

Letras Jurídicas

Volumen 13

Enero - Junio 2006

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 y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

Globalización y delitos económicos.

Jorge Witker*

SUMARIO: I. Introducción II. Delitos económicos III. Consideraciones de carácter político-criminal, criminológico y dogmático. IV. Esfuerzos internacionales para la regulación de los delitos económicos. V. Regulación de los delitos económicos en la legislación Mexicana

I. Introducción.

Las características emergentes del llamado proceso globalizador registran tendencias dispares y contradictorias de consecuencias complejas para sociedades, países y regiones. Así es dable constatar una decreciente efectividad de las decisiones políticas en los procesos económicos: el surgimiento y consolidación de nuevas estructuras de decisiones sociales; paralelas a las estatales, que operan en tiempo real con alcance planetario, desterritorialización de las organizaciones empresariales, desregulación de mercados; interconexión e integración de los sistemas financieros; reasignación geográfica de las inversiones productivas, creciente volatilidad de los flujos de capital, proliferación de los movimientos migratorios y cambios a la división internacional del trabajo, amen de una prolífica criminalidad internacional.

En dicho contexto globalizador, la empresa transnacional, disputa la hegemonía económica, social, tecnológica y política, a los Estados, los que ven en parte erosionadas sus políticas públicas, la capacidad de *imperium* y el propio monopolio de la fuerza.

Silvia Ribeiro nos muestra con cierto detalle esta hipótesis al respecto:

“La petrolera BP es la segunda empresa más grande del mundo, seguida por Exxon Mobil, Shell, General Motors, Daimler Chrysler, Toyota Motor, Ford Motor, General Electric, Total, Chevron en orden de magnitud de sus entradas hasta 2005. Cada una de ellas son economías mayores que Portugal, Israel, Irlanda o Nueva Zelanda. La empresa más grande del mundo sigue siendo Wal-Mart, cuyo volumen de ventas es mayor que el

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Este artículo forma parte de una obra colectiva en homenaje a la Dra. Olga Islas de Mariscal, publicado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

producto bruto interno de Noruega, Arabia Saudita y Austria. Wal-Mart es la vigésima economía del planeta".¹

En este poder dual existente a nivel global, la criminalidad también se ha mundializado y nuevas conductas ilícitas de contenido económico-social, se han diseminado, cruzando legislaciones, territorios, países y regiones. Nuevas figuras delictivas complejas, cuya tipificación esperan el trabajo de nuevas generaciones de penalistas y criminólogos para su estudio. Así surgen en el horizonte actual, el rescate de los delitos económicos-sociales, que requieren de una adaptación a la nueva situación de economías integradas y dependientes, que al amparo de un eventual y futuro derecho global, construya una especie de orden público económico mundial, en el cual reconceptualizar acción, culpabilidad y pena-sanción aplicable no sólo a las personas físicas, sino a las personas jurídicas y sociedades mercantiles, como son las protagónicas empresas transnacionales.²

II. Delitos económicos

Los nuevos escenarios jurídicos zonales, regionales y multilaterales, producto de la globalización económica, han impacto a las diversas disciplinas del Derecho, tanto públicas, como privadas, obligándolas a adecuar sus disposiciones al nuevo contexto.

Dentro de este proceso de evolución y adaptación jurídica, el Derecho Penal Tradicional, hasta ahora concebido en relación a la tutela de bienes jurídicos individuales, se ve en la necesidad de reformular sus principios generales de imputación y estructuras dogmáticas, así como de ampliar la tutela a bienes jurídicos supraindividuales, que afectan a amplios sectores de la sociedad.

Intereses supraindividuales o bienes jurídicamente protegidos, que no tan sólo han dado origen a la nueva tipificación de conductas, que crean una familia delictiva con peculiaridades diferentes a las analizadas y conocidas por el Derecho Penal nuclear, sino que han puesto sobre la mesa, el debate sobre la autonomía o existencia del Derecho Penal Económico³ que puede definirse como la rama del Derecho Penal, que tiene por objeto proteger como bien jurídico mediato al orden público económico, que comprende, como veremos, diversos bienes supraindividuales.⁴ El orden público económico no puede ser

¹ Silvia Riveiro y Alfredo Jalife, *El lado oscuro de la globalización CADMO y Europa*, Editorial Grupo ETC, México, 2000. Pág. 175.

² Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BOSCH C.A., Barcelona, 1998.

³ Ver Víctor Manuel Aviles Hernández, *Orden público económico y Derecho Penal*, Editorial Jurídica Conosur Itda, Santiago de Chile, 1998.

