo un aumento dramático respecto a los resultados obtenidos en torno a la agresión física, pues en ésta el porcentaje reconocido fue del 49%. En este tipo de agresión los encuestados indicaron que recibieron diversos apelativos ofensivos. Los encuestados indicaron que tal agresión se daba sin razón aparente, pues podían recibir este tipo de insultos por el simple hecho de caminar en grupos por cualquier lugar.

La agresión también podía darse en el sentido de ser ignorado o de utilizar frases que indicaban una posición de inferioridad o “falta de normalidad” de los encuestados frente a sus interlocutores.

En el caso de discriminación respecto a la prestación de un servicio público o privado el porcentaje afirmativo de discriminación no varió mucho, pues al primero le correspondió

un 18.4%, mientras que al segundo 17.6%. En este rubro es interesante destacar que algunos de los encuestados indicaron que la cuestión no sólo era el hecho de que no les prestaran un servicio, sino que en ocasiones su condición provocaba que hubiese personas que se negasen a recibir algún servicio técnico o profesional de parte suya.

Por otro lado, los datos muestran que un gran número de los encuestados se siente impedido social e institucionalmente para expresar libremente sus ideas en torno a su propia orientación sexual (38%), así como para expresar libremente su personalidad (45%). Ellos consideran que no pueden expresarse libremente, pues no existen las condiciones propicias para ello, y porque el hacerlo supondría ponerse en la mira de la crítica y de la exclusión.

Finalmente, en lo referente a los principales espacios de discriminación y a los diferentes sectores de la población que tiende a discriminar en mayor medida a la comunidad homosexual en nuestra ciudad, de los datos obtenidos resulta que los espacios sociales en los que mayormente se sienten discriminados son, en el orden de importancia, la escuela, la familia y el trabajo. Los espacios sociales en los que la discriminación es menor son los centros de diversión con un 15.5 porcentual de incidencia en los encuestados, y los centros comerciales con un 9.4%.

En cuanto a los sectores de la población que muestran una mayor tendencia a la discriminación, según la percepción de los encuestados, son: a) según el género, los hombres; b) según el rango: niños, jóvenes, adultos, y personas de la tercera edad; los jóvenes; c) según la profesión o no de una religión, las personas practicantes de alguna religión, y d) según el rango de clase social: alta, media o baja; la clase media.

De los datos obtenidos se desprende que el fenómeno de la discriminación por orientación sexual está presente en la ciudad de Xalapa, aunque no en los niveles que se pensaban al momento de arrancar la presente investigación. Los datos muestran también que no todos los espacios, ni todos sectores tienen la misma actitud frente a la homosexualidad, el lesbianismo y el transexualismo. De hecho uno de los comentarios concurrentes de los encuestados fue que muchas de las veces ellos se sienten más discriminados al interior de los mismos grupos *gay* (ya que se establecen subgrupos con más o menos aceptación entre ellos) que respecto al resto de la población.

Independientemente de las anotaciones anteriores, es de hacer notar que existe un número importante -aunque con un sólo caso bastaría- de personas que por simple hecho de diferir de la mayoría, en uno solo de los aspectos posibles de la conformación del ser humano, han sido agredidas física y verbalmente en nuestra ciudad.

## **4.2 Experiencia social**

El diseño de la experimentación social requirió un largo tiempo de análisis y estudio respecto la viabilidad de su realización, a la disponibilidad real por parte de los estudiantes y a la autorización correspondiente por parte de los padres de familia. Se volvió una y otra vez sobre su estructura, y sobre los factores a favor y en contra del mismo. Finalmente se llegó a la conclusión de que su realización aportaría información relevante para el tema por lo que valía la pena su realización.

En términos generales el experimento se estructuró a partir de la siguiente dinámica: se integraron un total de 16 parejas; de ellas 8 desempeñaron el papel de grupos de control, mientras las 8 restantes representaron el papel de parejas de noviazgo homosexual o lésbico.

En grupos de dos parejas (la homosexual y la de control) se reunieron en los centros sociales (parques, plazas comerciales y centros de diversión) en el horario previamente establecido (*Vid.* Tabla de datos). Ahí las dos parejas fingieron ser parejas de noviazgo realizando actividades propias de ese tipo de relación (abrazarse, tomarse de la mano, obsequiarle o comprarle en ese mismo lugar un presente a su pareja); una vez realizado un recorrido general por la zona seleccionada para la observación, la pareja de control, el facilitador y algunos auxiliares más tomaron nota de las reacciones generales de las personas presentes en esos lugares respecto a la pareja lésbica u homosexual.

Las notas fueron tomadas, discretamente, ahí mismo y de ellas se elaboró un reporte por pareja de control y por auxiliares de la misma. Además de ello se solicitó a los estudiantes la elaboración de una reflexión acerca de su experiencia en la realización del experimento que abarcara desde su designación (fuese ésta de pareja gay o de control), hasta la ejecución del experimento y las reacciones posteriores al mismo.

Es importante destacar que para la realización de tal actividad se tuvieron que llevar a cabo varias sesiones de práctica en las que los estudiantes representaban su papel frente a la totalidad del grupo. Ello permitió una dinámica de retroalimentación en la que lo se buscó fundamentalmente fue que la representación fuese creíble para los asistentes a los centros sociales indicados. El mismo ejercicio permitió percibir que la escenificación de las situaciones que estábamos realizando resultaban bastante estereotipadas, lo que dio pie a que algún estudiante propusiera la realización de algunas charlas de carácter informal con algunos de los miembros de la comunidad lésbico-gay de Xalapa; la realización de tal actividad reportó información valiosa, misma que planteó la escenificación de conductas más cercanas a la realidad.

Pareja de Control	Pareja gay	Punto de Observación	Fecha y hora
Héctor Zepahua Diana Lozano	Fernando Santomé Jorge Luis Vidal	Parque Tecajetes	Domingo 26/11/04 12:00 AM
Gabriel Pierlusi Alberto Mendoza	Ricardo González Estefan Reyes	Plaza Museo	Domingo 26/11/04 07:00 PM
Abraham Montejo Fabiola Coyotzi	Erika Romero Laura Martínez	Parque los Berros	Domingo 26/11/04 10:00 AM
Ursula Medel Darinka Roustand	Sergio Alberto Valle David Rodríguez	“Antro” <i>Life</i>	Viernes 26/11/04 10:30 PM
Tania Tovar Marco Antonio Hernández	Iladín Mejía Liduvina Enríquez	Plaza Ánimas	Domingo 26/11/04 06:00 PM
Karina Paredes Romel Reyes	Juan Carlos Corro Felix Carmona	“Antro” El Bule	Viernes 03/12/04 10:30 PM
Maria de Lourdes Parra Enrique Herrera	Alejandra Granados Mariel Moctezuma	Plaza Cristal	Domingo 26/11/04 07:00 PM
Fabiola Herrera Alma Espinosa	Mildred Huesca Jaqueline Jongitud	Parque Juárez	Domingo 26/11/04 11:00 AM

Tabla de datos única

Los resultados obtenidos respecto a la ejecución del experimento social variaron notablemente en razón del lugar y del horario seleccionado. Así por ejemplo en el caso de los centros de diversión nocturna para jóvenes, aún cuando la reacción fue de sorpresa, ésta fue mínima y no hubo impedimento alguno para que las parejas homosexuales accedieran a los servicios proporcionados en estos lugares. Las miradas intercambiadas entre los

asistentes fueron mínimas y las expresiones no fueron más allá de un levantamiento de cejas o de un fruncido de seño que anunciaba extrañamiento.

Por cuanto hace a las plazas comerciales es interesante destacar que la mayor parte de las personas estaban más concentradas en los aparadores o en sus propios acompañantes que en el resto de la gente con la que compartían la plaza. Por ello fue difícil captar la atención de los transeúntes; sin embargo, una vez logrado el objetivo las reacciones no variaron mucho. Las tres parejas ubicadas en centros comerciales tuvieron que resignarse a ser abandonados una vez que decidían tomar asiento en una banca junto a otras personas. Las miradas fueron persistentes y los cuchicheos entre grupos de personas eran evidentes. En un centro comercial una pareja le dijo a su acompañante: *¡Mira mi amor! esto se te vería lindo*, tal frase aunada al hecho de que las chicas iban tomadas de la mano, provocó que una observadora de más de 40 años abandonara de inmediato su ubicación para colocarse al extremo de la zona y desde ahí las observase por espacio de 5 minutos.

Sin duda el espacio social en el que se observó una mayor reacción fue el de los parques. En alguno de ellos se tomaron fotografías sin autorización a la pareja lésbica que convivía en el lugar. En otro un fotógrafo fue bastante insistente en tomar una fotografía del recuerdo para las “enamoradas”. En otro más la pareja recibió palabras insultantes por parte de un grupo de jóvenes y se les solicitó –guardia del lugar- que abandonaran el parque.

Mientras la atención brindada a las parejas heterosexuales (de control) por parte de los vendedores del lugar no mostró ningún signo de distinción, respecto a las parejas *gay* la respuesta fue variada y abarcó reacciones que fueron desde el nunca mantener contacto visual con las compradoras, hasta estar a punto de perder el globo que se iba a vender por nerviosismo. Hubo quienes, desde que se percataron del hecho, hasta que los jóvenes abandonaron el lugar, no retiraron la vista de los mismos (policía, bolero, vendedor de nieves, globero...). En ese mismo sentido hubo quienes incluso se regresaron sobre sus propios pasos a fin de observar nuevamente a las parejas.

Finalmente, por cuanto se refiere al ejercicio de reflexión que realizaron los estudiantes, es conveniente destacar que un buen número de ellos coincidió en que cuando se planteó la realización del experimento la idea les pareció divertida e interesante, pero que en cuanto se avanzó en la misma y se decidió a cerca de quienes habrían de jugar los diferentes roles sus percepciones cambiaron, sobre todo en el caso de aquellos que debían jugar el papel de las parejas homosexuales. Un joven señaló al respecto: “...muchos nos decíamos de mente abierta, pero no era así. Con esta clase de ejercicio lo entendí y creo que no sólo yo, sino todo el grupo”.

Una vez asignados los roles fueron tres los sentimientos que prevalecieron en los estudiantes: el nerviosismo –tanto en parejas homosexuales, como de control-, el temor a la realización de la práctica y de ser descubierto por algún conocido, y el sentimiento de solidaridad o pena respecto aquellos que habrían de jugar el rol lésbico-*gay*. Respecto al temor de ser descubierto por algún conocido y las implicaciones que ello tiene en el entorno personal, parece ser que no carece de fundamento, pues una chica que se vio en la situación de ser descubierta por un compañero de trabajo anotó las siguientes ideas en su reflexión: “...en mi trabajo me ven rara y ahora soy yo la que se siente discriminada”.

Los jóvenes fueron ampliamente coincidentes en la afirmación de que el ejercicio les permitió tener una visión diferente de la cuestión, de esta manera anotaron cuestiones como las siguientes: a) “la vida de los homosexuales no es fácil, no es nada agradable que la



gente haga comentarios a tus espaldas y te vean como un bicho raro, yo creo que esa es la razón por la cual muchas personas no aceptan su preferencia sexual...” b) “...este tipo de experimentos... te abren más la mente y te colocan en otra posición y de este modo puedes conocer como se sienten estas personas cuando son discriminadas por algo que tal vez ellos no eligieron”, y c) “pude sentir y percatarme de que muchas personas se comportan muy agresivas, además de que llegan hasta los insultos..., fue en ese momento cuando pensé en como es que se sienten las personas con orientación sexual diferente en el momento en que son discriminados”.

El ejercicio de reflexión también permitió a los participantes reconocerse como entes capaces de incidir en la transformación social, además de que les permitió reconocer la pluralidad existente en las actuales sociedades, misma que no sólo es patente en la existencia de grupos concretos, sino también en la diversidad que se da al interior de los mismos.

Vale la pena cerrar las anotaciones con una pregunta que alguna de las estudiantes plantea en su escrito: “...si ellos nos respetan ¿por qué nosotros no lo hacemos?”

## **Conclusiones y propuestas**

Aún cuando la historia de la homosexualidad ha tenido enormes variaciones en el tiempo y en el espacio, y aún cuando hasta el momento no existe una teoría aceptada universalmente respecto a las causas que la origina, ésta ha dejado de ser considerada en la mayor parte de los países occidentales como una causa para la persecución y el castigo.

El avance del derecho internacional de los derechos humanos ha supuesto el reconocimiento de los derechos de orientación sexual en muchos países. De esta manera Estados como Dinamarca, España, Holanda, Francia, Argentina, Canadá, Brasil y algunos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, entre otros<sup>18</sup>, han promovido reformas legislativas que han permitido el acceso de estos grupos a fórmulas jurídicas que pretenden aminorar los efectos que el rígido binomio hombre-mujer genera en los derechos humanos concretos de los individuos.

Las movilizaciones de los grupos homosexuales en el mundo buscan el reconocimiento de los derechos que en plano de igualdad les corresponden. En nuestro país aún cuando existen significativos avances en la legislación que promueve la no discriminación, aún quedan sin ser protegidos una importante gama de derechos. Las uniones homosexuales en nuestro país carecen de los sustentos económicos, jurídicos y familiares de los que gozan las parejas heterosexuales<sup>19</sup>.

De conformidad con los datos obtenidos y expuestos es de entender que uno de los primeros pasos a dar es precisamente la concientización, información y sensibilización de la sociedad respecto a la cuestión a fin de promover una cultura auténticamente libertaria e igualitarista, pero también es indispensable tomar una actitud más activa respecto a la protección social, moral y legal de los homosexuales con el objeto de que se ponga fin a su

---

<sup>18</sup> Félix Bahón, en *Muy especial*, “Por la ley del deseo”, núm. 28, México, 2002, pp. 40-45

<sup>19</sup> Marina Castañeda, en *Muy interesante*, “Un amor sin ataduras ni convencionalismos” núm. 32, México, 2003, pp. 54-59.

discriminación y para que gocen de seguridad en su vida cotidiana y en el disfrute de los derechos y las actividades propias de todo ciudadano<sup>20</sup>.

Independiente de cuál sea el mecanismo de solución debe tenerse en cuenta que los países que ya han afrontado el problema han optado por diversas estrategias jurídicas que bien pueden ser consideradas para la actividad legislativa del país, esto es, en los países del mundo –dependiendo de sus propias peculiaridades- se han tomado medidas destinadas a:

- Acabar con la práctica del matrimonio como única forma de constituir familias, incluyendo los efectos de esto a otras leyes aplicables distintas de la civil o familiar;
- Activar reformas legales que modifiquen el criterio de reconocimiento exclusivo a las parejas casadas;
- Reconocer jurídicamente beneficios a parejas que cohabitan o que tienen una relación estable, independientemente o no de que se hubiere hecho una ley específica, lo que supone el reconocimiento de ciertos derechos en materia de seguridad social y otros de naturaleza económica, y
- Crear un registro oficial de parejas de hecho o permitir que éstas se registren como tales, aunque de forma diferente al matrimonio civil.

Bien se sabe que la discriminación tiene fuertes raíces ideológicas, religiosas y sociales. La experimentación social realizada al respecto fue bastante ilustrativa. El que la reticencia legislativa y social niegue el derecho de matrimonio a los homosexuales en nuestro país, no obsta a que el legislador con auténtica vocación social busque alternativas jurídicas que evite que un amplio sector de la sociedad (se calcula en términos conservadores que en el país el 7% de los hombre y el 4% de las mujeres son homosexuales) se vea vulnerado en sus derechos fundamentales.

Finalmente, para concluir el artículo, debe destacarse que más allá de las normas jurídicas estatuidas existe una reflexión básica en torno a los derechos humanos que bien nos pueden situar en la base de su respecto, y es que a final de cuentas solemos olvidar que los derechos humanos tienen como plataforma insuficientemente explicitada la capacidad de asumir los diferentes roles en los que pudimos haber sido encarnados.

### **Bibliografía**

- BAHÓN, Felix, “Por la ley del deseo” en *Muy especial*, núm. 28, México, 2002.
- CÁRDENAS GUZMÁN, Guillermo, *¿Debe legislarse o no la unión entre parejas del mismo sexo?*, en *Muy especial*, núm. 28, México, 2002.
- CASTAÑEDA, Marina, “Lo que sabemos hoy”, en *Muy especial*, núm. 28, México, 2002.
- , “Cuando se vive en el cuerpo equivocado” en *Muy interesante*, núm. 18, enero, México, 1998.

---

<sup>20</sup> Antoni Mirabent i Mullol, *Homosexualidad hoy ¿aceptada o todavía condenada?*, trad. Luisa Medrano, Ed. Herder, España, 1985, pp.167-168.

- \_\_\_\_\_, “Un amor sin ataduras ni convencionalismos” en *Muy interesante*, núm. 32, octubre, México, 2003.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Informe 2003 de la campaña permanente por la no discriminación” en *DFensor*, núm. 2, febrero, México, 2004.
- CONTRERAS NIETO, Miguel Ángel, *Derecho al desarrollo como derecho humano*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2000.
- ESCÁRCEGA MÉNDEZ, Ricardo, *Conocimientos científicos actuales sobre la homosexualidad y mitos frecuentes*, Ed. Duceres, México, 1997.
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad*, Ed. Siglo XXI, México, 1998.
- GONZÁLEZ, Sergio, “Ni pecadores, ni enfermos” en *Muy interesante*, núm. 32, Octubre, México, 2003.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, *et.al.*, *Metodología de la investigación*, 3ª ed., Ed. Mc Graw Hill, México, 2003.
- MIRABENT I MULLOL, Antoni, *Homosexualidad hoy ¿aceptada o todavía condenada?*, trad. Luisa Medrano, Ed. Herder, España, 1985.
- MORIARTY, David M., *Un estudio psicológico de Adolfo Hitler*, New York, 1986.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Cursos Colección, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PÉREZ CONTRERAS, María, *Derechos de los homosexuales*, Ed. Cámara de Diputados LVII Legislatura-UNAM, México, 2000.
- PLASCENCIA, Medardo, “La docencia es transferencia de conocimiento o es proceso de significación”, en *Algunas perspectivas de la Filosofía actual en México*, Sanabria, José / Beuchot, Mauricio (comp.), Universidad Iberoamericana, México, 1997.
- ROSENZVAIG, Sapetti, *Sexualidad en pareja*, Ed. Galerna, Argentina, 1987.
- SALAS DE LEÓN, Santiago, *Grupo de homosexuales*, Ed. Paidós, México, 2000.
- SALINAS HERNÁNDEZ, Héctor Miguel, “La tolerancia como valor necesario contra la discriminación por orientación sexual” en *DFensor*, núm. 1, enero, México, 2003.
- SOLÉ, ISABEL, “Disponibilidad para el aprendizaje” en *El constructivismo en el aula*, Coll, C., y colaboradores, Ed. Grao, Barcelona, 1994.
- TRUZZO, Natalia, “Derecho de los homosexuales”, en *15 a 20*, núm. 20, marzo, México, 2000.
- VILLALBA GORDILLO, Emma Zue, *Propuesta de creación de la ley compensatoria a la discriminación por orientación sexual*, Tesis para la obtención de la Licenciatura en Derecho, Universidad de Xalapa, Xalapa, Veracruz, México, 2004.

## El municipio y la participación ciudadana (Primera parte)

Luz del Carmen Martí de Gidi\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se sostiene que las reformas al artículo 115 Constitucional de 1999, constituyeron un gran avance, al reconocer formalmente al municipio como un ámbito de gobierno, pero en la realidad no han sido acompañadas del suficiente apoyo financiero, ni de la asesoría técnica necesarias para avanzar en el proceso de descentralización. Por otra parte, los estados no han cumplido cabalmente con el reto de adecuar los marcos legales locales, a fin de que se traduzcan en una mayor autonomía de los ayuntamientos.

A partir de un análisis del contenido de la legislación municipal de los estados, derivada de la reforma de 1999 al II párrafo del artículo 115 Constitucional, se estudian las aportaciones planteadas para facilitar la participación ciudadana en la solución de problemas de planeación, urbanismo y ecología de los municipios.

El propósito es el de sostener que una efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones importantes en el ámbito municipal, propiciada por un marco legal favorable que incluya mecanismos de democracia directa, como el plebiscito y el referéndum, es la clave para transformar el espacio de lo municipal en un espacio integrador de las políticas públicas locales, y contribuir a crear las condiciones para consolidar una gobernabilidad democrática.

**Palabras claves:** participación ciudadana, y municipio.

**ABSTRACT:** *In the present paper, it is sustained that the reforms made on 1999's to the constitutional article 115, constituted a great advancement, by recognizing the municipality formally as an ambit of the government, but they haven't really been accompanied by enough financial support, or the necessary technical advisory to advance in the de-centralization process. On the other hand, the states haven't cabally accomplished the challenge of adjusting the local legal frames, so they can translate into a major autonomy of municipalities.*

*From an analysis of the content of the municipal legislation of the states, derived from the 1999 reform to paragraph II of constitutional article 115, the contributions proposed to ease the citizen participation in the solution of planning, urbanism and ecology problems in the municipalities.*

*The purpose is to sustain that an effective citizen participation in the important decision making in the municipal ambit, caused by a favorable legal frame that includes mechanisms of direct democracy, as the plebiscite and referendum, is the key to transform the municipal space in an integrating space of public local politics, and contributing to create the conditions to consolidate a democratic government.*

**Key Words:** Citizen participation, municipality.

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana

**SUMARIO:** Introducción. I. El municipio y las reformas constitucionales recientes. II. Problemática del municipio urbano. III. Relevancia de la participación ciudadana. IV. La participación ciudadana en la legislación federal. V. La participación ciudadana y vecinal prevista en el artículo 115 Constitucional y su desenvolvimiento a nivel municipal. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

Una de las constantes al inicio del siglo XXI que constituye un desafío a la globalización, radica en la revalorización de lo local como el espacio de definición de las formas de convivencia y de organización social y colectiva.

En efecto, en esta fase de globalización, integración económica y mundialización de mercados, surge también una tendencia a impulsar y fortalecer las identidades locales y regionales, como un mecanismo de defensa social de su entorno inmediato. Actualmente se revaloriza la ciudad-región como el espacio económico, social, cultural, más significativo, lo cual plantea problemas de cohesión social, identidad cultural y gobernabilidad.

La discusión actual en nuestro país en torno al municipio, se ubica en el siglo pasado a partir de la década de los 70, en que empezó un movimiento doctrinal para combatir el centralismo, que cristalizó en los noventa en la estrategia gubernamental llamada *Nuevo Federalismo* (1995-2000), que pretendía la redistribución de competencias, responsabilidades, capacidades de decisión y ejercicio de recursos fiscales de manera más equilibrada entre los tres órdenes de gobierno.

El programa especial *Hacia un Auténtico Federalismo* de la actual administración pública federal contempla como objetivo llegar a un nuevo pacto federal que habilite a cada orden de gobierno para ejecutar acciones que permitan el impulso de una descentralización responsable y cuidadosa, basada en criterios de eficacia, respeto a la autonomía y equidad.<sup>1</sup>

Las reformas al artículo 115 Constitucional en 1999, constituyeron un gran avance, al reconocer al municipio formalmente como un ámbito de gobierno, pero en la realidad no han sido acompañadas del suficiente apoyo financiero, ni de la asesoría técnica necesarias para avanzar en el proceso de descentralización. Por otra parte, los estados no han cumplido cabalmente con el reto de adecuar los marcos legales locales, que se traduzcan en una mayor autonomía de los ayuntamientos. En la práctica algunos estados han descuidado por años este seguimiento legislativo.

En este escenario, cobra importancia la participación ciudadana como un componente esencial de la democracia, como forma de organización social y de gobierno. Es en el ámbito local donde el ejercicio de la ciudadanía tiene mayores posibilidades de ser

---

<sup>1</sup> *Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006*. Para lograrlo se parte de la base de que sean los mismos estados y los municipios los que determinen las estrategias para resolver dichas necesidades. Consultar <http://www.inafed.gob.mx> Programa para un Auténtico Federalismo 2002-2006, Reportes de avances y logros. El 30 de julio de 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el *Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación*, en el cual se creó el Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, cuyo objetivo es formular, conducir y evaluar las políticas y acciones de la Administración Pública Federal en materia de federalismo, descentralización y desarrollo municipal.

efectiva. No en balde Jordi Borja habla ya de nuevos derechos de ciudadanía, derechos de tercera generación respecto del territorio, la demanda de ciudad y de espacio público.<sup>2</sup>

El presente trabajo está planteado de acuerdo al moderno enfoque del derecho constitucional, para el cual no basta el examen formal de la Constitución, sino que debe complementarse con los datos que nos proporciona la realidad política y social.<sup>3</sup>

México posee un perfil predominantemente urbano, que supone toda una problemática en infraestructura, carencia de servicios públicos, equipamiento, reordenamiento urbano, reservas territoriales, planes de desarrollo municipales, problemas medioambientales, de conurbación, entre otros, que requieren soluciones en que participen los tres niveles de gobierno.

A partir de un balance del proceso de adecuaciones de la legislación municipal de los estados, derivadas de la reforma de 1999 al II párrafo del artículo 115 Constitucional, se pretende analizar su contenido, y las aportaciones para facilitar la participación ciudadana en la solución de problemas de planeación, urbanismo y ecología de los municipios.

El propósito es el de sostener que una efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones importantes en el ámbito municipal, propiciada por un marco legal favorable que incluya mecanismos de democracia directa, como el plebiscito y el referéndum, es la clave para transformar el espacio de lo municipal en un espacio público, integrador de las políticas públicas locales, y contribuir a crear condiciones para consolidar una gobernabilidad democrática.

## **I. El municipio y las reformas constitucionales recientes**

La reivindicación histórica de la autonomía local que caracteriza al municipio, se ha entendido como la protección legal de la capacidad de autoorganización, de competencias exclusivas y específicas, de derecho a actuar en todos los campos de interés general de la ciudadanía y de disponibilidad de recursos propios no condicionados. El principio legitimador de la autonomía es el de la proximidad, la cual permite establecer una relación directa e inmediata de la organización representativa y la estructura administrativa con el territorio y la población.

El municipio en México ha sido objeto de reformas significativas en el curso de las dos últimas décadas.

La reforma de 1983 introdujo garantías para la suspensión de los ayuntamientos, la autonomía jurídica de los ayuntamientos; se hizo una enumeración de los servicios públicos que les corresponden de manera exclusiva, permitiendo la colaboración, en su caso, del gobierno de los estados, y se incluyó lo que se conoce como la “esfera económica mínima” de los municipios, enumerando las contribuciones e ingresos que deberían percibir.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Ver Jordi Borja, “Gobierno de la ciudad y políticas públicas en la era de la globalización”, *Conferencia mundial de Política Social Urbana*, Valencia, junio de 2000; “Los desafíos del territorio y los derechos de la ciudadanía” <http://www.confedelca.com> ; Jordi Borja y Manuel Castells, *Local y global, La gestión de las ciudades en la era de la información*, segunda ed., Taurus, Madrid, 1998.

<sup>3</sup> Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, tercera edición, Porrúa, México, 2003, pp. 29-30.

<sup>4</sup> Ver Carlos F. Quintana Roldán, *Derecho Municipal*, editorial Porrúa, 2002, México, p. 95 y ss.

La reforma de 1999 puede resumirse de la siguiente manera: reconocimiento expreso del municipio como ámbito de gobierno, autonomía jurídica y leyes estatales sobre cuestiones municipales, que aseguren la participación ciudadana y vecinal, modificaciones a los servicios públicos municipales e inclusión de la policía preventiva, asociación de municipios mas amplia; precisiones en relación a los ingresos municipales.<sup>5</sup>

Igualmente se modificó la fracción V ampliando las facultades del municipio en relación a las materias de desarrollo urbano, ecología y planeación regional: en el inciso c) se le otorgó participación en la formulación de planes de desarrollo regional; en el inciso d) se le facultó no sólo para manejar y controlar el uso del suelo, sino también para autorizarlo; en el inciso g) se estableció que el municipio podría participar no sólo en la creación y administración de zonas de reserva ecológica, sino también en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en la materia; en el inciso h) se concedió intervención al municipio en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; y finalmente, en el inciso i) se facultó al ayuntamiento para celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

La reforma de 2001, que se refiere a la denominada *Ley Indígena*, consistió en adicionar un párrafo a la fracción III del artículo 115, que señala: “Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley”.

## II. Problemática del municipio urbano

El municipio, de una larga tradición en nuestro país, es el nivel de gobierno más cercano a los ciudadanos, y por lo tanto es un elemento indispensable para satisfacer las necesidades de la sociedad y su entorno.<sup>6</sup>

El municipio mexicano corresponde a nuestra geografía política y a nuestro desarrollo: así encontramos municipios rurales, suburbanos, urbanos y metrópolis conurbados, municipios turísticos, mineros, pesqueros, etc. En este trabajo abordaré sólo la problemática del municipio urbano.

México cuenta con una larga tradición urbana<sup>7</sup>. De acuerdo al *Programa Nacional de Desarrollo Urbano y Ordenamiento del Territorio 2001-2006* en la actualidad, de

---

<sup>5</sup> Ver Salvador Valencia Carmona, “La reforma constitucional de 1999 al municipio”, en *Cuestiones Constitucionales*, no. 4, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio 2001; “Derecho Municipal”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo XI, 2002 pp. 142-146, *Derecho Municipal*, editorial Porrúa, UNAM, México, 2003.

<sup>6</sup> Acerca del municipio consultar Moisés Ochoa Campos, *La reforma municipal*, editorial Porrúa, México, 1968; *El desafío municipal*, Centro Nacional de Estudios Municipales, Secretaría de Gobernación, , México, 1985; Teresita Rendón Huerta Barrera, *Derecho Municipal*, editorial Porrúa, México, 1985; Reynaldo Robles Martínez, *El municipio*, quinta edición, editorial Porrúa, México, 2002; Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *op. cit.*, pp. 989-1036, Salvador Valencia Carmona, “Derecho Municipal”, *op. cit.*; Carlos F. Quintana Roldán, *op. cit.*

<sup>7</sup> Gustavo Garza, compilador, *Cincuenta años de investigación urbana y regional en México, 1940-1991*, primera reimpresión, El Colegio de México, México, 1999.

conformidad con el XII Censo General de Población y Vivienda 2000, poco más de 63.2 millones de personas (cerca del 66% de la población total del país) residen en 364 ciudades mexicanas: en sólo 9 grandes zonas metropolitanas (de más de un millón de habitantes cada una) residen 33.2 millones de personas, el 52.1% de la población urbana del país; en 17 metrópolis menores a un millón de habitantes residen otras 11.9 millones de personas (18.7% del total urbano) y en 79 metrópolis menores a 500 mil habitantes residen 17.1 millones de personas (26.9% del total urbano del país)<sup>8</sup>, lo que determina que el Estado y la sociedad deban realizar considerables esfuerzos para atender una demanda creciente de empleos, vivienda, servicios básicos, equipamiento e infraestructura en el ámbito urbano.<sup>9</sup>

Debido a las últimas reformas al régimen municipal que favorecen la descentralización y lo reconocen como un nivel de gobierno, el papel del municipio en el desarrollo del país se ha dimensionado.

Ante la compleja diversidad arriba señalada que existe entre los 2,433 municipios del país,<sup>10</sup> éstos se enfrentan a problemas derivados de la dotación de servicios, la infraestructura urbana y algunos equipamientos públicos como los mercados, agua y saneamiento, alumbrado, recolección de basura, zonificación y planes de desarrollo urbano municipal, problemas de reservas territoriales, de conurbación, así como ambientales y de reordenamiento urbano, de manejo de zonas federales, problemas de contaminación del aire, manejo de residuos peligrosos, de vialidad, vendedores ambulantes, contaminación de los ríos, rellenos sanitarios, impactos ambientales, entre otros, constituyen retos para las autoridades municipales, que en muchos casos no cuentan con recursos para resolverlos.

La solución de esta problemática requiere de la participación de los tres niveles de gobierno y de la sociedad civil.

### III. Relevancia de la participación ciudadana

¿Qué es la participación?<sup>11</sup> La participación es un componente esencial de la democracia, que permite concretar el ejercicio de la ciudadanía en sus diferentes dimensiones. Así, podemos hablar de ciudadanía civil, asociada a derechos propios de la libertad individual (igualdad ante la ley, libertad de expresión, de pensamiento, de religión, de propiedad); de ciudadanía política que se sustenta en los principios de la democracia liberal y que supone el derecho a participar como elector y ser electo, a través del sufragio universal, y la

---

<sup>8</sup> Programa Nacional de Desarrollo Urbano y Ordenación del Territorio 2001-2006, p. 50.

<sup>9</sup> Sobre el porcentaje de la población restante, que habita en ciudades o agrupaciones urbanas de menor tamaño, la problemática varía, y en todo caso debe ser objeto de estudios por separado.

<sup>10</sup> <http://www.inafed.gob.mx>

<sup>11</sup> Sigo las ideas en este tema de la doctora Alicia Ziccardi, investigadora del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM, ponencia *Los actores de la participación ciudadana*, en el I Congreso sobre *Gobiernos Locales: El futuro político de México*, celebrado en 1999, en Guadalajara, <http://www.iglom.iteso.mx>; ver además “La tarea de gobernar: las ciudades y la gobernabilidad”, en *La tarea de gobernar: gobiernos locales y demandas ciudadanas*, Alicia Ziccardi, coordinadora, Miguel Ángel Porrúa, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 1995, pp. 13-37; “Gobernabilidad y participación ciudadana en el Distrito Federal”, en *Ciudadanía, poder político y gobierno*, Elsa Patiño Tovar y Jaime Castillo Palma, compiladores, 2º Congreso RNIU: Investigación Urbana y Regional, UAP, Red nacional de investigación urbana, Puebla, 2000, pp. 67-92.



ciudadanía social, que se refiere a los derechos a la salud, la educación, la seguridad social, la vivienda, que debe garantizar el Estado al conjunto de la ciudadanía.

Los defensores de la democracia participativa sostienen que los ciudadanos deben participar activa y ampliamente en los diferentes programas de gobierno que afectan directamente sus vidas, ya que las instituciones y procesos tradicionales no siempre son capaces de identificar y resolver los problemas que los grupos de ciudadanos perciben como serios.<sup>12</sup>

Un segundo beneficio potencial se deriva de las aportaciones valiosas que pueden hacer los ciudadanos para los procesos de planificación y ejecución; un tercer beneficio consiste en que la participación de los ciudadanos tiene un valor democrático, pues les facilita exigir responsabilidades a los funcionarios electos o designados, ya que pueden juzgar mejor su desempeño. Claro está que esta participación no está exenta de dificultades o problemas.<sup>13</sup>

Para ejercer estos derechos, los ciudadanos participan de diferentes formas en organizaciones civiles y sociales, en partidos y asociaciones políticas, y vecinales o territoriales: “El mismo concepto de ciudadanía se ve ampliado; no se trata simplemente de emitir un voto, aunque también es la defensa del voto lo que los aglutina. Es la idea de un ciudadano que exige participando, que defiende sus intereses organizándose, que propone alternativas para construir vías democratizadoras.”<sup>14</sup>

La denominación participación ciudadana se reserva a la relación que existe entre los individuos y el Estado, relación que pone en juego el carácter público de la relación estatal: “son diferentes tipos de experiencias que remiten a la intervención de los individuos en actividades públicas para hacer valer sus intereses sociales”<sup>15</sup>

Según la investigadora Silvia Bolos: “En la actualidad el término participación es utilizado para explicar la incidencia de individuos y grupos sociales en las diferentes etapas en las que se resuelven asuntos de interés público, es decir, en la consulta, discusiones, planteo de propuestas, en algunos casos, la gestión de recursos”.<sup>16</sup>

Hasta ahora, la creación de instancias gubernamentales para la participación social, no ha garantizado que los ciudadanos sean protagonistas del diseño y formulación de las políticas locales: solamente han servido como intentos de legitimar ciertas políticas tanto del gobierno local, como del federal.

---

<sup>12</sup> Joseph F. Zimmerman, *Democracia participativa. El resurgimiento del populismo*, Limusa, México, 1992, p. 15 y ss.

<sup>13</sup> Entre los costos se pueden mencionar las demandas de los ciudadanos para la realización de estudios adicionales en determinada obra o proyecto; que los ciudadanos tengan un punto de vista demasiado localista y enfocado solamente al impacto de los planes y programas sobre su comunidad y que se genere un conflicto de intereses con un área geográfica más amplia; otro problema podría consistir en la falta de representatividad de los integrantes ciudadanos que participen en los programas y en la toma de decisiones; la demora que implica que comprendan los aspectos técnicos de los planes y programas, entre otros, Joseph F. Zimmerman, *idem*.

<sup>14</sup> Silvia Bolos Jacob, Ver “Las organizaciones sociales de la Ciudad de México: entre la participación social y la participación ciudadana”, en *Ciudadanía, poder político y gobierno*, op. cit., p. 32.

<sup>15</sup> Nuria Cunill, *La participación ciudadana*, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, Caracas, 1991, cit. pos Alicia Ziccardi, *idem*.

<sup>16</sup> Silvia Bolos Jacob, “Los dilemas de la participación en gobiernos locales”, ponencia en el II Congreso *Gobiernos locales, democracia y Reformas del Estado*, abril, 2001, <http://www.iglom.iteso.mx>

Hasta hace poco, las relaciones de las organizaciones sociales y las instituciones estatales fueron de enfrentamiento y de lucha. Sólo recientemente, y en algunos casos aislados, la apertura democrática ha permitido la participación ciudadana para buscar soluciones a los problemas que presentan los municipios.

La participación ciudadana, a diferencia de otras formas de participación (política, comunitaria, etc.) se refiere específicamente a que los habitantes de las ciudades intervengan en las actividades públicas representando intereses particulares (no individuales).

Es en el barrio, en la colonia, en la ciudad, en los municipios, donde los individuos acceden, en condiciones diferenciadas, a bienes y servicios.

Por ello, los gobiernos municipales, que es el lugar donde se da la mayor proximidad entre autoridades y ciudadanos, deben crear las condiciones para que existan espacios de participación ciudadana e instrumentos que permitan efectivizarla.

Aunque es un hecho que la ciudadanía en México no siempre demuestra interés en participar en la resolución de los asuntos públicos, ni siquiera en la elección de sus representantes, en quienes delegan la atención de sus demandas, ello tiene su explicación en el tipo de régimen político que existía en nuestro país y en el largo proceso de transición democrática, que generó apatía, así como falta de credibilidad de la ciudadanía respecto a su trabajo voluntario por mejorar su barrio, su colonia, su ciudad, su municipio.

En la etapa actual de consolidación democrática,<sup>17</sup> una de las tendencias constitucionales básicas que se mantienen es el desarrollo municipal, inserto en el *Programa Hacia un Auténtico Federalismo*, impulsado en el *Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006*, que entre otros grandes retos, y a partir de la reforma al artículo 115 constitucional de 1999, contempla un impulso a la participación ciudadana y vecinal, que es deseable se convierta en una participación efectiva, que coadyuve a asegurar tanto la legitimidad como su consecuencia, la gobernabilidad.<sup>18</sup>

En palabras del director del INAFED, Carlos H. Gadsden: “El federalismo brinda la posibilidad de que sean los gobiernos locales los que creen las condiciones para que existan espacios de participación ciudadana e instrumentos que permitan hacerla más efectiva. Ya que la participación ciudadana es un componente esencial de la democracia, como forma de organización social y de gobierno”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Ver Salvador Valencia Carmona, “Hacia un nuevo sistema político y constitucional”, en *Cuestiones Constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 8, enero-junio, México, 2003, pp. 159-182.

<sup>18</sup> Ver Joan Prats, “Gobernabilidad y desarrollo humano; la dimensión local. Un vistazo a América Latina”, en *Reforma político-electoral y democracia en los gobiernos locales*, Rodolfo Vega Hernández, Arturo Rodríguez Obregón, Eduardo Fernández Sánchez y Antonio Rivera Casas, (coordinadores), Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, A. C., Instituto Electoral de Querétaro, Querétaro, 2001, pp. 149-160.

<sup>19</sup> “Hacia una coherente arquitectura de gobierno en México”, en *Federalismo y regionalismo*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, José María Serna de la Garza, coordinador, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 176.

## IV. La participación ciudadana en la legislación federal

Existen formas institucionalizadas de participación ciudadana reconocidas en la legislación federal, local y municipal, sin embargo, su eficacia es limitada y prevalecen prácticas burocráticas y autoritarias por parte de las autoridades. Esto ha producido que los espacios institucionales de participación para el desarrollo urbano, ecológico y de planeación sean mas bien de colaboración, de corresponsabilidad en la gestión, pero no de toma de decisiones.