⁴ "El Derecho Penal no puede anclarse en un pensamiento antropocéntrico y tutelar exclusivamente conductas que atenten directamente a bienes jurídicos cuya naturaleza sea estrictamente individual. Así como sucede en otros sectores del Derecho Penal moderno, como, v. Gr., en el relativo al medio ambiente o a la tecnología genética, en el ámbito económico hay bienes jurídicos de naturaleza colectiva, intereses de todos, que indiscutiblemente deben ser tutelados por el Derecho Penal nuclear ante modalidades de agresión más intolerables; e incluso existen bienes jurídicos que, sin ser intereses generales, son bienes de carácter supraindividual que afectan a amplios sectores de la población y que, bajo determinadas condiciones, también pueden ser merecedores de tutela penal." Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, España, 1998, Págs. 26, 27.

considerado como un bien jurídico inmediato, ya que los bienes que se tutelan directamente por las normas jurídicas son diversos tipos, bajo la *ratio legis* (bien jurídico mediato) del orden económico.

El nuevo panorama globalizador, caracterizado por la interdependencia entre las economías nacionales, las industrias, las empresas y los bloques regionales, favorecida por los avances en las telecomunicaciones y la incorporación de nuevas tecnologías en los métodos de producción, ha creado una dinámica y compleja estructura de comunicación y actuación de sus actores, que trasciende los mercados y afecta procesos de internacionalización de los Estados.

Esta compleja interrelación de los actores, principalmente sociedades mercantiles transnacionales, incrementa el comercio internacional y la gradual eliminación de barreras, permitiendo la vinculación más estrecha y cercana, entre los agentes económicos de diversos países, difuminando las fronteras y actuando no solo en mercados regionales, sino en un mercado global.

En efecto, en dicho escenario, no sólo se afectan intereses individuales jurídicamente tutelados por las legislaciones penales nacionales, sino a sectores o grupos de individuos como los consumidores; o bien pueden cometerse delitos contra el medio ambiente, al no respetar las regulaciones domésticas o cometer algún delitos económicos, tributarios, monetarios, aduaneros como el contrabando técnico etc.

Esta vinculación entre empresas, inversiones, servicios, propiedad intelectual. han rescatado a los delitos “económicos” o también llamados “socioeconómicos”, que han preocupado a nivel internacional a la Organización de Naciones Unidas, que ha planteado una regulación internacional, uniforme que coadyuve a homologar las legislaciones nacionales, en las cuales, es viable identificar complejas asimetrías, en cuanto a la reglamentación de estos delitos, como se observa en nuestra legislación penal mexicana, en comparación con las regulaciones que los países de la Unión Europea han desarrollado al respecto.⁵

a) Concepto.

Los delitos económicos se visualizan como conductas ilícitas-antijurídicas que atentan contra un orden público económico territorial o estatal.

Los delitos económicos en *estricto sensu* pueden concebirse como infracciones que atenten contra la actividad interventora del Estado en la economía.

Por otra parte, *lato sensu* son aquellas infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico, que trascienden la dimensión individual, convirtiéndose en intereses generales o de amplios grupos de personas.⁶ Esta definición ampliada comprende las infracciones que si bien afecten a intereses individuales, implican un abuso de acciones u omisiones, referidas a la economía nacional.

⁵ Ver Kalus Tiedemann, (Director) y Adán Nieto Martín (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*. Colección Monografías, Núm. 41, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2003.

⁶ Carlos Martínez-Buján Pérez, *op. cit.*, pág. 22

Esta doble definición de delitos económicos, se proyecta sobre el concepto de Derecho Penal Económico, pues desde una visión estricta el Derecho Penal Económico, debe ser definido atendiendo a los sistemas económicos, conceptualizándose en una economía mixta como el conjunto de disposiciones normativas que protegen y aseguran la eficacia del orden económico, entendido como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.⁷ Por otro lado, si aludimos a una economía de libre mercado, el Derecho Penal Económico, debe ser comprendido como los ordenamientos normativos que protegen y aseguran la eficacia del orden económico, entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.⁸ A diferencia de la noción anterior lo que se tutela, en esta definición *lato sensu*, no es el intervencionismo estatal, sino la actividad económica, dentro del libre mercado, por lo que el Derecho Penal Económico amplia su protección a bienes jurídicos supraindividuales, identificando el orden económico como un bien jurídico mediato.

Es así, como los delitos económicos y el Derecho Penal Económico deben ser comprendidos en una doble dimensión, por un lado centrada en la regulación interventora del estado, y por la otra en una visión extensa, que abarca bienes jurídicos supraindividuales, acorde con los tiempos globalizadores, a fin de proteger intereses colectivos o generales (consumidores, ambientalistas), que se ven afectados ante las operaciones desreguladas de producción, distribución y comercialización de las empresas transnacionales.

b) Características de los delitos económicos.

Una de las primeras características esenciales de los delitos económicos, es que estos no pertenecen a la tipología dogmática tradicional del Derecho Penal, ya que son en principio extra-penales, por estar regulados en leyes especiales tales como los delitos monetarios, administrativos, tributarios, laborales, ambientales, aduaneros etc.