En la actualidad la mayoría de las zonas metropolitanas y ciudades de más de 50,000 habitantes, cuentan con planes de desarrollo urbano actualizados, sin embargo, es necesaria la creación de mecanismos que permitan darle un adecuado seguimiento a la definición y ejecución de las obras y acciones derivadas de los mismos.<sup>20</sup>

En el caso de los problemas urbanos, en la *Ley General de Asentamientos Humanos*, de 26 de mayo de 1976, se establecieron por primera vez, las bases jurídicas para que el Estado mexicano interviniera en la planeación y control de la urbanización de los centros de población. La mayoría de los estados expidieron sus leyes estatales sobre Asentamientos Humanos.<sup>21</sup>

La ley vigente de 1993, en el capítulo Segundo De la concurrencia y coordinación de las autoridades, el artículo 7° señala las acciones que deberán concertarse entre la Federación, los estados y los municipios en la planeación del desarrollo urbano. En el capítulo Séptimo, los artículos 48, 49 y 50 de la ley se refieren a la participación ciudadana, que no se limita exclusivamente a la elaboración de programas de desarrollo urbano, sino a su vigilancia y ejecución.

Por otra parte, la *Constitución Federal* en el artículo 26 establece que el Estado debe organizar un Sistema de Planeación Democrática. El Sistema de Planeación Democrática se constituye por un conjunto de programas que se establecen entre las diversas dependencias y niveles de gobierno y las agrupaciones e individuos de la sociedad, dichas relaciones se conforman según los principios básicos que establece la *Ley de Planeación*, publicada el 5 de enero de 1983, que señala las normas y principios para llevar a efecto la planeación del desarrollo.

El Capítulo Tercero de la Ley habla de la Participación social en la planeación, en su artículo 20 prevé la participación y consulta de los diversos grupos sociales en la elaboración, actualización y ejecución del Plan y los programas.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> *Programa de Desarrollo Urbano*, p. 56.

<sup>21</sup> En 1976 se adicionaron al artículo 115 constitucional facultades a los municipios en la planeación de los asentamientos humanos. Así, las tres instancias de gobierno, federal, estatal y municipal, deberán concurrir a la realización del desarrollo urbano, a través del *Programa Nacional de Desarrollo Urbano y Ordenación de Territorio 2001-2006*.

<sup>22</sup> “Para elevar la capacidad de los municipios para atender la demanda de infraestructura y servicios a la población se requiere que éstos mejoren su capacidad financiera, En la mayoría de los municipios la posibilidad de captar un mayor volumen de ingresos propios, por la vía de impuestos relacionados con los predios urbanos, se ha visto limitada tanto por problemas de modernización de los catastros y registros

El artículo 8° de la *Ley General de Asentamientos Humanos* señala las principales acciones y atribuciones (artículo 9°) de planeación urbana que deberá concertar el gobierno estatal y el gobierno municipal.

Los municipios, con la participación de la sociedad, expresada a través del Comité para el Desarrollo Municipal (COPLADEMUN)<sup>23</sup> determinan las prioridades y programas que mas les convienen.

Para responder a las inquietudes de la sociedad de que el desarrollo económico debe estar planteado en armonía con el medio ambiente, para poder hablar de un desarrollo sustentable, entendido como aquel que se lleve a cabo “sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”<sup>24</sup>, el gobierno mexicano creó la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología y en 1988 expidió la *Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente*, que estableció el régimen de concurrencia de la temática ambiental, dándole intervención a los municipios.

Asimismo se adicionaron los artículos 27 y 73 fracción XXIX G<sup>25</sup> de la *Constitución General* para fijar las bases que facultan al Estado mexicano para dictar medidas en torno a la protección del ambiente.

La *Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente* en su Capítulo II regula la concurrencia de los tres niveles de gobierno en esta materia, y establece amplias facultades descentralizadoras tanto a los estados como a los municipios.<sup>26</sup>

Para hacer posible la participación, se debe promover en forma institucionalizada, es decir, aquella que esté reconocida en las leyes y reglamentos, limitada por la normatividad, en este caso, por las leyes y reglamentos municipales, que se convierten en reglamentarios de lo que ordena la *Constitución General* en su artículo 115.

---

públicos, como por lo limitado de las competencias legales de las autoridades municipales en la materia”, *Programa Nacional de Desarrollo...*, p. 55.

<sup>23</sup> Actualmente se firma un Convenio de Desarrollo entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados con vigencia de un ejercicio fiscal, renovable anualmente. Se instituye un Comité de Planeación para el Desarrollo del Estado (COPLADE). Los Comités de Planeación para el Desarrollo Municipal (COPLADEMUN) están previstos como el órgano fundamental para la operación y el desarrollo del Fondo para la infraestructura social municipal previsto en el artículo 35 de la *Ley de Coordinación Fiscal*.

<sup>24</sup> Informe de la Comisión Brundtland, *Nuestro futuro común*, Alianza editorial, Madrid, 1987, p. 67. “El desarrollo sustentable, de acuerdo con esta definición, debe ser una política a largo plazo que, tanto en la economía como en el medio ambiente, deberá atender a las necesidades de las generaciones futuras en función de los recursos disponibles, debe ser tanto global como regional y nacional y debe descansar en principios de equidad”, Víctor L. Urquidí, “Economía y medio ambiente” en *La diplomacia ambiental, México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, Alberto Glender y Víctor Lichtinger (compiladores), Secretaría de Relaciones Exteriores, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 59. Sobre este tema ver Enrique Leff Simmerman, *Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, tercera edición, Siglo XXI, PNUMA, Centro de Investigaciones interdisciplinarias en ciencias y humanidades, México, 2002.

<sup>25</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 10 de agosto de 1987.

<sup>26</sup> Entre los mecanismos de participación social en la legislación ambiental mexicana, tenemos, por ejemplo: en la *Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente*, artículos 15, fracción X, 20 bis, 20 bis 5 fracción VII, 34, 47, 56 bis, 58, 59, 64 bis, 65, 67, 78 bis, 79 fracción VI, 157, 159 y 189; en la *Ley de Aguas Nacionales*, artículos 13 y 14; en la *Ley Forestal*, artículos 19 bis 8, 19 bis 9, 19 bis 10; en la *Ley Federal de Metrología y Normalización* artículos 62 y 63; en la *Ley Federal de Asentamientos Humanos*, artículos 48, 49 y 50, en la *Ley Federal de Salud*, artículos 50 al 60; y en la *Ley de Planeación*, Capítulo III Participación social en la Planeación, artículo 20.

Por otra parte, esa participación ciudadana debe consistir en algo más que en consultas, audiencias públicas, giras de trabajo de autoridades, comités de planeación, sino que debe contemplarse en la toma de decisiones, “lo cual exige una transformación en el ejercicio y en la forma de pensar de los funcionarios de la administración municipal”.<sup>27</sup>

Existen en la doctrina análisis de experiencias innovadoras en la gestión municipales exitosas, que se asocian, entre otros factores, a la participación ciudadana y vecinal,<sup>28</sup> por ejemplo, en la Ciudad de México,<sup>29</sup> en León, Guanajuato y Xico Veracruz,<sup>30</sup> Nezahualcóyotl, Estado de México,<sup>31</sup> Oaxaca, y algunos otros.<sup>32</sup>

También es posible encontrar este tipo de mecanismos de participación de democracia directa en América Latina, como es el caso de Argentina, Colombia y Perú,<sup>33</sup> entre otros.

A continuación analizaré cuál ha sido el proceso de implementación de la reforma constitucional al artículo 115 Constitucional, en esta materia, en algunos estados de la República.

---

<sup>27</sup> Silvia Bolos Jacob, “Los dilemas de la participación en gobiernos locales”, *op. cit.*

<sup>28</sup> Ver Alicia Ziccardi, coordinadora, *La tarea de gobernar, op. cit.*, Carlos Garrocho y Jaime Sobrino, *Desarrollo municipal, retos y posibilidades* El Colegio Mexiquense, , Toluca, 1998.

<sup>29</sup> Silvia Bolos “Las organizaciones sociales de la Ciudad de México: entre la participación social y la participación ciudadana”, Alicia Ziccardi “Gobernabilidad y participación ciudadana en el Distrito Federal”, en *Ciudadanía, poder político, op. cit.* pp. 29-44 y 67-92.

<sup>30</sup> “La participación ciudadana como elemento impulsor de la innovación en la gestión municipal: León, Guanajuato. El modelo del Municipio-empresa; Xico, Veracruz, Un proceso innovador en la tradición comunitaria” en Enrique Cabrero Mendoza, *La nueva gestión municipal en México, Análisis de experiencias innovadoras en gobiernos locales*, primera reimpression, Miguel Ángel Porrúa, CIDE, México, 1996, pp. 53-158.

<sup>31</sup> Emilio Duhau y Martha Schteingart “El primer gobierno perredista de Nezahualcóyotl, Estado de México”, en Martha Schteingart y Emilio Duhau, coordinadores, *Transición política y democracia municipal en México y Colombia*, Miguel Ángel Porrúa, *Global Urban Research Initiative*, México, 2001, pp. 165-226

<sup>32</sup> Tonatiuh Guillén López “Gobiernos municipales, actores sociales y cambio político. Una perspectiva desde la frontera norte de México”, pp. 105-134; Fausto Díaz Montes, Gloria Zafra y Salón González Melchor, “Oaxaca: diversidad municipal y participación ciudadana” pp. 135-162; María del Carmen Pardo “La gestión municipal ¿motor o freno para el ejercicio democrático?, pp. 253-282, en Mauricio Merino, coordinador, *En busca de la democracia municipal. La participación ciudadana en el gobierno local mexicano*, El Colegio de México, México, 1995.

<sup>33</sup> Ver Margarita Molteni, “Mecanismos de democracia directa en la Argentina”, especialmente en el orden municipal, p. 69-71; Martín Krause, “La democracia directa en Colombia”, pp. 91-98; Milagros Maraví Sumar “Las instituciones de democracia directa en el Perú”, en especial mecanismos de participación a nivel local pp. 142-148, en Martín Krause-Margarita Molteni, coordinadores, *et al, Democracia directa*, Abeledo-Perrot, Fundación para la Capacitación Política, *International Republican Institute*, Buenos Aires, 1997.

## La consensualidad de los contratos en el Derecho Romano

Socorro Moncayo Rodríguez\*

**RESUMEN:** En este trabajo se analizan los esfuerzos realizados por la jurisprudencia clásica encaminados a identificar en el *consensus* un elemento esencial del contrato. Se revisa el desarrollo de los contratos con el fin de detectar como el mundo romano se va despojando paulatinamente del riguroso formalismo para dar cabida al *consensus* como fuente de obligaciones y finalmente cómo la presencia de otros factores como los *iudicia bonae fidei*, los contratos innominados y los pactos contribuyen al desarrollo de la consensualidad de los contratos.

**Palabras clave:** Contrato, consensualidad, convenio.

**ABSTRACT:** *In this paper, the efforts made by classic jurisprudence directed to identify in the consensus an essential element of contract are analyzed. The development of contracts is revised with the purpose of detecting how the roman world is slowly getting rid of the rigorous formalism to give way to the consensus as a source of obligations and finally as the presence of other factors as the iudicia bonae fidei, the not nominated contracts and the pacts contribute to the development of consensuality of the contracts.*

**Key words:** Contract, consensuality, covenant.

**SUMARIO:** 1. Origen y desarrollo histórico de los contratos. Surgimiento de los consensuales. 2. Aspectos que contribuyen a la consensualidad de los contratos: A. *Iudiciae Bonae Fidei*. B. Contratos innominados. C. Pactos. Conclusiones.

### 1. Origen y desarrollo histórico de los contratos. Surgimiento de los consensuales

La noción del contrato como acuerdo de voluntades entre dos o mas personas era ajena al antiguo derecho romano y constituye sin duda el fruto de una larga evolución histórica que inicia con la realización de actos solemnes, ceremonias y rituales para dar paso al

---

\* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

nacimiento de una obligación. La Roma primitiva caracterizada por costumbres toscas y rudimentarias debió utilizar procedimientos cargados de formalismos y poco numerosos para vincular a dos personas que pretendían obligarse. A través de un proceso lento y continuo, el derecho romano fue simplificando y en ocasiones abandonando las formalidades que acompañaban rigurosamente a las voluntades de las partes que se obligaban. De este modo los juristas romanos, sea por la evolución natural de su derecho, como por la incorporación de algunas instituciones del derecho común a los pueblos del mediterráneo, denominado genéricamente *ius gentium*, llegaron a tipificar en el derecho clásico cuatro clases de contratos: *re, verbis, litteris y consensus*. Clasificación que en realidad se vinculaba al tipo de obligación que se contraía, la expresión *contrahere obligationem* precisamente significa obligación contraída y el agregado *re, verbis, litteris, consensus* indica el modo en que se constituía el vínculo, que ahora traducimos calificando al acto mismo como contrato real, verbal, literal y consensual.

La forma más antigua de obligarse en el derecho romano fue a través de la pronunciación de determinadas frases solemnes, fuera por parte de uno o de ambos contratantes: *obligaciones verbis contractae*. Estos actos no podían ser modificados por los contratantes tanto en lo concerniente a la forma como en relación a los efectos que el derecho les atribuía.<sup>1</sup> Forman parte de esta categoría figuras muy antiguas como la *sponsio* o *stipulatio* (que se mantuvo en vigor durante toda la época clásica).

La *stipulatio* consistía en la conjugación de una interrogación solemne del acreedor al deudor con una congruente respuesta de éste último al acreedor (*spondes dari centum?, spondeo*). En principio sólo se utilizó el verbo *spondere*, más tarde se permitió el uso de otras formas verbales, admitiéndose que pudieran tener acceso también los extranjeros, conociéndose esta figura derivada de la *sponsio* como *stipulatio*.

El contenido de estos contratos podía ser muy variado adaptándose a todo tipo de necesidad, siempre que se respetara la forma, servía de base para constituir obligaciones de dar, hacer, prometer, garantizar, etc.

Es necesario puntualizar que en esta categoría de contratos la observación de la expresión verbal requerida era suficiente para el nacimiento de la obligación, siendo por tanto, poco relevante el consentimiento entre las partes para la validez del mismo.

Aparecieron posteriormente los contratos *litteris* que se perfeccionaban con el uso de determinadas formas escritas por las partes. Todo *paterfamilias* romano acostumbraba hacer un registro de las operaciones que realizaba en un libro denominado *codex accepti et expensi*, de manera que cuando confería un préstamo registraba el nombre del deudor y de la suma debida en la columna correspondiente a las salidas, este tipo de acto se denominaba *expensilatio* o *nomen transcripticium* y desapareció en la época clásica, apareciendo nuevos contratos literales; *singraphaey chirographae* en el periodo posclásico.

---

<sup>1</sup> No podían sujetarse, por tanto, ni a término, ni condición, Cfr. E. Volterra, , *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza Editrice, Roma, 1993, p. 454.

En estos contratos, el uso de la escritura era suficiente para generar la obligación, fue tan importante el registro que a pesar de no haberse realizado la erogación de la suma prometida al deudor, la obligación surgía con plenos efectos civiles.

Aparece otra forma de contraer obligaciones a través de un pacto no formal acompañado al mismo tiempo de la entrega de una cosa a otro sujeto para que la use, o tratándose de cosas fungibles, la consuma, obligándose a restituir la misma cosa u otra del mismo genero en caso de haberla consumido. Pertenecen a la categoría de los contratos *re*, la *fiducia* (garantía), el mutuo (préstamo de consumo), el comodato (préstamo de uso) entre otros; todos tienen en común el acuerdo de restitución de la cosa entregada. Podemos observar que en este tipo de contratos comienza a tener cierta relevancia el *consensus*, la voluntad de las partes tendiente a la restitución, sin embargo no se acepta aún que del simple acuerdo pueda nacer la obligación, esta surge sólo si al acuerdo se acompaña la entrega material de la cosa, de ahí el nombre que asumen estos contratos: *contrahere re*, asunción de una obligación por la entrega.

La voluntad como elemento esencial del contrato, finalmente asume relevancia con la introducción de los contratos consensuales, es decir aquellos que se basan en el simple *consensus* de las partes, de cualquier manera manifestado.

Estos contratos tienen un lugar especial en el “sistema contractual” romano. Gayo en las *Institutas* hace referencia en forma expresa a la diferencia entre estos y los contratos formales, *verbis y litteris* al afirmar:

Gai. 3. 136.

*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.*

Gai. 3. 136.

Y así decimos que en estos modos la obligación se contrae con el consentimiento, ya que no es necesaria forma alguna, ni de palabra ni de escritura, sino que es suficiente que quienes hacen el negocio, hayan convenido hacerlo.

El jurista, para destacar que en estos contratos la obligación surge del simple acuerdo entre las partes, marca con toda claridad que en ello radica la diferencia con los contratos verbales y literales, en donde la eficacia de la obligación depende de manera directa e inmediata de las expresiones verbales o del uso de la escritura referidas por el *ius civile*.

La esencialidad del *consenso* es afirmada por el mismo Gayo a propósito de la compraventa en particular, al manifestar:

Gai. 3. 139.

*Emptio et venditio contrahitur cum*

Gai. 3. 139.

Se contrae la compraventa cuando se



*de pretio convenerit quamvis nondum  
pretium numeratum sit...*

conviene acerca del precio, aún  
cuando este no se ha pagado...

En este fragmento Gayo enfatiza sobre la consensualidad de la compraventa relevando que ésta se perfecciona a partir del consentimiento de los contratantes, aún cuando no haya sido consignado todavía el pago.

Gayo visualiza una diferencia más entre estos contratos, los verbales y los literales.

Gai. 3. 137.

*Item in his contractibus alter alteri  
obligatur de eo quod alterum alteri  
ex bono et aequo praestare oportet;  
cum alioquin in verborum  
obligationibus alius stipulatur, alius  
promittat; et in nominibus alius  
expensum ferendo obligat, alius  
abligatur.*

Gai. 3. 137.

También en estos contratos una de las partes queda obligada respecto de la otra en virtud de la prestación que ésta debe realizar conforme el *bonum et aequum* diversamente en las obligaciones *verbis* una de las partes estipula y la otra promete y en las obligaciones literales uno se obliga por la anotación en el *expensum* y el otro queda obligado.

De este fragmento deriva que los contratos consensuales generan obligaciones para ambas partes, en tanto que los verbales y literales crean una obligación para una sola de las partes. De manera que en el pensamiento de Gayo existe una relación directa entre los contratos consensuales y la reciprocidad de las obligaciones.

Para el jurista clásico los contratos consensuales se caracterizan precisamente por generar obligaciones bilaterales, una concepción equivalente al *synallagma* (de ahí la denominación contratos sinalagmáticos), que ya Labeón había identificado en los contratos; y en este sentido no serán contratos ni las promesas, ni las *stipulationes*, ni las formas documentales (*obligaciones litteris*) por carecer de dicha reciprocidad.

Son consensuales los contratos: compraventa, locación, sociedad y mandato.<sup>2</sup>

Por otro lado es necesario observar como en el fragmento anterior Gayo utiliza la expresión “estos contratos”, al referirse a los consensuales, expresión que no aparece cuando se refiere a las obligaciones que nacen *re*, *verbis* o *litteris*, lo que podría hacer suponer que el jurista considerase como típicos o auténticos contratos, los consensuales.

---

<sup>2</sup> Gai. 3. 135. “Por el consentimiento se hacen las obligaciones en las compraventas, las locaciones, las sociedades y los mandatos”.

## 2.Aspectos que contribuyen a la consensualidad de los contratos

### A. *Iudicia bonae fidei*

La aparición y desarrollo de los contratos consensuales tiene estrecha relación con la introducción de la fórmula que contenía la cláusula *ex bona fide* en el proceso civil romano.

Se distingue entre *iudicia* o *actiones stricti iuris* y *iudicia* o *actiones bonae fidei*, en los primeros el juez debe dictaminar conforme a las indicaciones estrictamente contenidas en la fórmula, respecto a las situaciones de hecho y de derecho en controversia, como las nacidas de delitos, de préstamos, de *stipulationes*, es decir, estas acciones se vinculan a obligaciones unilaterales.

En las segundas, el juez está facultado ampliamente para valorar la pretensión del demandante conforme a la buena fe y corresponden a las obligaciones bilaterales, generalmente son la acciones derivadas de los contratos consensuales.

Al respecto Gayo en las *Institutas* (4. 61.) establece: “En los juicios de buena fe aparece permitido al juez la libre potestad de estimar el monto de lo que se debe restituir al actor conforme al *bonum* y al *aequum*. En esto esta comprendido que, tomada en cuenta la prestación que debiera el actor a su contrario por la misma causa, se condene al demandado sólo por el resto”.

De los *iudicia bonae fidei* se habla ya en la República, Cicerón *De. of.* 3. 17. 70. proporciona un listado de ellos, atribuyéndolo a *Quinctus Mucius Scaevola* que comprende las *actiones tutelae*, la *actio pro socio*, la *actio fiduciae*, la *actio mandati*; la *actio empti venditi* y la *actio locati conducti*. Gayo (4. 62.) agrega a las anteriores la *actio negotiorum gestio*, la *actio rei uxoriae* (para recuperar la *dote*) y la *actio depositi*. Mismas que reproduce el Edicto Tit. XIX (*De bonae fidei iudiciis*).

Es significativo que fuera de las acciones relativas a la tutela y a la *dote*, se haga referencia a los cuatro contratos consensuales, compraventa, sociedad, locación y mandato.

Contratos que, como ya señalamos, son generadores de obligaciones bilaterales, en tanto los *verbis*, *litteris* y *re* son productores de obligaciones unilaterales y, protegidos por acciones *stricti iuris*, acciones que no podrían ser aplicadas a los contratos *consensu* debido a la característica de la reciprocidad, por lo que requerían de procedimientos especiales, y estos se encuentran precisamente en los *iudicia bonae fidei*.

Estas acciones tienen su origen en el comercio internacional, se crean para proteger los contratos del derecho de *gentes*, que recibían protección por parte del pretor peregrino.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. M. García Garrido, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 185-186.

Permiten al juez tener en consideración las obligaciones recíprocas entre los litigantes para estimar el monto de lo que se debe restituir.<sup>4</sup>

El demandado no requería interponer la *exceptio doli mali*, ni ninguna otra excepción basada en la equidad, puesto que se entendían implícitamente incorporadas y el juez las tomaba en consideración.

El juez también tenía en cuenta los pactos convenidos por las partes tanto en el momento de la celebración del contrato (*in continenti*) como los posteriores que modifiquen las obligaciones contraídas (*ex intervallo*).

Atendiendo a la reciprocidad de las obligaciones, la iniciativa procesal podía ser tomada por cualquiera de las partes que intervinieron en el contrato correspondiente, tratándose de contratos sinalagmáticos existía la posibilidad de que nazcan acciones para cada una de las partes contratantes.

En base a la buena fe el juez podía valorar de manera más flexible la responsabilidad del demandado y las pretensiones del actor, con la finalidad de estimar pecuniariamente la condena.

El demandado estaba facultado para cumplir su obligación, realizando la prestación convenida hasta antes de la sentencia, con lo que venía absuelto por el juez.

Lo anterior implica que el juez podía revisar y analizar el contenido del contrato, buscando la intención de los contratantes a la luz de los principios de buena fe y de la lealtad a la palabra manifestada por las partes mismas en sus recíprocas relaciones jurídicas. En esta perspectiva los *iudicia bonae fidei* privilegian el acuerdo, el consenso entre las partes, del cual derivan las respectivas obligaciones, sin importar la solemnidad de las expresiones verbales o de la escritura. La introducción de los contratos consensuales fue posible cuando el pretor peregrino admite este tipo especial de formulas, dando paso a los *iudicia bonae fidei*.

## **B. Contratos innominados**

Si bien en las *Institutas* de Gayo se realiza una clasificación taxativa de los contratos y fuera de estos cualquier otro acuerdo no constituiría obligaciones, careciendo por tanto de acciones para su tutela, entre el siglo II y III d. C., se admitieron algunas instituciones dieron la tutela del derecho civil a otros acuerdos que no formaban parte del grupo de los contratos típicos, si estaban justificados por una adecuada causa.

---

<sup>4</sup> El juez compensaba previamente lo que el demandado pudiera hacer valer ante el actor en virtud de las obligaciones recíprocas, *Cfr.* A. D'Ors, *Derecho privado romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, p. 509.

Esta practica nos es remitida por un fragmento de Ulpiano, en el que se refiere a los juristas de vanguardia Aristón y Mauriciano:

D. 2. 14. 7. pr.

*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteris similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tanem causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasei civilem obligationem, et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: essi enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

D. 2. 14. 7. pr.

Algunos de los convenios del derecho de gentes generaron acciones, algunas excepciones 1. Aquellos que generaron acciones no conservan el nombre de convenios, sino que asumen el nombre propio del contrato: así la compraventa, la locación, la sociedad, el comodato, el depósito y todos los demás similares contratos. 2. Pero aún cuando el negocio no se resuelve en otro contrato, sin embargo subsista una causa, justamente Aristón contestó a Celso que existe de todos modos una obligación, así por ejemplo si te he dado una cosa con la finalidad de que tu me dieses otra, o si te he dado una cosa para que tu hicieses otra cosa: esto es un sinalagma, y de ello nace una obligación civil. Y así considero que justamente Juliano haya sido corregido por Mauriciano en el siguiente caso: te he dado el esclavo Stico con el fin de que manumitieses el esclavo Pánfilo: tu lo has manumitido; el esclavo Stico fue vindicado. Juliano escribe que el pretor debe conceder una acción *in factum*; Mauriciano sostiene que es suficiente una acción civil incierta, es decir, *praescriptis verbis*: en efecto subsiste un contrato, que Aristón llama sinallagma, y de él nace esta acción.

Se piensa<sup>5</sup> que este fragmento hubiese podido sufrir algunas interpolaciones, sin embargo el pensamiento de Ulpiano resulta de gran claridad y coherencia, plantea la existencia de un acuerdo entre las partes que no se identifica con los tipos de acuerdos reconocidos por el derecho civil o el derecho de gentes, a pesar de esta circunstancia, es

---

<sup>5</sup> Cfr. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli editore, Torino, 1994, p. 405.

decir de no constituirse en uno de los contratos que tiene un nombre propio, es susceptible en opinión de Aristón de generar una obligación, siempre que subsista una causa, la cual puede consistir en que alguien dé una cosa para recibir otra. Mauriciano en un caso en el que Juliano había propuesto al pretor otorgar una *actio in factum*, considera en cambio que corresponda una *actio civilis incerti*.

Los dos juristas se basan en el mismo argumento que dicho acuerdo sea un *synallagma*, figura a la que ya Labeón había equiparado al contrato. Los juristas Aristón y Mauriciano extienden la figura a aquellas situaciones en las que las partes habían acordado prestaciones recíprocas y una de ellas se había verificado dando vida a un nuevo contrato atípico.

Este fragmento pone de manifiesto la importancia del elemento voluntad, al reconocer que simples convenios entre las partes, aún cuando carezcan de acciones propias para su protección, constituyan substancialmente nuevas figuras que modifican el contenido de las categorías típicas y que encuentran fundamento en el acuerdo de las partes. Ejemplos de estos contratos atípicos son la permuta y el *aestimatum* entre otros.

Los bizantinos tomando como referencia la cita de Ulpiano, arriba mencionada, en donde habla de las convenciones que asumen un nombre como contratos y las contrasta con aquellas que carecen de nombre, introdujeron la expresión “*anonimon synallagma*”, es decir, contratos sin nombre, de ahí que los compiladores elaboraron la categoría de los contratos innominados; los cuales según un fragmento de Paulo<sup>6</sup> se dividen en cuatro clases: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

### C. Pactos

La preocupación de los juristas romanos por reconocer a la *conventio* de las partes, mayor relevancia y autonomía se manifiesta, a más de la extensión de los contratos típicos con la configuración de los nuevos contratos que ya enunciamos en el apartado anterior, en la precisa y concreta valoración substancial y procesal del contenido concreto de los particulares acuerdos, que las partes celebraban de manera independiente o vinculados a relaciones jurídicas preexistentes, es decir, los pactos.

En las diferentes etapas que conforman el derecho romano, no existe una noción unívoca de los pactos, constituyen una categoría en constante evolución que inicia desde las XII Tablas, se enriquece con el trabajo del pretor, las elaboraciones doctrinarias de la jurisprudencia clásica, las contribuciones mediante las constituciones imperiales hasta su incorporación en la compilación justiniana, creándose por los compiladores una teoría de los pactos, que posteriormente será objeto de estudio y ampliaciones por los juristas bizantinos y medievales.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> D. 19. 5. 5. *Aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias...* (Porqué o te doy para que des, o doy para que hagas, o hago para que des o hago para que hagas...)

<sup>7</sup> Cfr. E. Volterra, *op. cit.*, p. 572.

Una primera alusión al reconocimiento de los pactos aparece en la Ley de las XII Tablas (Quinto siglo antes de Cristo) en los fragmentos I. 6-7. que reproduce Cicerón (*ad Herennium* 2. 13. 20.). *Rem, ubi, pacunt, orato; ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto*, la palabra *pacunt* aquí significa, si se avienen, si llegan a un arreglo, se concluya, si no se avienen, si no llegan a un arreglo se presenten en el comicio o en foro, expongan la causa antes del medio día.

Debido al carácter excesivamente formal del antiguo proceso civil romano resulta difícil pensar que las XII Tablas reconocieran efectos directos al pacto celebrado por los contendientes, haciéndole surgir una obligación, es más factible que le atribuyese efectos procesales poniendo fin al pleito.

En la misma Ley encontramos otra referencia a los pactos, en VIII. 2. reportada por Festo: *Se membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, si alguien amputó un miembro, y no se avienen, se aplique el talión. Aquí el *pactum* trataba de evitar la aplicación de una norma específica, creando *ex novo* una situación jurídica que viene a sustituir a una situación jurídica preexistente<sup>8</sup>, en la que el autor de un delito estaba condenado a sufrir el talión, mediante el pacto evitaba las consecuencias que la misma ley había establecido.

Los pactos hasta aquí reseñados no tenían una vida autónoma, sino que surgían entre las partes en función de relaciones jurídicas ya preestablecidas.

Siguiendo estos principios el pretor reconoce eficacia al pacto celebrado por las partes contendientes en un juicio o que de algún modo pudieran iniciar una controversia, conviniendo renunciar al ejercicio de la acción, como el *pactum de non petendo*, por el cual el acreedor de una obligación convenía con el deudor no requerirle la prestación debida o bien aplazar dicho pago. Este pacto no estaba dirigido a crear una nueva relación obligatoria, más bien quería evitar los efectos de un proceso, el pretor reconocía el contenido del pacto otorgando en beneficio del demandado, una *exceptio* tendiente a evitar su condena.

Tenían el efecto de modificar la relación jurídica preexistente aquellos pactos que se insertaban en el ámbito de los contratos protegido mediante *iudicia bonae fidei*, donde el juez gozaba de amplios márgenes de libertad para realizar su valoración discrecional, tomando en consideración todos los acuerdos tomados por las partes, incluidos los pactos. Aquí el objeto de los pactos no era el de no ejercer tal acción o no ejercerla durante cierto tiempo, sino modificar los efectos obligatorios, aumentándolos o disminuyéndolos.

Es necesario distinguir en este tipo de pactos entre aquellos que eran acordados *ex continenti*, es decir, en el momento de la celebración del contrato y aquellos denominados

---

<sup>8</sup> En estos casos la palabra *pactum* deriva de *pacisci*, que está relacionado con *pax*, por lo que debemos traducir literalmente en: hacer las paces. En este mismo sentido más adelante Ulpiano recordará el significado de *pactum*, D. 2. 14. 1. 1. *Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pacis nomen appellatum est* (Más dícese pacto, de pacción; de donde también se deriva el nombre de paz).

*pacta ex intervallo* que eran incorporados por las partes posteriormente a la celebración del mismo.

Los primeros al introducirse en el momento de la conclusión del negocio jurídico principal se entendían incorporados en el mismo y el juez deberá tomarlos en consideración al realizar la valoración con la finalidad de emitir la condena o la absolución. El pretor extendía, pues, a estos pactos la acción correspondiente al contrato principal<sup>9</sup>. Entre estos tenemos el *pactum de retro-vendendo*, el *pactum commisorium* y el *pactum de non praestando evictione* entre otros.

Los segundos, es decir, los pactos agregados a los contratos de buena fe, *ex intervallo*, no gozaban de acción, el pretor les concedió protección a través de una *exceptio* a favor del demandado.

En términos generales el pretor había señalado en su edicto:

D. 2. 14. 7. 7.

*Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, principium neque quo Fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo.*

D. 2. 14. 7. 7.

Dice el pretor: Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, ni contra las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edictos de los príncipes y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos.

Por otro lado, el pretor reconoce los efectos de ciertos pactos confiriéndole *acciones in factum*, conocidos con el nombre de pactos pretorios, se trata de convenios que al no fundarse en las causas previstas por el *ius civile* no constituyen contratos. Los pactos pretorios a diferencia de los precedentes pactos, poseen mayor tutela procesal, pues aquellos daban origen sólo a una excepción o bien si eran incorporados *ex continenti*, el juez debía tenerlos presentes para la condena o absolución. Los pactos pretorios en cambio cuentan con una acción *in factum* con la que pueden iniciar un juicio en contra de la persona que no cumpla la prestación.<sup>10</sup>

Surge de este modo el pacto de *constitutum debiti proprii* cuando el acreedor y el deudor o *constitutum debiti alieni*, si el acreedor y un tercero acuerdan el pago de una deuda preexistente en un día o lugar determinado, era una especie de novación informal tutelada por la *actio de pecunia constituta*.

---

<sup>9</sup> Al respecto Ulpiano afirma en D. 2. 14. 75. Antes bien, a veces forma la misma acción, como en los juicios de buena fe; porque solemos decir que los pactos convenidos se contienen en los juicios de buena fe. Más esta se ha de entender así, que si los pactos subsiguieron inmediatamente estén comprendidos también por la parte del deudor.

<sup>10</sup> Estos pactos fueron llamados en la edad media pactos vestidos en contraposición de los simples pactos o *pactos nudos*.

Parecido a este era el *receptum argentarii* por el cual el banquero se comprometía a pagar a una persona la deuda de su cliente, si no cumplía podía ser demandado en juicio mediante la *actio recepticia*.

Posteriormente surgen los pactos legítimos que son aquellos reconocidos por las constituciones imperiales mediante el otorgamiento de una acción, la *condictio ex lege*. Estos acuerdos hacen surgir auténticas obligaciones entre las partes por ejemplo: la promesa de constitución dotal sancionado por una constitución de Teodosio II y Valentiniano (C. Th. 3. 13. 4. C = 5. 11. 6.). La simple promesa de constituir la dote, aún cuando no haya observado la forma de la *stipulatio* o de la *dictio dotis* origina una obligación para aquel que la haya ofrecido, pudiendo ser requerido en juicio.

En el derecho justiniano no encontramos grandes cambios a lo establecido en el derecho clásico y posclásico en torno a los pactos; siguiendo los lineamientos marcados en esos periodos se incrementa el número de pactos tutelados procesalmente, por ejemplo, el pacto arral que era el acuerdo de intercambiar cosa por precio acompañado por la entrega del arra, si las partes no cumplen una pierde el arra dada, la otra debe restituir el doble del arra recibida, las acciones que tutelaban esta figura eran la *condictio sine causa* y la *actio empti*.

De lo expuesto podemos decir que la diferencia entre *pacta* y *contractus* en el derecho romano es atenuada gradualmente a través de una creciente relevancia atribuida a los pactos, mediante la tutela primero de excepciones, después de acciones *in factum* y posteriormente la elaboración de nuevas figuras obligatorias por obra de las constituciones imperiales. El derecho justiniano fue receptor de los avances técnicos del derecho clásico y posclásico sin introducir cambios considerables. Fueron los juristas bizantinos que generalizando el concepto de pacto lo identifican con el convenio y distinguen los pactos desde la perspectiva de los efectos que se les reconocen en pactos legítimos y pactos nudos. De igual modo definieron los contratos como convenios o pactos que contaban con una propia denominación y eran tutelados por el derecho, en tanto, que los contratos innominados eran pactos carentes de nombre.

Estos conceptos fueron objeto de estudio y elaboraciones teóricas por los glosadores e introducidos al derecho común y finalmente en las modernas codificaciones.

## Conclusión

A manera de corolario podemos decir, que el sistema contractual del derecho moderno en nuestra tradición jurídica es el resultado de un largo proceso evolutivo, en el cual encontramos en los diferentes periodos en que se divide el desarrollo del derecho romano la tendencia constante de otorgar siempre un mayor reconocimiento jurídico a la voluntad de las partes contratantes hasta alcanzar esa autonomía que la caracteriza como el elemento esencial del cual deriva la constitución de todo efecto jurídico obligatorio o real.



## **Bibliografía**

D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

GARCÍA GARRIDO, M., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1993.

PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli editore, Torino, 1994.

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza Editrice, Roma, 1993.

## Métodos para la solución de controversias laborales en la era global

Josefa Montalvo Romero\*

**RESUMEN:** La inclusión de métodos alternos de solución de conflictos como vías de acceso a la justicia a través de la institucionalización y desarrollo de métodos autocompositivos capaces de alternar y coexistir con la vía jurisdiccional, constituye un pilar importante en la construcción de un sistema de justicia más humano, satisfactorio, económico, ágil, expedito y rápido.

**Palabras claves:** controversias laborales

**ABSTRACT:** *The inclusion of alternate methods of conflict solution as access ways to justice through institutionalization and development of autocompositive methods capable of alternating and coexisting with the jurisdictional way constitutes an important pillar in the construction of a more human, satisfying, economic, agile, expedite and fast justice system.*

**Key words:** *labor controversies*

**SUMARIO:** Introducción. 1. La Justicia Laboral y su procuración. 2. Conciliación. 3. Arbitraje. 4. Mediación. Reflexión final. Bibliografía.

### Introducción

El derecho del trabajo es, principalmente, la expresión jurídica de las relaciones laborales y el objeto de estas el trabajo.

La ley Federal del Trabajo define en su artículo 8° al trabajo como “toda actividad humana intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio”.

En la declaración de derechos sociales del Tratado de Versalles (1919) se afirma que el principio rector del derecho internacional del trabajo consiste en que el trabajo no debe ser considerado como mercancía o artículo de comercio.

En este sentido lo establece también el artículo 3° de la Ley Federal de Trabajo al señalar que no es artículo de comercio y que exige respeto para las libertades y dignidad de

---

\* Investigadora Nacional e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V.

quien lo presta.

La dignidad humana a de entenderse como el conjunto de atributos que corresponden al hombre por el solo hecho de serlo. No es de dudarse que el patrón y el trabajador tienen posiciones distintas en el proceso de la producción, pero su naturaleza de seres humanos es idéntica y gozan de los mismos atributos.<sup>1</sup>

La convivencia social contemporánea se ha vuelto compleja debido al crecimiento de la población, la desigualdad económica, el avance tecnológico y la globalización, factores que se han incrementado y creado nuevos conflictos en materia laboral, provocando la insuficiencia de los servicios tradicionales de la administración de justicia.

Es en este contexto que desde hace algún tiempo se viene hablando a nivel internacional y local de mecanismos alternos para auxiliar en la solución de conflictos.

De acuerdo con un estudio realizado por la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>2</sup> en el 2002, los métodos alternos de solución de conflictos están jurídicamente reconocidos, en algunos casos, han sido materia de normas legales y reglamentaciones específicas –como el caso de México–, sus aplicaciones efectivas y su implementación concreta por parte de los sistemas de justicia de algunos países americanos es un proceso recién iniciado y en estado incipiente.

El estudio tiene como conclusiones una serie de sugerencias a nivel Interamericano, por ejemplo:

- La consideración y el tratamiento de los métodos alternativos de solución de conflictos como tema de agenda de los Ministros de Justicia de las Américas.
- Preparación de un Tratado Interamericano sobre los métodos alternativos de solución de conflictos con miras a su desarrollo, uniformidad y cumplimiento y exigibilidad de los acuerdos.
- La apertura y manutención de un registro de métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito hemisférico.

## **1. La justicia laboral y su procuración**

Entre los conceptos jurídicos fundamentales, probablemente la idea de justicia sea uno de los más controvertidos.

Una definición generalmente aceptada es la que da Ulpiano al definir la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”.

Siguiendo la postura aristotélica, García Maynez señala que la justicia “consiste en dar un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales”.<sup>3</sup>

La justicia como criterio racional de lo justo y lo injusto normalmente se divide en :

- a) justicia legal
- b) justicia distributiva

---

<sup>1</sup> José Davalos, Voz: Trabajo, *Diccionario de Derecho del Trabajo*, Ed., Porrúa-UNAM, México, 2001, p. 275.

<sup>2</sup> Cuarta reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas, Trinidad y Tobago, Marzo, 2002.

<sup>3</sup> *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México 1974, p.465.

c) justicia conmutativa.

La justicia legal o general se refiere a las relaciones de la sociedad con los individuos, desde el punto de vista de lo que éstos deben a ella (impuestos, servicios obligatorios etc.)

La justicia distributiva regula la participación a que tienen derecho cada uno de los ciudadanos respecto de las cargas y bienes distribuibles del bien común. Por ejemplo, el derecho a una repartición justa de las cargas fiscales, o el derecho a los satisfactores mínimos como vivienda, educación etc.

Ambos tipos de justicia se refieren a relaciones de subordinación o de integración.

La justicia conmutativa es la que rige las operaciones de cambio entre persona que se hallan en un plano de igualdad, por ejemplo las relaciones contractuales. Aquí se atiende al criterio de trato igual a los iguales.<sup>4</sup>

En materia laboral la procuración de justicia presenta serios problemas.

Recordemos que la Constitución mexicana de 1917 incluyó en su artículo 123 el fundamento para la creación de algunas autoridades de trabajo, entre ellas las juntas de conciliación y arbitraje.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en aquellos primeros años, sostenía que el objetivo de las juntas era el de prevenir conflictos y proponer soluciones amistosas, pero la naturaleza de los conflictos exigían procedimientos rápidos con normas justas, esto obligo a que la Suprema Corte variara su jurisprudencia y estableciera que las juntas no tuvieran solamente la mencionada función en conflictos económicos, sino que también se les asistiera jurisdicción, como verdaderos tribunales que son, para resolver los problemas entre patrones y trabajadores sobre la aplicación de la ley y la interpretación y cumplimiento de los contratos.<sup>5</sup>

Para Néstor de Buen<sup>6</sup> hablar de procuración de justicia laboral, obliga a precisar que no puede ser la procuración de justicia la labor de un organismo administrativo preocupado por los trabajadores ni de los tribunales del trabajo, encargados por mandato constitucional de resolver los conflictos entre obreros y patrones. La justicia es un propósito legislativo. Se satisface dictando normas generales para con ellos cumplir la exigencia de igualdad.

Las juntas de conciliación y arbitraje son evidentemente procuradoras de la justicia laboral, lo que se confirma por el hecho de que, inclusive, cuando dictan sus laudos, no deben someterse a reglas estrictas de interpretación de las normas de trabajo, sino resolver en conciencia.<sup>7</sup>

Al respecto el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo señala que “los laudos se dictarán a verdad sabida y buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyen.

En otro orden de ideas, los medios alternativos de justicia o equivalentes jurisdiccionales como la conciliación, la mediación y el arbitraje, en sus diversas variantes,

---

<sup>4</sup> Jorge Adame Goddard, *Diccionario de Derecho del Trabajo, Justicia*, Ed., Porrúa-UNAM, México, 2001, p.158.

<sup>5</sup> Oralia Vazquéz Coutiño, “Resolución de conflictos laborales: ¿Juntas o Tribunales del Trabajo?” en *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?* Patricia Kurczyn (Coordinadora), UNAM-IIIJ, México, 2003, p. 88.

<sup>6</sup> “Procuración de justicia laboral” en *Relaciones laborales en el siglo XXI*, Patricia Kurczyn (Coordinadora), STPS\_UNAM, p. 243.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 249.

constituyen verdaderos medios alternativos de la jurisdicción estatal. No se trata de instrumentos novedosos, pero se han revalorado y transformado de manera paulatina para asumir una función más dinámica y de vigorosa orientación social que tiende a su organización institucional.

Esta reivindicación de los medios alternativos plantea diversas cuestiones.

En primer lugar cabe advertir que el avance de estos medios pone en juego la exclusividad monopólica de la jurisdicción judicial en la resolución de los conflictos por parte del Estado. Tal monopolio aparece ahora disputado o compartido con nuevas formas de justicia coexistencial de procedimientos simples y sencillos frente al excesivo formalismo del proceso judicial tradicional.

En segundo lugar, podrían tomarse estos medios alternativos como un cause adecuado para ciertos modos de participación popular en la justicia, ya que en algunas ocasiones son ciudadanos no profesionales los que intervienen en los procesos.

Y en tercer lugar, el dato más importante lo constituye el método que se adquiere para dirimir los conflictos. En él se excluye la confrontación adversarial entre las partes y dirimela al órgano –árbitro, conciliador o mediador- y también a aquellas.

El operador se desempeña más que como decidor según estrictas reglas jurídicas, en el rol de acompañante de aquellas, para guiarlas a través de la persuasión en la búsqueda de las soluciones autocompuestas –conciliación, mediación- o ya para resolver el problema heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender, (a verdad sabida y buena fe guardada) amigable composición. Conservando la imparcialidad, pero sin sujetarse a la neutralidad, porque participa activamente en el logro del desenlace más justo y razonable.<sup>8</sup>

## 2. Conciliación

La palabra conciliar proviene del latín *concliare* que significa ponerse de acuerdo, concordar en algo. En una conciliación las personas en conflicto tratan de solucionar sus problemas con base en el respeto de sus respectivos derechos.

Es el intento de un tercero de lograr un entendimiento entre las partes, que implica reciprocas concesiones para llegar a un acuerdo razonable para ambas.

La conciliación termina efectivamente con un acuerdo conciliatorio, que tiene fuerza legal y produce los efectos de una sentencia.

De acuerdo con Jorge Sappia<sup>9</sup> podría señalarse que a partir de la actuación judicial y de la gestión de las administraciones del trabajo de muchos países, existe una reiteración de criterios consistente en la recurrencia al Estado para que a través de la actuación de un funcionario que opera como tercero, se obtenga la solución al conflicto.

---

<sup>8</sup> Roberto Omar Berizzone "Los medios alternativos de solución de conflictos: bases para su implementación", en *Anales de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.*, Tomo XXXII, <http://www.argiropolis.com.ar/>.

<sup>9</sup> *Justicia Laboral y medios Alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2002.

Desde la irrupción del Derecho del Trabajo se advierte que los actores sociales han admitido la presencia de un tercero independiente como factor apto para llegar al acuerdo que dé por finalizado el litigio.

La conciliación ha sido incorporada como un paso procesal insoslayable. El objetivo de ésta no puede ser solamente el de alcanzar la solución pacífica del conflicto. La autoridad administrativa debería tener presente que la suscripción del acuerdo incluya conceptos que sean útiles para el futuro de la relación entre las partes, de modo que se verifique una mejora objetiva de sus términos.

En el derecho mexicano el uso de la conciliación es un deber de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Por eso se dispone su intervención activa, exhortando a las partes a la avenencia y proponiendo alternativas de solución. Así se señala para el procedimiento ordinario (artículo 876), en el procedimiento de los conflictos colectivos económicos (artículo 901), en los procedimientos especiales (artículo 895) y en la huelga (artículo 926).

Si tuviéramos que señalar el perfil del conciliador, tentativamente sería el siguiente:

FORMACIÓN: Abogado con formación como conciliador.

ACTITUDES: Buena presentación, capacidad de análisis y síntesis, liderazgo y autoridad. Convincente, buenas relaciones personales, moderado, tolerante, dinámico y con facilidad de palabra.

IMPARCIALIDAD: Debe aparecer como tal ante las partes.

CREATIVIDAD: Para superar las divergencias.

### **3.Arbitraje**

El arbitraje se origina normalmente por acuerdo de las partes antes del choque de intereses, por medio de alguna cláusula compromisoria inserta en algún convenio por el que las partes acuerdan dirimir las controversias derivadas de la existencia de dicho negocio jurídico por medio del arbitraje. Es así que el arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes o por disposición de la ley, como lo es el caso de la materia laboral.

Se observa en el arbitraje la presencia de un juez privado que emite un laudo por el que se da fin a la litis, a cuya resolución se comprometen las partes a cumplir.

Por el arbitraje un juez particular conoce de un caso en particular para emitir una resolución que pone fin al litigio.

Es una forma heterocompositiva de conformación de la problemática social, cuya diferencia esencial con el proceso jurisdiccional es la existencia de jueces particulares que dirimen las controversias, así como que los litigios materia de arbitraje no deben ser de interés público, sino particular.

### **4. Mediación**

La mediación constituye un medio alternativo disponible actualmente para la resolución de disputas que contribuye a generar un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social.

En este contexto la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos deben dirimirse en sede judicial.

También puede ser definida como un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial.

La mediación se trata de una instancia voluntaria a la cual asisten las partes interesadas solas o, en su caso, asistidas por sus abogados. Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia.

#### VENTAJAS:

- es más rápida
- menos onerosa
- privada y confidencial
- brinda a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo
- efectiva, voluntaria y neutral.

Por medio de la mediación pueden resolverse diversos conflictos:

- \* Empresarial (mediación comercial, conflictos en el seno de la organización etc.).
- \* Inmuebles (división de condominio, límites).
- \* Trabajo (conflicto entre trabajadores y empleadores).
- \* Familiar (procesos de separación, conflictos generacionales etc).
- \* Comunitaria (ruidos molestos, animales domésticos, uso de espacios comunes etc).
- \* Escolar (conflictos institucionales entre estudiantes, normas de convivencia).

El mediador no decide ni tiene autoridad para imponer una solución a ninguna de las partes, característica que lo diferencia del juez o arbitro. Es una persona entrenada para asistir a aquellas otras que se encuentran en conflicto, estimulándolas, guiándolas y escuchándolas para que ellas mismas arriben a un acuerdo.

Si tuviéramos que señalar los valores de conlleva la mediación serían los siguientes:

- \* principio de respeto a la auto-determinación de las personas
- \* principio de imparcialidad
- \* principio de la confidencialidad
- \* principio de la competencia.

## **Reflexión Final**

Frente a un sistema de justicia lento, burocrático, colapsado, agregando la inseguridad que todo esto produce a quienes acuden a los tribunales, surge la necesidad de incorporar, un sistema que constituya una solución integrada a través del dialogo y la cooperación.

La óptica por la cual las universidades forman a los estudiosos del derecho, se plasma en una concepción tradicional, influenciada por una cultura en la que se les transmite a los abogaos en formación, que las situaciones conflictivas son entendidas como un enfrentamiento de voluntades o choque de posiciones.

La mención de alternativos con que se conocen y difunden estos medios y procedimientos, tiene relación y guarda mayor coherencia con el objetivo y las características de no confrontacionales, de autogestión y de protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, que definen principalmente su aplicación.

Lo alternativo no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad de la administración de justicia y del poder judicial en el ámbito del Estado de Derecho.

Si atendemos a que los métodos alternativos para la solución de controversias se consideran en la actualidad y de manera internacional un remedio para equilibrar el desarrollo socioeconómico con las normas jurídicas y la aplicación real de la justicia, podemos determinar que la mediación, la conciliación y el arbitraje no jurisdiccional, que puedan llevar a cabo instituciones como las procuradurías de la defensa del trabajo, implicarían una aportación considerable en la resolución de los conflictos entre los factores de la producción, aspecto importante para lograr la nueva sociedad que hoy estamos construyendo.



## **Bibliografía**

ADAME GODDARD, Jorge. *Diccionario de Derecho del Trabajo, Justicia*, Ed., Porrúa-UNAM, México, 2001.

BERIZONTE, Roberto Omar, "Los medios alternativos de solución de conflictos: bases para su implementación", en *Anales de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.*, Tomo XXXII, <http://www.argiropolis.com.ar/>.

DAVALOS, José, *Diccionario de Derecho del Trabajo, Trabajo*, Ed., Porrúa-UNAM, México, 2001.

DE BUEN, Néstor. "Procuración de justicia laboral" en *Relaciones laborales en el siglo XXI*, Patricia Kurczyn (Coordinadora), STPS-UNAM., México, 2003.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1974.

SAPPÍA, Jorge. *Justicia Laboral y medios Alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2002.

VÁSQUEZ COUTIÑO, Oralia. "Resolución de conflictos laborales: ¿Juntas o Tribunales del Trabajo?" en *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?* Patricia Kurczyn (Coordinadora), UNAM-IIIJ, México, 2003.

## Los derechos de los reclusos en el cuento *Libertad condicionada* de Guido Rodríguez

Marta Silvia Moreno Luce\*

**RESUMEN:** El conocimiento del Derecho a través de la literatura es una de las modalidades interdisciplinarias con mayor auge en nuestros días. El análisis del cuento *Libertad condicionada* nos ilustra las deficiencias de los sistemas penitenciarios a pesar de los numerosos intentos a nivel internacional e interno de los países de legislar en la materia.

**Palabras claves:** libertad condicionada.

**ABSTRACT:** Knowledge of Law through literature is one of the interdisciplinary modalities with greater awe in our days. The analysis of the story *Conditioned Freedom* pictured the deficiencies of penitentiary systems in spite of the numerous attempts on an international and internal level of the countries of legislating in the subject.

**Key words:** conditioned freedom

**SUMARIO:** Introducción 1. La protección de las personas contra la tortura 2. El sistema penitenciario 3.- El sistema penitenciario desde el punto de vista de la literatura 4. Guido Rodríguez, autor del cuento *Libertad Condicionada* 5. El cuento *Libertad Condicionada*. Reflexiones finales. Bibliografía.

### Introducción

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. en la resolución 3452 (XXX) el 9 de diciembre de 1975), se considera en su artículo segundo que todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será considerado como una violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

Además de reconocer los derechos humanos que protegen contra la tortura a las personas sometidas a un proceso penal, otro gran motivo de preocupación de los organismos internacionales, fue la forma en que eran tratadas quienes se encontraban ya en prisión, por lo que el 31 de mayo de 1977 se aprobaron las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, este documento no tiene por objeto crear un sistema penitenciario modelo sino sólo establecer principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

No sólo a los juristas ha interesado la situación de las personas que cumplen una pena privativa de libertad, también los grandes escritores se han ocupado del tema, en este ensayo comentaremos el breve cuento *Libertad condicionada* del jurista y escritor uruguayo, Guido Rodríguez.

## **1. La protección de las personas contra la tortura**

En este ensayo voy a hacer breves comentarios de la legislación vigente sobre la protección de las personas contra la tortura. En primer término, en la Constitución General de la República Mexicana se establecen en el artículo 20 las garantías del inculcado en el proceso penal, en la fracción II se estipula que: No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura.

Existe además una Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada el 10 de enero de 1991.

México forma parte de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La fecha de adopción fue el 10 de diciembre de 1984; la entrada en vigor el 26 de junio de 1987. La ratificación por México el 23 de enero de 1986. Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1986 la entrada en vigor en nuestro país fue a partir del 26 de junio de 1987.

Recientemente se envió para su ratificación el instrumento del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles. Inhumanos o Degradantes. Este instrumento internacional fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2002, firmado el 23 de septiembre de 2003 por el Presidente de la República y posteriormente fue aprobado por el Senado. El actual gobierno ha ratificado todos los instrumentos internacionales en la materia.

## **2. El sistema penitenciario**

La Legislación Internacional además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuenta con más de 200 instrumentos entre los que se cuentan convenciones, pactos, protocolos y declaraciones. Es importante destacar el documento que se refiere a las reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos adoptado en el primer congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

En la Legislación mexicana en primer lugar, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 18 establece: "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del

trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”

En segundo lugar tenemos una Ley Federal que establece las normas mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal así como los respectivos Códigos de Procedimientos Penales. Y el Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social. Es importante señalar que cada una de las Entidades Federativas cuenta con su propia legislación al respecto.

Jurídicamente el panorama según la Legislación Nacional e Internacional, que se ofrece a las personas internas en los reclusorios, no es desolador, la reclusión le permite al Estado rehabilitar y readaptar socialmente al delincuente para que al salir de la prisión se convierta en un hombre nuevo perfectamente adaptado a la sociedad.

El tiempo que pasa una persona purgando una pena privativa de libertad, tal como lo establecen las leyes, no corresponde a la realidad de la vida en las prisiones en las que prevalecen los castigos, la pésima alimentación, el hacinamiento a causa de la sobrepoblación en las prisiones, falta de atención médica, pérdida total de la privacidad que atenta contra la dignidad humana, el cobro de servicios que corresponden al Estado, el tráfico de drogas y alcohol y otras formas de corrupción así como los privilegios notorios para algunos reclusos entre los que destacan los delincuentes de cuello blanco, los narcotraficantes, los lavadores de dinero, por mencionar solo algunos.

La Criminología crítica del siglo pasado nos dio un panorama de lo que son los Sistemas Penales en general y los Sistemas Penitenciarios desde el punto de vista de la ciencia. La realidad de ambos es la de un rotundo fracaso planteándose la necesidad de buscar alternativas diferentes para el siglo XXI.

### **3. El sistema penitenciario desde el punto de vista de la Literatura**

Las obras literarias de todas las épocas, han tratado frecuentemente temas jurídicos, encontramos obras importantes sobre la Justicia en la literatura Rusa, como “*Resurrección*” de León Tolstoi, *El Mercader de Venecia* y *Medida por medida* de William Shakespeare, en relación con las prisiones y los sistemas penitenciarios podemos mencionar: *El valle de los muertos* de Dostoievsky, en nuestro país destaca José Revueltas con dos obras muy importantes y reconocidas: *El Apando* y *Muros de agua*, la primera sobre la antigua cárcel de Lecumberri y la segunda sobre las Islas Marías y José Vasconcelos con su cuento *El gallo giro*.

Dentro del género Literatura y Derecho destaca el cuento del escritor paraguayo Guido Rodríguez, que relata la realidad que ocurre en las prisiones, en su obra *Libertad Condicionada*, cuyo relato está fuera del tiempo y del espacio, su narración conserva la vigencia y la frescura de una obra recién escrita, lo cual implica que el sistema penitenciario no ha variado, por lo menos en los albores del siglo XXI.

### **4. Guido Rodríguez, autor del cuento *Libertad Condicionada***

Guido Rodríguez Alcalá nació en Asunción, Paraguay, el 17 de febrero de 1946, es nieto de dos destacados escritores latinoamericanos, don José Rodríguez Alcalá y la novelista

Teresa Lamas de Rodríguez Alcalá. Su vocación por las letras la descubrió muy joven. Es además de un famoso cuentista, un reconocido abogado egresado de la Universidad Católica de Nuestra Señora de la Asunción y Doctor en Letras de la Universidad de Nuevo México en Estados Unidos. Estudió Filosofía y Literatura comparada en el Instituto Goethe en Mannheim, Alemania.

Ha publicado varios poemarios: *Apacible Fuego* en 1966, *Ciudad sonámbula* en 1968 y *Viento Oscuro* en 1969. *Libertad Condicionada*<sup>1</sup> en 1967. Se trata de un pequeño cuento en el que se narra la situación de dos personajes diferentes durante su estancia en una prisión uruguaya.

## 5. El cuento *Libertad condicionada*

El cuento inicia con la historia del narrador, personaje recluso en prisión con causa justificada, la visión de su estancia en un penal comienza con la descripción del edificio, de aspecto imponente pero de capacidad reducida en donde se amontonan los reclusos, un problema común en Latinoamérica, el de la sobrepoblación carcelaria, violatoria de los Derechos Humanos reconocidos por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del delincuente, la cual quedó en solo una buena intención.

El narrador, es el interno en situación privilegiada, nos da un panorama no tan cruel como podría ser el punto de vista de los demás reclusos que constituyen la mayoría y sufren el hacinamiento carcelario mientras unos cuantos gozan de espacios privados. El director del penal pensaba que la solución, por lo menos a este problema concreto, era abrir muchas escuelas, porque según su criterio, “cada escuela que se abre, es una cárcel que se cierra” aunque convincente en apariencia, el argumento, creo yo, es una falacia porque en la realidad no tiene relación una cosa con la otra y el problema de la delincuencia no es resultado únicamente de la carencia de escuelas, puesto que una buena parte de la delincuencia está constituida por personas con escolaridad alta y media, entre la que se encuentran profesionistas abogados que trabajan directamente con los principales capos, doctores en medicina como los cirujanos plásticos que transforman el rostro de los narcotraficantes, contadores públicos que en su carácter de auditores soslayan grandes fraudes en las empresas privadas de carácter internacional, siendo en nuestros días los delitos que mas impactan a la sociedad de los albores del siglo XXI los que provienen del fenómeno de la globalización como el lavado de dinero, la delincuencia organizada, el narcotráfico, el terrorismo, por mencionar algunos de los principales, por lo tanto, el problema es mucho mas complejo para la seguridad pública y la administración de justicia y no se resuelve con una solución simplista y unilateral .

En el cuento de Guido Rodríguez nos narra la situación que viven dentro de la prisión dos internos cuya posición social y económica son distintas. Uno de ellos, el narrador, primer personaje que aparece en la historia, al referirse a los guardias, a diferencia de lo que piensa la mayoría, los considera como “buenas personas”, comprende perfectamente su situación, son trabajadores con un sueldo tan bajo, que necesitan recurrir a las propinas que se obtienen a cambio de pequeños y medianos favores que les hacen a los reclusos para poder subsistir. Tampoco habla mal de los internos al considerar que

---

<sup>1</sup> Está publicado en *Narrativa Hispanoamericana 1816-1981. Historia y Antología*. (La generación de 1939 en adelante Argentina-Paraguay y Uruguay), Editorial siglo XXI, 1985.

generalmente “ni son todos los que están ni están todos los que son”, además de algo que es del dominio público, “los verdaderos sinvergüenzas andan en la calle y el típico inquilino de una cárcel es el raterito al que pescaron robándose una gallina”.

Otra de las prácticas comunes de la policía de muchos países es el arresto de sospechosos, nuestro autor, conocedor de los sistemas penitenciarios en su carácter de abogado sostiene: “ningún comisario que se respeta puede emprender ninguna investigación sin meter dentro a unos cuantos”, añadiendo que esto no sirve para aclarar nada pues normalmente la sociedad lo olvida pronto pero así la policía conserva su reputación.

Nuestro personaje continúa hablando de su situación realmente privilegiada, nunca se menciona su nombre pero si se sabe que es una persona de recursos económicos, por lo que pudo comprar a los guardias y debido a su status social también importante (se trataba de un conocido abogado) interno minoritario en las prisiones. Cuando fue detenido, su interrogatorio comenzó como el de casi todos, con golpes pero una oportuna llamada de un amigo, hizo que la situación cambiara radicalmente, evitando el uso de algún medio de tortura como la picana eléctrica. Su situación con el juez fue del todo favorable, en virtud de que tratándose de un abogado, un colega, no tenían pruebas en su contra ni les interesaba buscarlas.

La historia de su compañero de celda llamado Macario, el segundo personaje, es la otra cara de la moneda del sistema penitenciario. Este es descrito como una persona con mala suerte, su ingreso a la cárcel fue como el de tantos otros en su situación. Macario cayó porque dijeron que su hermano había matado, lo cual al parecer era mentira, pero el comisario del pueblo que se las tenía juradas a Macario aprovechó esta oportunidad para apresarlo.

Macario no tenía dinero para pagarse un abogado por lo que le tuvieron que nombrar al defensor de oficio, con su fina ironía, el escritor uruguayo dice: “la gente no comprende que el Tribunal tiene un solo defensor y ciento cincuenta casos por resolver. Algunos reclusos tienen ya varios años internados en las cárceles sin que conozcan al menos, a su defensor”.

Nuestro primer personaje, el narrador, de profesión abogado, ofrece su ayuda “desinteresada” a su compañero de celda, al percatarse que tiene derecho a la libertad condicionada, a cambio de que éste le brinde protección durante la corta estancia que va a permanecer en prisión. Su salida hubiera sido fácil a no ser por causa del propio recluso. A Macario se le ocurrió protestar por la mala comida y mas aun, se atrevió a afirmar que la enfermedad rara de la que hablaba el médico, era a consecuencia de la comida. El caso llegó al conocimiento de los periódicos, cosa prohibida estrictamente por el Reglamento del penal, la publicidad de ninguna manera sirvió para que les mejoraran la comida por el contrario lo que ocasionó fue el sufrimiento de castigos cada vez mas severos.

El abogado interno, reflexiona acerca de la causa por la que reclusos como Macario se atrevan a protestar, en este caso por la comida, y llega a la conclusión de que en parte la culpa la tienen unas señoritas pertenecientes a una asociación religiosa, que les hablaron a los internos de “religión y derechos humanos y todas esas cosas que funcionan solo en teoría”.

La mayoría de las veces el despertar la conciencia de la gente no es muy conveniente cuando no se les puede ofrecer la posibilidad de que las cosas realmente cambien para mejorar. En el cuento *Libertad Condicionada*, el autor sostiene irónicamente, que el hablarles de Derechos Humanos, solo ocasionó que sus protestas fueran cada vez

mayores, con el único resultado de obtener una buena golpiza sin que los organismos encargados de su protección intervengan.

Los internos ya iniciados en el camino de la protesta y la exigencia de mejores condiciones de vida, realizaron un motín, por lo que los encargados de la cárcel tuvieron que pedir refuerzos de la policía especial, la cual se encargó de imponer el orden con todo el lujo de la fuerza, rompiendo varios huesos a los reclusos insubordinados llegando incluso a matar a dos.

El narrador continúa con la historia: “no hay mal que dure cien años y el mío duró unos meses. Después del escándalo y la reclusión me soltaron y pude publicar la sentencia absolutoria de culpas en los diarios, para refregárselas en la cara a ciertas personas, en especial a los que querían explotar el asunto políticamente, diciendo que había estafado con la complicidad de las autoridades...”

La corrupción en los sistemas de administración de justicia es evidente, Guido Rodríguez en el cuento que comentamos “*Libertad condicionada*” distingue perfectamente y nos hace percatarnos claramente de la diferencia entre las dos clases tradicionales de reclusos: El influyente que es internado sólo mientras pasa el escándalo producido generalmente por los delitos de fraudes y estafas, la mayoría de las veces con la complicidad de políticos importantes.

El trato recibido durante sus breves reclusiones es de privilegio, su estancia es por un tiempo mínimo y generalmente en relación a esta clase de procesados, si se cumplen los preceptos contenidos en los Documentos Internacionales en relación con la protección de los Derechos Humanos de las personas sometidas a prisión que se hayan reconocidos en las Constituciones de los diferentes países como Derechos Fundamentales.

Por lo contrario, el reo común y corriente, el huésped cotidiano de las prisiones, su habitante normal, generalmente pertenece a la clase baja, muchas veces es acusado falsamente sin que haya ningún indicio de su culpabilidad, simplemente para cubrir el requisito de la eficiencia de la policía, su proceso se lleva a cabo sin una adecuada defensa pues casi siempre es el defensor de oficio el que se hace cargo de su caso o caen en manos de abogados sin escrúpulos que faltando a las mas elementales normas deontológicas de la profesión de abogado y a base de falsas esperanzas obtienen ganancias de los pocos bienes de los familiares del acusado

El Procedimiento se lleva a cabo con todas las irregularidades posibles y el trato para los reos durante el tiempo que dura la reclusión es violatorio de casi todos los derechos humanos reconocidos para las personas que se encuentran privadas de su libertad.

La vida dentro de los Centros de Readaptación Social como se les conoce en nuestro país al igual que las prisiones en Latinoamérica, tienen sobrepoblación, lo que ha ocasionado problemas frecuentes en nuestros días, constituyendo uno de los problemas de mas urgente resolución dentro del Sistema Penitenciario Mexicano y de muchos otros países. Los motines, las fugas y la violencia, se han apoderado de los centros de reclusión, proliferando los golpes como sanción disciplinaria a pesar de la prohibición de maltrato a los internos y en general sus derechos humanos son violados constantemente, ignorándolos los organismos encargados de su protección, así toda posibilidad de mejorar su situación en base a una protesta legítima de los internos es prácticamente imposible.

Otra de las características mas frecuentes de los reclusorios es la comida infame que se les da a los reclusos, no precisamente por razones presupuestarias, sino mas bien por la corrupción propia de estas instituciones. Las protestas por la mala alimentación han sido una constante en los diferentes centros de reclusión de la mayoría de los países del mundo,

sin embargo, la respuesta siempre ha sido la misma: golpes, castigos rigurosos en celdas especiales (el apando como se le llamaba en el antiguo Palacio de Lecumberri en la ciudad de México), en muchas ocasiones esos castigos se traducen en lesiones graves que pueden llegar hasta la muerte de los insurrectos o dejarlos con una invalidez permanente.

En general, los Derechos Humanos mas violados en una prisión son: en primer término la falta de espacio o de cubaje de aire, como le llama el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, debido a la hacinamiento que proviene de la sobrepoblación con que cuentan siempre los penales. En segundo lugar, la capacidad alimenticia y por último la capacidad de atención médica elemental.

El reconocido penalista argentino Raúl Zaffaroni afirma al respecto: “ No pretendo que se establezca la capacidad locativa de estas instituciones ni con la regla mínimas, ni con cualquier exquisitez de esa naturaleza, sino aplicando un criterio jurídico que sería mucho mas práctico, como el del Derecho Internacional Humanitario, es decir, que se les pueda brindar a los prisioneros internos por lo menos el mismo trato que a los prisioneros de guerra, que no se les brinde un trato peor”<sup>2</sup>

Retomando el cuento de Guido Rodríguez, el abogado delincuente, relata su salida de la cárcel, la formalidad excesiva que se le da a este acto, destacando las palabras enunciadas por el jefe de la prisión: “ el hombre dice que ya está uno rehabilitado y puede volver a la sociedad y que la cárcel no fue un castigo sino una educación”. El gran mito de la rehabilitación y resocialización, nuevamente es puesta en entredicho por un escritor.

La suerte del segundo personaje, el recluso Macario, fue naturalmente diferente. Los golpes recibidos por sus protestas, lo dejaron inválido al dañarle el tendón de Aquiles, por lo que nunca mas pudo ponerse de pie, tenía que andar en cuatro patas, sin embargo, sabía muy bien que no tenía ningún derecho, ni indemnización ni ninguna clase de ayuda social, por lo que para él, la libertad se convertiría en una cadena perpetua a vivir de la mendicidad en la calle pues no contaba con ningún familiar ni ningún recurso.

Su situación para el sistema penitenciario estaba considerada como un grave problema, dejarlo en libertad podía dar mala imagen a la Institución, pero ya no tenían motivo para tenerlo adentro, pues su caso estaba concluido y la sobrepoblación no permite “tener gentes en calidad de huéspedes ni se trata de instituciones de caridad”.

Las lesiones de Macario fueron consecuencia de su mala ocurrencia de encabezar un motín, los guardias sin embargo, no lo torturaron por rencillas personales, por el contrario, era apreciado por ellos pero por razones profesionales se vieron en la necesidad de torturarlo en cumplimiento de su deber.

El dramático final del cuento nos impacta con una sencilla frase emitida por el oficial de guardia, dirigiéndose al personaje del abogado amigo de Macario que ya había sido liberado: “Hay gente que no aprecia su libertad – dijo – tuvimos que echarlo a patadas”

La diferencia en el trato entre los dos extremos de personajes sometidos al sistema penal, en el cuento del escritor y abogado Uruguayo Guido Rodríguez, no puede ser mas clara, la ley no es igual para los dos, los derechos humanos son tomados en cuenta en un caso y en el otro no y el trato en el interior del reclusorio rebela una realidad de la mayoría de los sistemas penitenciarios, la diferencia entre reclusos de primera que ocasionalmente permanecen por tiempo limitado en prisión por razones políticas que se resuelven con ese mismo criterio y la persona inocente vulnerable al sistema penal que sufre todas las

---

<sup>2</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tendencias finiseculares del Derecho Penal*, San José de Costa Rica, marzo de 1991.



vicisitudes de una cárcel y por su propia situación de miseria y en este caso de invalidez a causa de los malos tratos, no obstante algunos prefieren permanecer reclusos a salir a la calle en la cual no van a tener un techo y algo de comida para sobrevivir.

## **Reflexiones finales**

A pesar de todos los problemas de los sistemas penitenciarios en la mayor parte del mundo, la lucha por el respeto a los derechos humanos es constante, se lucha por rescatar la dignidad que como seres humanos tenemos todos, entre los cuales no pueden ser una excepción las personas reclusas en prisión.

Se realizan continuos Foros, Congresos, Convenciones, a nivel local e internacional, reuniendo siempre a connotados especialistas en el tema. En esos eventos, la coincidencia entre todos es evidente, en su mayoría propugnan por un cambio radical que va desde el abolicionismo, al derecho penal mínimo o hacia un derecho semejante al Derecho Internacional Humanitario y las alternativas a la prisión como las propuestas por el citado penalista argentino E. Raúl Zaffaroni, en una ponencia presentada en un Congreso acerca de “Tendencias finiseculares del Derecho Penal” en la ciudad de México.<sup>3</sup>

En su brillante intervención, Zaffaroni se refiere al motivo por el que se les llama penas alternativas afirmando: “serían alternativas a la pena privativa de la libertad, que históricamente también fue alternativa de la pena de muerte, de modo que serían alternativas de la alternativa. Es decir, la lógica de estas penas sería la siguiente: desde el momento en que ponemos junto a las penas privativas de libertad, penas no privativas de la libertad, habría menos aplicación de las penas privativas de libertad y se reduciría el número de prisioneros en nuestras cárceles”<sup>4</sup>

La posibilidad de que las penas alternativas tengan realmente alguna posible eficacia reductora del número de prisioneros en América Latina, insiste el doctor Zaffaroni, es necesario que éstas se establezcan pero dentro del marco de una decisión político-criminal previa.

En la década de los 90 del siglo pasado, la solución a los problemas de las continuas violaciones a los Derechos Humanos sobre todo de las personas privadas de su libertad pretendió resolverse con el establecimiento de las Comisiones de Derechos Humanos en nuestro país tanto a nivel nacional como estatal. Estos organismos a mas de diez años de su creación, no han dado el resultado que se esperaba. Los problemas continúan sin solución, en los albores del siglo XXI: el hacinamiento, la mala alimentación, el maltrato, la corrupción, aumentando el tráfico de drogas, bebidas alcohólicas con la complicidad de los custodios y directores de los penales.

En vez de solucionarse, podemos afirmar que los problemas en las prisiones se ha agravado, uno de los efectos de la situación actual en las prisiones, no solo en nuestro país, sino en gran parte del mundo es la proliferación de motines efectuados en diferentes centros de reclusión, con las consecuentes lesiones y en muchos casos muerte de los insubordinados. Es también frecuente la fuga de reclusos a causa de la situación infamante que en pleno siglo XXI siguen viviendo en las instituciones penitenciarias las personas que se encuentran bajo proceso o purgando una pena de prisión.

---

<sup>3</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, ponencia citada.

<sup>4</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Ponencia citada.

Las obras literarias que tratan de los grandes problemas jurídicos, nos ilustran y clarifican con mayor sencillez su comprensión.

## **Bibliografía:**

RODRÍGUEZ ALCALÁ, Guido, *Libertad Condicionada. Narrativa hispanoamericana 1916-1981*, Siglo Veintiuno, México, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tendencia finiseculares del Derecho Penal*, ILANUD, San José de Costa Rica, mayo de 1991 (Ponencia).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*. ONU-OEA, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (compilador), CNDH, México, 1994.

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Periódico AZ, 15 de abril de 2005.

Declaración sobre Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes. *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*. ONU-OEA, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (compilador), CNDH, México, 1994.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, ONU-OEA, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (compilador), CNDH, México, 1994.

## El Acopio de Información y las normas ISO 690 y la ISO 690-2

Sara Luz C. Quiroz Ruiz\*

**RESUMEN:** En la sociedad de la información y del conocimiento, la investigación jurídica se enlazan las fuentes de conocimiento jurídico directas e indirectas, entonces se generan variaciones lingüísticas por la yuxtaposición de sistemas jurídicos y por los esquemas de representación empleados en los textos impresos y los textos electrónicos, diversificación que se normaliza a través de la ISO 690, ISO 690-2, lo cual implica que inserten, en los contenidos programáticos de la experiencia educativa orientada a la maduración temprana en la investigación.

**Palabras claves:** ficha bibliográfica y normalización. ISO en referencia bibliográfica.

**ABSTRACT:** *The Law studier interested in searching and finding its meaning in open society, must innovate his technique of documental investigation, by the established in ISO 690, 690-2 whose purpose is to overcome the linguistic variations generated by the juxtaposition of juridical systems and by the schemes used in printed and electronically consulted texts*

**Key words:** *bibliographic reference and normalization. ISO in bibliographic reference.*

**SUMARIO:** Introducción.1. La investigación jurídica en la sociedad de la información y del conocimiento. 2. El proceso formativo en los saberes jurídicos. 3. La Organización Internacional para la Estandarización (ISO) y la universidad Veracruzana.3. El proceso y la práctica de la investigación jurídica documental y las ISO690 e ISO690-2. 3.1 ISO 690. Documentación-Referencias bibliográficas. Contenido, forma y estructura. 3.2 ISO 690-2 Documentos electrónicos y sus partes. Reflexión final.Bibliografía.

### Introducción

La generación de conocimiento en el Derecho actualmente representa, la interrelación de las fuentes directas e indirectas del conocimiento jurídico, en esa indagación sin duda aflorarán por una parte, yuxtaposiciones en los sistemas jurídicos y por otra, la

---

\* C. a Dra. en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana Campus Xalapa, México.

diversificación en las fuentes de información, pues ahora en los acervos bibliográficos están integrados con fuentes impresas y electrónicas, originándose variaciones lingüísticas; lo cual implica, renovar tanto la metodología y como la técnica de investigación jurídica. Ante tal complejidad, puede mejorarse la técnica de investigación documental, con la aplicación de las normas de normalización, ISO 690 y 690-2, de esta manera se vinculará el recurso técnico en la investigación jurídica, con la función de equilibrio que actualmente cumple el Derecho dentro de la sociedad abierta e informatizada. Por ello, tales normas de armonización, deben insertarse en el programa de la experiencia educativa orientada al aprendizaje y práctica de la investigación jurídica, ya que es parte del proceso de formación en los saberes jurídicos.

## **1. La investigación jurídica en la sociedad de la información y del conocimiento.**

Gran parte de las actividades que conforman el hacer cotidiano, se relacionan con los recursos de la tecnología informática, lo cual amplía el abanico de posibilidades para hacer fluida la información, ocasionándose con ello su multiplicación, llegando en ocasiones hasta la generación de conocimiento. Por generaciones acumulamos información, desde el sentido más amplio, con el sonido de una bocina, la campanilla de un despertador, el pronóstico del tiempo, es conocimiento trivial, pero también se trata de conocimiento, a esa especie de conocimiento, se agrega con el que crecen los adolescentes de hoy, quienes saben que tecnológica-comunicativamente hay que someterse a las informaciones para acceder a Internet, y saben cómo obtener tales informaciones de la red: por ejemplo, cómo se hace el “download” de una canción de éxito, sin olvidar que uno de los medios de comunicación predilectos de esa generación es por escrito, el del “Short Message Service” o, de forma abreviada, el SMS. que aparece en el display del móvil.

Por ello tampoco debe olvidarse que **conocimiento es poder**, viejo lema de la filosofía burguesa moderna, que fue utilizado por el movimiento de los trabajadores europeos del siglo XIX. Así actualmente se vive en un complejo escenario, con una concentración de poder, surgida de la combinación de diferentes poderes entrelazados (económicos, financieros, científicos, tecnológicos, culturales ideológicos, sociales, políticos, diplomáticos), de donde se aprecia con sobrada naturalidad la pregunta formulada por Robert Kurz sobre si ¿Será el estadio final de la evolución intelectual moderna una grotesca imitación de nuestras acciones más triviales por las máquinas?<sup>1</sup>

Reflexión, que sin lugar a dudas, representa el ambiente donde vive y se desarrolla ahora, la mayoría de los sujetos, como actores de una sociedad identificada como **la sociedad de la información y del conocimiento**, nomenclatura que alude a **dos vertientes interrelacionadas: la de información y la del conocimiento**.

---

<sup>1</sup>Robert KURTZ, *La ignorancia de la Sociedad del conocimiento*. <http://www.antroposmoderno.com/word/laignode.doc>. Alemania.11/03/2003

Con el advenimiento del Siglo XXI, constantemente se escucha en el discurso no formal y en el formal, aludir a la sociedad de la información y del conocimiento, para referirse al proceso de informatización desarrollado por la sociedad, o sea, el empleo de los recursos tecnológicos, para acumular, organizar y precisar, el acervo ilimitado de información que momento a momento va generándose; de tal manera que en dicha expresión, conocimiento e información, son empleados como sinónimos, aunque son diferentes.

Julio Téllez Valdés al respecto ha dicho que, “comprende el uso masivo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) para difundir el conocimiento y los intercambios en una sociedad”<sup>2</sup>. También se le ha conceptualizado como, una iniciativa en la que se vienen sumando la mayor parte de los países, para apoyar el desarrollo humano mediante el uso de las tecnologías de información y comunicaciones, generando oportunidades para el desarrollo de servicios: en el aprendizaje, la salud, la economía, el gobierno y otros servicios afines.

De tal manera que, al tener una mayor población acceso a servicios, en un entorno colaborativo de alcance local, regional, en un ambiente sin fronteras, a través del impulso a las tecnologías diversas de información y comunicaciones, propiciarán no solo la innovación y modernización de infraestructura, sino también la homologación y (o) armonización de las normas en cada región, para apoyar un entorno internacional de intercambio de información y conocimiento, apoyado en una conectividad de alcance global.<sup>3</sup>

En ese desarrollo el intelecto se libera, para expandir las relaciones sociales, fortaleciendo economías y aportando eficiencia a las instituciones del sector público y privado; esto es, abre un mosaico de interconexiones, en donde los flujos de información transfronteriza, hacen que los diferentes subsistemas interactúen con datos e información, originando una sociedad mundial de la información para todos. Pero, ¿realmente es para todos?; es para todos, porque vivimos en una sociedad en la cual, estamos sepultados por informaciones, pues jamás hubo tanta información como ahora; transmitida por tantos medios al mismo tiempo, por ello el significado de “información” es tomado en un sentido mucho más amplio y abarca hasta procedimientos mecánicos, por ello llega a utilizarse como sinónimo de conocimiento, pero los recursos tecnológicos solo apoyan y pueden facilitar el conocimiento.

Tal cúmulo de información puede ubicarse en las fuentes indirectas del conocimiento jurídico, entonces la generación de conocimiento en el Derecho, supone la interrelación de las fuentes directas e indirectas del conocimiento jurídico, para buscar y encontrarle su significado, lo cual a su vez implica, una cosmovisión de intereses generadores de diferencias entre los sujetos pertenecientes a una sociedad en constante desarrollo, de donde aflorarán, yuxtaposiciones en los sistemas jurídicos, que trascenderán a las variaciones lingüísticas en la disciplina, por una parte y por otra, a los

---

<sup>2</sup> Julio Téllez Valdés, *Derecho Informático*, 3ª.ed., Ed.Mc Graw Hill, México, 2003, p. 6.

<sup>3</sup> [www.e-mexico.gob.mx](http://www.e-mexico.gob.mx) , junio 3, 2004.

esquemas de representación documentaria manejados en los documentos impresos y en los electrónicos. Este es el escenario flexible y extraterritorializado en el que se desarrolla la investigación jurídica desde hace algún tiempo, que implica mejorar su metodología y técnica de investigación documental.

Octavio Ianni señala que, “El concepto de extraterritorialidad se aplica a grupos étnicos, lealtades ideológicas y movimientos políticos que actúan crecientemente en modelos que trascienden las fronteras territoriales específicas, se manifiesta tanto en la economía como en la esfera de la política y de la cultura, cuyas relaciones, los procesos y las estructuras globales hacen que todo se mueva en direcciones conocidas y desconocidas, conexas y contradictorias.”<sup>4</sup>

Mejorar la metodología y la técnica de investigación documental en el Derecho se hace necesario, porque al pretender equilibrar la recomposición de la sociedad donde se entrelazan, las realidades locales nacionales o regionales y los problemas mundiales, se vincula y enlaza con otros saberes, cuyos resultados al mismo tiempo precisan de recursos técnicos para homologar las variaciones lingüísticas enfrentadas al manejar la información, de tal manera que sean accesible y localizables a todos los interesados en ellos, o sea, mejorar la calidad en la divulgación de los resultados de investigación.

Tal gestión de calidad es sustentada en la innovación y en la creatividad con que el docente-investigador impulsa la maduración temprana del estudiante en la investigación jurídica.

## **2. El proceso formativo en los saberes jurídicos**

El escenario referido conlleva a visualizar al proceso de enseñanza- aprendizaje jurídico, como situaciones comunicativas entrelazadas, donde los estudiantes construyen individualmente el conocimiento, pero lo hacen junto con otros, el profesor, los compañeros, y a menudo, gracias a otros; por ello los procesos de aprendizaje están interconectados con los procesos de enseñanza, dinámica en cual debe saberse qué enseñar y cómo enseñar.

En dicha interconexión es relevante la función del docente y el desarrollo del estudiante. Al docente<sup>5</sup> le corresponde, lograr orientar el proceso para que el estudiante construya vinculados a sus intereses significados, interconectando los significados científicos y culturales enlazados en los contenidos escolares, proceso donde se mezclan los intereses y aptitudes desarrollados en cada edad para aprender y la velocidad con que cambia la información, debido al desarrollo tecnológico de este siglo XXI.

---

<sup>4</sup> Octavio Ianni, *Teorías de la globalización*, Tr. Isabel Vericat Nuñez, 3ª ed., Ed. Siglo XXI, Universidad Nacional Autónoma de México, , 1998, p. 60.

<sup>5</sup> **Docente**, es una persona de autoridad en materia de enseñanza y tiene por profesión la labor docente. El **profesor**, es quien proporciona contenidos instructivos. Cfr. *Enciclopedia General de la Educación*, Ed. Santillana, 5ª.ed., México, 1997; *Enciclopedia General de la Educación. Un marco psicológico global para la educación escolar*. Vol. I, Ed. Océano, s.a. p. 14.

Para lograr que el estudiante descubra en su ambiente, inquietudes que le den significado a su proceso educativo, que lo ocupen en encontrarles respuesta y la expresen con calidad, contribuirá el docente actuando conjuntamente con el estudiante, facilitándole el desarrollo de las acciones que en conjunto le proporcionarán la formación demandada por la sociedad sin fronteras donde se desarrolla. Tal aprendizaje significativo es un proceso fundado en la innovación y en la creatividad, que llevan a cabo el binomio docente-investigador y estudiante, apoyándose en el método de seminario. Es por ello que el estudiante también tiene que formarse y practicar la investigación jurídica.

El método de seminario universitario, tiene su origen en la Universidad Alemana de finales del siglo XVIII. En sus comienzos estaba destinado a la iniciación en la metodología de la investigación y de la crítica en filología e historia y también en filosofía y teología. Más tarde se extendió hasta abarcar todas las disciplinas; y hoy no se entiende una universidad moderna sin este tipo de formación. En este sentido clásico, el seminario es parte esencial e indispensable de la Universidad. Las ciencias tienen laboratorios. Las disciplinas humanísticas tienen que tener seminario.<sup>6</sup>

De ahí que para percibir la recomposición de la sociedad, es indispensable ejercitar la creatividad, exponiendo con calidad las innovaciones, para lo cual se atenderá a las normas de normalización, llamadas también de armonización, ISO 690, 690-2.

### **3. La Organización Internacional para la Estandarización (ISO) y la Universidad Veracruzana**

La Organización Internacional para la Estandarización, fundada en 1946, tiene su sede en Ginebra, Suiza y está integrada por 138 países. Cuenta con 224 comités técnicos que han editado más de 19,000 normas. La serie ISO nació a mediados de la década de los ochentas como una necesidad de las industrias europeas, pues se pretendió unificar criterios de calidad para que las aplicaran como un modelo único. Un sistema de Gestión de Calidad es, una estructura organizacional que involucra procedimientos, procesos y recursos necesarios para desarrollar actividades para un fin.<sup>7</sup>

Los beneficios que ese proceso de calidad busca aportar son:

- Adecuación a la Administración de los procesos
- Enfoque a los resultados de la Institución
- Integración con otros sistemas de Administración de la Calidad
- Incluye procesos de mejora continua
- Adaptable a las necesidades de los alumnos
- Enfoque a las necesidades de los alumnos y partes interesadas.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> José Benigno Zilli Mánica, “*Qué es propiamente, un Seminario Universitario.*” Xalapa, Ver., Ed. Diario de Xalapa, mayo, 1989

<sup>7</sup> [www.sismo.info/iso](http://www.sismo.info/iso) . Consultada en mayo 26 del 2004

<sup>8</sup> [ww.itchetumal.edu.mx/paginas/manuales](http://ww.itchetumal.edu.mx/paginas/manuales) abril 10 del 2004



En esa perspectiva, la Universidad Veracruzana ha logrado en varios procesos administrativos que hayan sido certificados por la Norma ISO 9001:2000, en donde la Universidad Veracruzana avanza transversalmente, en un campo en el que ha sido pionera a nivel nacional. Los procesos que han recibido este reconocimiento son: el ingreso 2003-2004 (auditoría de mantenimiento de la certificación); el egreso en la expedición del título y gestión de cédula profesional; la estadística básica; la adquisición de recursos documentales; el análisis y organización de recursos documentales; y la prestación de servicios informativos.

El sistema de gestión de la calidad, diseñado e implantado por el personal del Departamento de Estímulos a la Productividad Académica, recibió también el reconocimiento y la certificación de calidad. Este hecho posiciona a la Universidad Veracruzana como la primera institución de educación superior a nivel nacional que logra certificar un programa de esta naturaleza.<sup>9</sup>

Ese impulso hacia la calidad en la Universidad Veracruzana, implica para el desempeño académico del docente-investigador, contextualizar al estudiante de los saberes jurídicos, en un ambiente global, pues como lo ha expresado Jean Piaget "...el hombre al adaptarse a su medio ambiente logra un equilibrio, esa asimilación y acomodación va construyendo esquemas, que son la representación de una forma de actividades cognitivas en relación a un contenido, es la estructura de las acciones, que permiten al individuo repetirlas en una situación, aplicarlas y utilizarlas a otras situaciones,..."<sup>10</sup>; reequilibración que aplicada a superar las variaciones lingüísticas, lleva a insertar en el programa de la experiencia educativa orientada al aprendizaje y práctica de la investigación jurídica, se incluyan normas de normalización: ISO690 Referencias bibliográficas. Contenido, forma y estructura, y la ISO690-2 sobre Referencias bibliográficas en documentos electrónicos.

### **3. El proceso y práctica de la investigación jurídica documental y las ISO690 e ISO690-2**

Estas normas de armonización impactan la etapa del proceso de investigación relativa al Acopio de información, cuya importancia es incuestionable. Los autores de textos sobre Técnicas de Investigación, dedican una parte de su obra a orientar al interesado sobre la utilización de los acervos bibliotecarios, a la estructuración y redacción de fichas tanto bibliográficas como de trabajo; es decir, al acopio de información<sup>11</sup>. La importancia del Acopio de Información radica, en que se traslapa a todas las otras, pues ayuda desde el

---

<sup>9</sup> www.uv.mx *Segundo Informe de Labores del Rector de la Universidad veracruzana: 2002-2003*

<sup>10</sup> Estela Ruiz Larraguivel, "Reflexiones en torno a las teorías del aprendizaje" Antología sobre Didáctica Jurídica, por Rafael Sánchez Vázquez, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, BUAP, Puebla, México, 1999. p. 6.

<sup>11</sup> Jorge Alberto González Galván, *La construcción del Derecho. Métodos y técnicas de investigación*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, No. 18, México, 1998. pp. 57-69; Pedro Olea Franco y Francisco L. Sánchez del Carpio, *Manual de Técnicas de Investigación Documental*, 8ª ed., Ed. Esfinge, México, 1979. pp. 81-101; Jorge Witker Velásquez, *Como elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1991. pp.63-70

hallazgo de un tema objeto de investigación, en la planeación del trabajo y hasta la redacción de los resultados de la investigación.

Para realizar una pertinente recopilación de información, se recomienda iniciar por los catálogos y tesauros localizados en relación al tema de interés, de lo cual dependerá redactar una ficha bibliográfica útil, tanto para el sujeto en acción como para el futuro lector, quien a su vez podrá emplearla como referencia al elaborar y divulgar sus propios estudios, de manera presencial o a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Este ámbito reporta serias dificultades para el Derecho, por los problemas gramaticales que origina la polisemia en sus términos, por ejemplo entre plazo y término, mora y retardo.

Con estas normas de normalización se pretende alcanzar la calidad, al mejorar los recursos tradicionales empleados para la identificación de documentos impresos, de tal manera que puedan aplicarse para identificar y hacer identificable los documentos electrónicos, además de, en el caso de la investigación jurídica, atender a los sistemas jurídicos referidos a una institución jurídica, por ejemplo en el concepto de competencia leal o competencia desleal, cliente, usuario, entre otros.

### **3.1 ISO 690. Documentación-Referencias bibliográficas. Contenido, forma y estructura**

Las referencias bibliográficas tienen su origen en la ficha bibliográfica. Tradicionalmente los lineamientos para la redacción de la ficha bibliográfica, son semejantes a los empleados en la elaboración de una ficha catalográfica de biblioteca, pues los elementos en ambas pretenden identificar y hacer identificable el texto en consulta.

Sus elementos son: el nombre del autor, principal y secundario, hasta tres nombres; título de la obra; nombre del traductor; número de la edición en consulta; nombre de la casa editorial; nombre y número de la colección a la que pertenece el texto; sede de la casa editorial y año de edición; elementos que en conjunto se identifican como pie de imprenta. Continúa la descripción física de la obra, especificando la altura del texto y al número total de páginas, tomos o volúmenes que abarca la obra. Enseguida se construye el registro, apartado donde son establecidos, en la ficha bibliográfica, los puntos de interés para el sujeto que realiza la consulta, mismos que coincidirán con los temas y subtemas del esquema de trabajo; tratándose de la ficha catalográfica, se hará referencia a los encabezamientos de materia, o sea la temática hacia la cual es dedicado el contenido del texto. Precisamente el pie de imprenta es el utilizado en la redacción de las referencias bibliográficas, en el aparato crítico y en la bibliografía y a esos componentes aluden las ISO 690 mencionadas.

Esta norma internacional fue elaborada por el Comité Técnico de Información y documentación ISO/TC 46 y un Subcomité SC 9, Presentación, identificación y descripción de documentos, consta de dos partes, la ISO 690 y la ISO690-2; tienen el propósito de especificar los elementos que deben mencionarse en las referencias bibliográficas

aplicadas a los documentos publicados, monografías y publicaciones seriadas, a los capítulos y artículos que estos contengan y también a las patentes, tratando por separado lo relativo a los documentos electrónicos. Determina un orden obligatorio para los elementos de referencia y establece las reglas para la transcripción y la presentación de la información de la fuente de la publicación.

Sus destinatarios son los autores y editores, para la confección de referencias bibliográficas en una bibliografía y para la formulación de citas de los textos, correspondientes a las entradas de la bibliografía. No se exige para las descripciones requeridas por los bibliotecarios ni para las referencias a manuscritos.

Para su aplicación a su vez se construye un marco regulatorio dedicado a los elementos que conforman el pie de imprenta, donde se entrelazan las normas siguientes:

ISO 4, Documentación- Reglas para la abreviación de las palabras en los títulos y los títulos de las publicaciones.

ISO 9, Documentación- Transliteración de caracteres cirílicos eslavos en caracteres latinos.

ISO 233, Documentación- Transliteración de caracteres árabes en caracteres latinos.

ISO 259, Transliteración de caracteres hebraicos en caracteres latinos.

ISO832, Referencias bibliográficas – Abreviación de palabras típicas.

ISO 843/R, Documentación- Transliteración de caracteres griegos en caracteres latinos.

ISO 2014, Representación numérica de datos.

ISO 2108, Documentación- Sistema Internacional para la numeración de libros (ISBN).

ISO3166, Códigos para la representación de nombres de países.

ISO 3297, Documentación –Numeración internacional normalizada de publicaciones seriadas (ISSN)

ISO5123, Documentación- Los títulos de microfichas de las monografías y de las publicaciones seriadas.

ISO 5127, Documentación e información- Vocabulario.

ISO 7098 Documentación –Romanización del chino.<sup>12</sup>

Como fue expresado, se trata de mejorar la técnica tradicional, ya que formamos parte de la sociedad de la información y del conocimiento; por ello este criterio reconoce por ejemplo, la situación relativa a si fueren más de tres responsables del texto, establece que pueden citarse hasta tres y omitirse los demás; ocurre lo mismo al referirse a las adiciones y correcciones, o sea cuando los datos aparezcan fuera de la portada y contraportada, mismos que deberán hacerse constar entre corchetes o paréntesis según la norma de armonización, aunque preferentemente en la tendencia tradicional,.

### **3.2 ISO 690-2 Documentos electrónicos y sus partes**

El propósito de esta parte de la norma de estandarización relativa a las referencias bibliográficas, abarca a la fuente del documento electrónico, el cual tiene cierta similitud con una publicación impresa, como una monografía, una serie, un artículo, pero difiere en

---

<sup>12</sup> <http://biblioteca.ucv.cl/herramientas/citasbibliograficas/iso690.pdf>, consultada en junio 9 del 2004.

la descripción física de la obra, pues de inicio se encuentra en un formato electrónico, cuya identidad pueden ser como programas de computación, bases de datos, archivos, respaldos que existen en un formato legible por la máquina, como en línea, CD-ROM, cintas magnéticas u otro medio de almacenamiento.<sup>13</sup>

El marco regulatorio construido para su aplicación, hace referencia a:  
ISO 4: 1984, Documentación – Reglas para la abreviación de las palabras de los títulos y los títulos de las publicaciones.  
ISO 639: 1988, Código para la representación de nombres de los lenguajes.  
ISO 690:1987, Documentación .-Referencias bibliográficas- Contenido, forma y estructura.  
ISO 832: 1994, Información y documentación –Descripción bibliográfica y referencias – Reglas para la abreviación de términos bibliográficos.  
ISO 8601: 1988, Elementos de fechas y formatos intercambiables –Información intercambiable –Representación de fecha y tiempo.

Los componentes subyacentes en el propósito de esta norma y que establecen la diferencia con los textos impresos, atienden tanto al significado de información y de documento en la interacción con los medios informáticos y los recursos tecnológicos. Entonces, para efectos Informáticos, Julio Téllez conceptúa la información como, “...un proceso físico-mecánico de transmisión de datos como elementos referencial acerca de un hecho.”<sup>14</sup> En esa misma perspectiva, el propio autor considera como documento electrónico al “...conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora y permiten su traducción al lenguaje natural”<sup>15</sup>

De ahí que en sus definiciones de esquemas de referencias bibliográficas mencionadas en la ISO 690, agregue las relativas a: boletín electrónico, programa computaciones, base de datos, lista de discusión, documento electrónico, sistema de comunicación electrónica. Modifica algunos de los elementos del pie de imprenta, como ocurre con el año de edición, debiéndose insertar la fecha de actualización/revisión, fecha de citación y la ubicación dentro del documento en consulta, disponibilidad y acceso.

También enlaza tradición con innovación, cuando, ante el desconocimiento del nombre del autor o colectividad responsable del documento electrónico en consulta, esta referencia debe iniciarse por el título y expresamente señala, que el término “anónimo” no debe ser empleado como sustituto del nombre desconocido del autor, o cuando sean más de tres personas los responsables del documento.

## **Reflexión final**

Claramente puede apreciarse, que la homologación llevada a cabo a través de estas normas internacionales, resulta compleja, pero indispensable para superar las variaciones surgidas en la interacción por las carreteras de la información, desafiando el tiempo y el espacio.

---

<sup>13</sup> <http://biblioteca.ucv.cl/herramientas/citasbibliograficas/iso690.pdf>, consultada en junio 9 del 2004

<sup>14</sup> Julio Téllez Valdés, *Derecho Informático*, 3ª ed., Ed. MacGrawHill, México,2003, p.58

<sup>15</sup> Idem, p.247

Resulta sumamente importante para la identificación y hacer identificable un documento electrónico, que esta norma atienda al tipo de medio y a su ruta, pues de esta manera la sociedad de la información y del conocimiento disminuye su carácter excluyente, pues facilita el acceso a la divulgación y/o consulta de la obra en cuestión.

Por ello al insertarla en los contenidos programáticos del Preseminario, fungirán como guía didáctica para el aprendizaje a investigar, en paralelo los manuales sobre Técnicas de Investigación y las normas de calidad ISO690, ISO690-2 y sus referencias; cuestión que resulta insoslayable ante las certificaciones en calidad alcanzadas hasta el momento por la Universidad Veracruzana.

## Bibliografía:

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La construcción del Derecho. Métodos y técnicas de investigación*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, No. 18, México, 1998.

IANNI, Octavio, *Teorías de la globalización*, Tr. Isabel Vericat Nuñez, 3ª ed., Ed. Siglo XXI, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. p. 60.

KURTZ, Robert, *La ignorancia de la Sociedad del conocimiento*. <http://www.antroposmoderno.com/word/laignode.doc>. <http://www.antroposmoderno.com/word/laignode.doc>. Alemania. 11/03/2003.

OLEA FRANCO, Pedro y Francisco L. Sánchez del Carpio, *Manual de Técnicas de Investigación Documental*, 8ª ed., Ed. Esfinge, México, 1979.

RUIZ LARRAGUIVEL, Estela. “*Reflexiones en torno a las teorías del aprendizaje*” Antología sobre Didáctica Jurídica, por Rafael Sánchez Vázquez, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, BUAP, Puebla, México, 1999. p. 6.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho Informático*, 3ª.ed., Ed. Mc Graw Hill, México, 2003.

WITKER VELÁZQUEZ, Jorge, *Como elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

ZILLI MANICA, José Benigno. “*Qué es propiamente, un Seminario Universitario.*” Xalapa, Ver., Ed. Diario de Xalapa, mayo, 1989

<http://biblioteca.ucv.cl/herramientas/citasbibliograficas/iso690.pdf>, consultada en junio 9, 2004.

<http://biblioteca.ucv.cl/herramientas/citasbibliograficas/iso690.pdf>, consultada en junio 9, 2004

[www.uv.mx](http://www.uv.mx) *Segundo Informe de Labores del Rector de la Universidad veracruzana: 2002-2003*

[www.e-mexico.gob.mx](http://www.e-mexico.gob.mx) , consultada en junio 3, 2004.

# El Estado en Kant

Ana Lilia Ulloa Cuéllar\*

“...[D]ebes en las relaciones de necesaria coexistencia con todo lo demás, salir del estado de naturaleza para entrar en un Estado jurídico” (Kant, *Doctrina del derecho*, parte VI, p. 307).

**RESUMEN:** En este ensayo se analiza la naturaleza racional del Estado en Kant. Para ello se estudian las tesis kantianas sobre el Derecho y la Moral. Se analiza la influencia del pensamiento político de Rousseau en Kant así como la distinción entre una concepción pura y una concepción empírica del estado. El trabajo presenta también algunas citas kantianas sobre la subordinación de la Crítica de la razón Pura a la Crítica de la razón Práctica.

**Palabras claves:** Estado. Derecho. Libertad, Autonomía y Moral.

**ABSTRACT:** *In this paper, we will find an analysis of the rational nature of the State in Kant. In order to do so, we study the kantian theses on Rights and Moral. The influence of political thinking by Rousseau in Kant as well as the distinction between a pure and empirical conception of the State are also analyzed. This work presents also some kantian quotations on the subordination of the Critique on Pure Reasoning under the Critique on Practical Reasoning.*

**Key words:** *State, Law, Liberty, Autonomy, Moral.*

**SUMARIO:** Introducción. I. La libertad como presupuesto de la autonomía, la moral y el derecho. 2. El Estado como un Estado de Derecho. 3. El Estado y el contrato originario. Bibliografía.

## Introducción

Las ideas kantianas acerca del Estado son desarrolladas por Emmanuel Kant principalmente en sus obras: *Metafísica de las costumbres*, *La paz perpetua*, así como en las *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita*. A través de estas obras, Kant define al

---

\* Doctora en Filosofía e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Estado como “la reunión de una pluralidad de hombres bajo leyes jurídicas”, pero aunque esta definición remite a una noción empírica del derecho, no obstante, la teoría del derecho y del Estado en Kant no puede ser considerada, en última instancia, como una teoría positivista. El derecho en Kant al igual que la moral remite a una ley racional-universal.

El objetivo de este artículo es analizar esa naturaleza racional del Estado en Kant.

## 1. La libertad como presupuesto de la autonomía, la moral y el derecho

La doctrina kantiana del Estado tiene sus raíces en el pensamiento de Rousseau. Para Kant, el acto que da nacimiento al Estado, remite a un contrato originario a través del cual todos los miembros entregan al pueblo su libertad externa, para recibirla inmediatamente después como miembros de un ente común: el pueblo concebido como Estado. Respecto de la razón pura teórica y la razón práctica, analizadas cada una por el filósofo de Königsberg en la *Crítica de la razón pura* y la *Crítica de la razón práctica* respectivamente, cabe señalar que es la razón práctica la que prescribe a los hombres unirse a una comunidad política: el Estado. Y es esta misma razón práctica, la que también prescribe a los hombres unirse desde un Estado a otros Estados, organizando una federación universal de naciones basada en una Constitución. Veamos con detalle como es esto.

Si bien es cierto que la crítica dedicada a la moralidad, de donde se desprenderá posteriormente la concepción del derecho y el Estado en Kant, ocupa cronológicamente el segundo lugar de las críticas, ya que el primer lugar lo ocupa la *Crítica de la razón pura*, no obstante, filosóficamente, la primacía la lleva la *Crítica de la razón práctica*, ésta razón apunta a la moralidad, la cual tiene su máxima expresión en el imperativo categórico que afirma que: “obra de tal modo que siempre consideres a la humanidad lo mismo en tu persona que en la de los demás, como un fin y nunca como un medio”.

El hombre, al estar en este mundo contiene una dimensión empírica sujeta a la causalidad, pero por ser un ser humano tiene otra dimensión **noúmena** que es la libertad y que lo lleva a ser un ente moral. Esta dimensión moral, como una categoría pura y universal, es estudiada por Kant en su segunda crítica, la *Crítica de la razón práctica*.

“Por consiguiente, en la unión de la razón especulativa pura con la práctica pura en su conocimiento, la última ostenta la primacía, suponiendo desde luego que esta unión no sea contingente y caprichosa, sino fundada a priori en la razón misma y, en consecuencia necesaria, puesto que sin esta subordinación se originaría un conflicto de la razón consigo misma, porque si ambas estuvieran sólo coordinadas, la primera cerraría para sí severamente sus límites y no aceptaría en su territorio nada de la última mientras que ésta trataría de extender los suyos más allá de todo y si sus necesidades se lo exigían, incluiría a aquella dentro de los suyos.”<sup>1</sup>

Y más adelante, en la misma obra, abunda en claridad y nos dice:

“Pero no puede proponerse que la razón práctica sea subordinada a la especulativa e invertir así el orden, porque en definitiva todo interés es práctico y aún el de la razón especulativa es sólo condicionado, y únicamente en el uso práctico está completada.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Kant, *Crítica de la razón práctica*, Ed. Espasa-Calpe, Argentina, 1968, p. 130

<sup>2</sup> *Ibid*



En la teoría moral kantiana, el concepto clave es la autonomía de los seres humanos. Esta autonomía es entendida como la voluntad que tienen los seres humanos para legislarse a sí mismos. En un sentido amplio, la autonomía de los seres humanos es sinónimo de libertad. Los seres humanos son libres en forma *a priori*, pero para que la libertad de cada hombre no choque con la libertad de los demás se hace necesario una regulación de éstas, misma que se da a través del derecho. El derecho aparece entonces como normalización de las libertades externas de los individuos. Ahora bien la coordinación dada por el derecho es institucionalizada por el Estado.

El concepto de derecho apunta al de justicia entendida esta como el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”. Con esto tenemos que el ideal de derecho en Kant es la libertad; por la libertad es que se ordena el derecho por la razón. Y esta coordinación racional de las libertades por el derecho se da gracias al surgimiento de una institución jurídica: el Estado.

## 2. El Estado como un Estado de derecho

El Estado en Kant no es un Estado déspota ni paternalista. La principal labor de este Estado no es crear la felicidad, la cual puede ser entendida de múltiples formas, sino dar lugar a la libertad de todos y cada uno de los miembros del Estado. Cada individuo puede buscar la felicidad por el camino que considere mejor, siempre y cuando no limite la libertad de los demás ciudadanos. El Estado tiene entonces como único fin el derecho y este a su vez el de coordinar las libertades de todos según una “ley universal”.

El Estado kantiano es un “Estado de derecho”, ya que tiene como función asegurar la observancia del derecho como garantía de los derechos subjetivos de los individuos. Es un Estado que tiene como fin la garantía de la libertad individual. *Prima facie*, se puede decir que el Estado kantiano es un Estado liberal, en el sentido en que actualmente se utiliza el término liberal, sin embargo, esto no es del todo correcto ya que no se debe olvidar que el Estado es una institución a través del cual el derecho coordina las libertades pero, tanto el derecho como las libertades apuntan a una “racionalidad pura”, son formales y absolutos. El Estado se ocupa de un derecho no utilitarista.

Kant, considera que previo al Estado hay un estado de naturaleza o estado de sociedad, que no es un Estado de sociedad civil en donde hay una juridicidad provisional y en donde la “posesión”, derecho subjetivo, es provisionalmente jurídica, convirtiéndose en definitiva cuando se sale del estado de naturaleza para dar lugar a la sociedad civil.

Para Kant, entonces, los derechos subjetivos son en parte la razón del Estado: “debe [...] permitírsele al sujeto constreñir a cualquiera, con el que surja una controversia acerca de lo mío o lo tuyo referente a dicho objeto, a participar junto a él en una constitución civil”<sup>3</sup>. Los derechos subjetivos no van a ser justificados por el derecho sino que ellos son los que justifican racionalmente al derecho.

---

<sup>3</sup> Kant, *Metafísica de las costumbres*, parte I, 8 (VI), Doctrina del derecho, Ed. Espasa-Calpe, Argentina, 1971, p. 256.

Otra razón de la existencia del Estado viene a ser el deber moral de salir del estado de naturaleza, pues esta salida no es utilitarista sino moral: si los hombres permanecieran en el estado de naturaleza por que por el momento éste no tuviera problemas, “obrarían injustamente en grado máximo al querer permanecer en un Estado que no es jurídico, en el que ninguno está seguro de lo suyo contra la violencia de los demás”<sup>4</sup>.

Que el hombre tiene el deber moral de salir del estado de naturaleza está señalado también en el postulado kantiano del derecho público que reza así: “... debes en las relaciones de necesaria coexistencia con todo lo demás, salir del estado de naturaleza para entrar en un Estado jurídico”<sup>5</sup>.

### 3. El Estado y el contrato originario

Todo pueblo necesita de un sistema de leyes y este sistema da lugar al derecho público. Y un pueblo con un estado de derecho da lugar, a su vez, al surgimiento de la ciudad y al estado civil.

La ciudad que es llamada la “cosa pública” encierra en sí tres poderes los cuales corresponden a las tres proposiciones de un razonamiento práctico: La mayor que es la ley. La menor que contiene el precepto de conducta en consecuencia y la conclusión que contiene la sentencia, o lo que es de derecho en los diferentes casos.

“Una ciudad (*civitis*) es la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes de derecho. En cuanto estas leyes, como leyes *a priori*, son necesarias, es decir, derivan espontáneamente en general (y no por vía de disposición legislativa) de la noción del derecho exterior, la forma de la ciudad es la de una ciudad en general, es decir, la *ciudad en Idea*, como debe ser según los principios de derecho puro. Esta idea sirve de regla (norma) a cada reunión efectiva en república (por consiguiente a lo interior).

Cada ciudad encierra en sí *tres poderes*, es decir, la voluntad universalmente conjunta en una triple persona (*tris política*) : *el poder soberano (soberanía)* en la persona del legislador, *el poder ejecutivo* (según la ley) en la persona del gobierno, y *el poder judicial* (como reconocimiento de lo Mío de cada cual según la ley) en la persona del Juez (*potestas legislativa, rectoria et judiciaria*). Lo cual corresponde a las tres proposiciones de un razonamiento práctico: a la mayor, o principios, que contiene la *Ley* de una voluntad; a la menor, que contiene el *precepto* de conducta en consecuencia de la ley, es decir, el principio de la subordinación a la ley; y en fin, a la conclusión que contiene la *sentencia*, a lo que es de derecho en los diferentes casos.”<sup>6</sup>

Pero el estado de derecho es posterior al estado de naturaleza. Siguiendo a Rousseau, Kant sostiene que la salida del estado de naturaleza se da a través del contrato llamado en Kant contrato originario. Este es el único “... sobre lo que puede fundarse una constitución

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*, parte I, 42 (VI), p. 307-308; parte II, 44, (VI), pp. 312-313.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, parte VI, p. 307.

<sup>6</sup> Kant, *Metafísica de las costumbres*, Ed. Espasa- Calpe, Argentina, 1971, p. 162.

civil y, por ello universalmente jurídica, entre los hombres, y por lo que puede crearse un ente común”<sup>7</sup>.

Es importante resaltar que el contrato originario de Kant se distingue del contrato social de Rousseau, no sólo por la nomenclatura sino por otros aspectos sustanciales; mientras para Rousseau el contrato social hunde sus raíces en el devenir histórico, para Kant el contrato deriva de la racionalidad, no es precisamente un hecho sino una idea de la razón que tiene por supuesto una realidad práctica basada en el consentimiento de todos los miembros que conforman el contrato.

Es en este contrato original donde “todos [...] confieren al pueblo su libertad externa, para recuperarla rápidamente como miembros de un ente común, es decir, del pueblo considerado como Estado [...] y no puede decirse, por tanto, que el hombre en el Estado haya sacrificado a un fin una parte de su libertad externa innata, bien que haya abandonado totalmente la libertad del salvaje y sin ley para volver a encontrar de nuevo íntegra su libertad en modo absoluto en la sumisión a la ley, es decir, en una situación jurídica, ya que esta sumisión deriva de su propia voluntad legisladora”<sup>8</sup>.

Salir del estado de naturaleza para conformar el Estado y salir del estado de naturaleza para conformar una sociedad cosmopolita es un deber moral y remiten a una ley universal, por ello se dice que aún las cuestiones prácticas como el derecho y la política, son estudiadas y concebidas por Kant bajo el lente de la razón pura: *la razón pura práctica*. Con esto Kant establece el puente entre lo empírico y lo *a priori* señalado magistralmente en el siguiente texto: “... el cielo estrellado encima de mí y la ley moral dentro de mí...”.

Tenemos entonces que nuestro filósofo alemán Emmanuel Kant elaboró todo un sistema filosófico-político contractualista de justificación del Estado. Precisa y afirma el pensamiento de Rousseau. Para Kant, el contrato social es un imperativo de la razón práctica de tal suerte que el Estado debe ser construido de acuerdo con la idea del pacto, del contrato. La voluntad general es una voluntad regida exclusivamente por la razón y los sujetos del contrato, más que hombres considerados en su realidad fenoménica individual, son entes de razón que contienen en aquello que va de acuerdo con su naturaleza racional.

---

<sup>7</sup> Kant, *Acerca del dicho común: lo que es justo en teoría puede no serlo en la práctica*, Ed. Calpe, Argentina, 1971, II, (VIII), p. 291.

<sup>8</sup> Kant, *Metafísica de las costumbres*, Doctrina del derecho, *Op. Cit.* Parte II, 46 (VI), p. 316.

## **Bibliografía**

HONDERICH, Ted (comp.), *Los filósofos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

KANT, Manuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Argentina, 1975.

———, *Crítica de la razón práctica*, Espasa Calpe, Argentina, 1968.

———, *La paz perpetua*, Espasa Calpe, Argentina, 1946.

———, *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita*, Ed. Calpe, Argentina, 1960.

———, *Metafísica de las costumbres*, Ed. Espasa Calpe, Argentina, 1971.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Universidad externado de Colombia, 2ª. ed., Colombia, 1999.

MARTÍNEZ MARZOA, Felipe, *Releer a Kant*, Ed. Anthropos, España, 1992.

*Reseñas*

**BECK, Ulrich, “Los límites del poder en la era global” en BECK, Ulrich, *Poder y Contrapoder en la era Global (la nueva economía política mundial)*, tr. R. S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004, 430p.**

Rebeca Elizabeth Contreras López\*

En este libro, el profesor alemán nos plantea una problemática, por demás apasionante, ¿Cómo se han transformado los límites del poder y las unidades sociales delimitadas que constituían los Estados nacionales? En el contexto de la era global. A partir de este planteamiento, desde su visión europea, afirma que Europa ha sustituido a los países miembros de la Unión como países independientes. Y que, cada vez más, estos países desarrollan una política que llama *de las fronteras*, en la que tienen que renunciar al monopolio de la violencia, con el fin de recobrar la seguridad y la soberanía nacionales. Monopolio de la violencia que se ejerce, fundamentalmente, a través del poder de punición del Estado (*ius puniendi*).

El interés de la obra se ubica en la política de un mundo radicalmente transformado, en donde se buscan *las consecuencias de la globalización*.

En las ciencias sociales este objeto de estudio se enfoca desde dos puntos de vista, el primero,

piensa e investiga la globalización en el sentido de una creciente *interconnectedness* (Held y otros, 1999; Beisheim y otros, 1999), esto es, en el sentido de crecientes entrelazamientos, interdependencias, flujos suprafronterizos, identidades y redes sociales. Una segunda perspectiva acentúa <<la superación del espacio por el tiempo>> (Harvey, 1990, pág. 29; Giddens, 1997), posible gracias a los nuevos medios de comunicación (p.13).

Para Beck, además de estos dos enfoques, la globalización es una “*transformación* histórica”.

El argumento central del libro es que el realismo político nacional hay que sustituirlo por un *realismo cosmopolita*, que aún hay que conceptualizar, pero en el cual se transgreden las fronteras nacionales y se transita a un ámbito abierto, global; en el que los

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

movimientos sociales transnacionales son fundamentales, aún los civiles, como las redes terroristas.

Aquí hay que revisar el planteamiento del autor, ya que si se trata de una revisión histórica de “así son las cosas”, no podría afirmar que “hay que sustituirlo”, sino que la realidad ya ha sido sustituida. Si se trata de una explicación analítica, (tal vez epistémica) entonces si es posible afirmar que habría que desconectarla de la realidad (la cual ya está dada).

El realismo cosmopolita responde a dos preguntas:

1. ¿Cómo y mediante qué estrategias imponen los actores de la economía mundial sus leyes de actuación a los Estados?
2. ¿Cómo pueden los Estados conquistar a su vez un metapoder político estatal frente a los actores de la economía mundial, para imponer a la política del capital mundial un *régimen cosmopolita* que incluya libertad política, justicia global, seguridad social y sostenibilidad ecológica?

Ulrich Beck nos aconseja que leamos primero el último capítulo y después el penúltimo, antes de empezar con la introducción. Seguramente porque los cambios que vivimos son tan amplios y sorprendentes que aún cuesta acostumbrarnos a ellos.

Beck defiende un régimen cosmopolita y se pregunta qué es lo que lo distingue de otros discursos casi coincidentes como: americanización, globalismo neoliberal, universalismo o multiculturalismo.

Si preguntamos ¿qué piensas de la otredad de los otros? El “cosmopolitismo la reconoce, la americanización y el globalismo neoliberal la niegan” Hay que recordar que históricamente: “El descubrimiento de la humanidad como unidad social empíricamente indisoluble coincidirá históricamente con el descubrimiento del <<salvaje>>” (p. 369). Lo que nos explica la expresión: *lo igual, tiene el mismo valor. Lo diferente tiene menor valor.*

Y con perspicacia nos dice que: “¡El modelo universal de amistad es la exclusión nacional del otro!” (p.368).

Históricamente la *otredad* se convierte a la verdad universal que han detentado Europa, Estados Unidos de Norteamérica y Occidente, en definitiva. Lo que Ulrich trata de erradicar con un cosmopolitismo que significa, *reconocimiento de la otredad de los otros.*

No acepta el concepto del <<multiculturalismo>> para designar lo mismo porque, dice, éste “se orienta a grupos mas o menos homogéneos”, en tanto que el cosmopolitismo presupone y fortalece la *individualización.*

Por tanto, para el autor:

El cosmopolitismo *no* se refiere (como el globalismo) al atemporal allanamiento o supresión de todas las diferencias, sino exactamente a lo contrario, al redescubrimiento y reconocimiento radical del otro en cinco dimensiones fundamentalmente diversas:

- el reconocimiento de la otredad de los *culturalmente otros* (otras civilizaciones y modernidades);
- el reconocimiento de la otredad del *futuro*;
- el reconocimiento de la otredad de la *naturaleza*;
- el reconocimiento de la otredad del *objeto*; y

- el reconocimiento de la otredad de otras *racionalidades* (p. 373).

Hay un riesgo fundamental, como lo hemos vivido después del 11-S que, al depositar la acción cosmopolita en un Estado, aparecen los Estados vigilantes transnacionales que utilizan un fundamentalismo de la prevención para enfrentar los peligros globales.

En el futuro, tendremos que aprender que se requieren soluciones globales negociadas, pactadas y no impuestas a través de la guerra o la amenaza.

En consecuencia, la respuesta adecuada a la amenaza terrorista es el cosmopolitismo, decir que cada uno de nosotros seamos quienes seamos y estemos donde estemos, tenemos el derecho de vivir, de amar, soñar y ansiar un mundo en el que todos posean estos derechos, un mundo en el que se combata, además de la plaga del terrorismo, las plagas de la pobreza, la persecución étnica, el analfabetismo, la injusticia, la enfermedad y las inseguridades humanas, un mundo en el que el terror no pueda echar raíces ni florecer. Lo perverso de esta bella idea es que puede aplicarse y tergiversarse para hacer realidad lo diametralmente opuesto a ella (p.383).

En el eje de la discusión encontramos el ejercicio del poder que ahora ya no solo ejercen los estados nacionales, sino grupos o personas, a veces sin siquiera una legalidad formal (como las redes terroristas) y que, sin embargo, están transformando al mundo. Este libro nos permite reflexionar acerca de los peligros del nuevo orden mundial y la necesidad irrenunciable de involucrarnos en su análisis si queremos comprender lo que está sucediendo. Dedicamos una buena parte a realizar una crítica muy interesante sobre las visiones etnocentristas y, en particular de la lucha contra el terrorismo que después del 11-S inició el gobierno de Estados Unidos.

Al final, la propuesta de Ulrich es que para comprender la transformación de la legitimidad de la política mundial es indispensable pasar de la mirada nacional a la mirada cosmopolita lo que significa reconocer a los actores transnacionales y a los gobiernos “que no gobiernan”, así como identificar un frente de nuevos actores sociales que se autolegitiman en su lucha contra los peligros de la humanidad. En este nuevo escenario la búsqueda de consensos en el reconocimiento del otro, es fundamental, porque en esta visión, *la guerra ya no es una alternativa*.