Una segunda nota distintiva, es la afectación que causan en el orden público económico, pues de manera directa o indirecta, siempre la puesta en peligro a estos bienes jurídicos supraindividuales, será una afectación al orden económico, indiscutiblemente. “Esto hace exigible una cuidadosa técnica de coordinación de los respectivos ilícitos, precedida por un escrupuloso respeto al principio de *non bis in idem*.⁹ Derivado de lo anterior, el legislador penal se ve obligado a recurrir en su tarea tipificadora a la inclusión y consideración de abundantes elementos normativos, así como a la remisión tácita a regulaciones extra-penales que sirven de base al delito económico.

⁷ Dejando de lado la protección de otros bienes jurídicos, que requieren de protección ante las complejas relaciones que las empresas transnacionales establecen al calor de los procesos de integración regional que fungen por lo general, como catalizadores de la globalización económica.

⁸ Bajo Fernández, concluye, que el Derecho Penal Económico es un sector del Derecho Penal que se aglutina en torno al denominador común de actividad económica. Por tanto, desde este punto de vista, cabe definir al derecho como un conjunto de normas jurídicas que protegen el orden económico, el cual tiene dos entendimientos diferentes, según se trate de la economía de libre mercado o una economía centralizada. Ver Bajo Fernández. *Política Criminal y reforma penal: delitos patrimoniales y económicos*, Ed. L.H. a J del Rosal, Madrid, España, 1993.

⁹ Carlos Martínez-Buján Pérez, *op. cit.*, Pág. 62

La condición de un derecho penal accesorio, es decir derivado de un derecho penal nuclear, hace que los delitos económicos tengan pautas específicas de tipificación e interpretación.

Como tercera característica, dentro del ámbito procesal, existe una gran dificultad por la complejidad de los hechos objeto de la investigación, la ausencia de especialistas y la insuficiente asistencia judicial en las relaciones internacionales, emergen como obstáculos en la persecución de los delitos socioeconómicos, a diferencia de los delitos patrimoniales clásicos.

Aunado a lo anterior, diversos estudio realizados por penalistas, han señalado que dichos delitos económicos, por lo general *son realizados a través o en beneficio de una empresa*.¹⁰ Característica, que nos permite, identificar como un de tantos eslabones entre derecho y globalización, a los delitos económicos, ya que las diversos actores del mercado global, han dado origen a múltiples conductas y comportamientos, que afectan de manera directa, a diversos sectores de personas, ilimitados, en razón de la conformación de mercados zonales y regionales, tal es el caso de los consumidores y las pequeñas empresas ante el daño que pueden sufrir, debido a las prácticas anti-compeititivas de quienes ostentan un poder dominante de mercado, que afecta al orden público económico, regulado en las economías nacionales.

Finalmente, atendiendo a un criterio criminológico, los delitos económicos, configuran un tipo de delincuencia, diferente a la ya conocida; el autor de dichos delitos, siempre se inscribe en un tipo que presenta características personales de competencia y que suele recurrir a un determinado *modus operandi*. De igual forma, esta criminalidad económica se distingue por producir efectos peculiares, desconocidos en el ámbito de la delincuencia clásica.

c) El orden público económico como bien jurídico.

De las definiciones y características comentadas, se desprende que los delitos económicos tutelan el orden público económico, entonces la pregunta a responder sería ¿el orden económico es un bien jurídico inmediato, directamente tutelado por el Derecho Penal

¹⁰ De alguna u otra forma los delitos económicos siempre son vinculados a una empresa. Naciones Unidas en su documento A/CONF.203/1., que contiene el programa de trabajo del 11º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal celebrado en Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005 señala que una encuesta reciente sobre victimización entre empresas de todo el mundo indica que más de la tercera parte (el 37%) de las que respondieron habían sido víctimas de algún tipo de delito económico, lo que refleja un aumento con respecto a los resultados de encuestas anteriores de este tipo, siendo los más vulnerables a la victimización los sectores bancarios y de seguros. En una encuesta similar de empresas mundiales realizada en 2004 se determinó que algo menos de la mitad de las encuestadas (el 47%) se habían visto afectadas por algún fraude considerable durante el año anterior, y que en el 6% de los casos en que se había identificado a los autores éstos eran grupos delictivos organizados.

Económico?, para responder a este interrogante, es preciso analizar lo que es un bien jurídico inmediato y las dos concepciones que del Derecho Penal Económico hemos acotado, en relación con los delitos económicos.

Como sabemos, los bienes jurídicos pueden ser de dos tipos, uno inmediato y otro mediato. Los bienes mediados, se identifican con la finalidad objetiva de la norma, es decir, con los motivos que conducen al legislador a penalizar o tipificar una determinada comportamiento, esto es la *ratio legis*. En cambio, los bienes jurídicos inmediatos, son aquellos directamente tutelados; bienes jurídicos específicos. Este tipo de bienes se incorporan en el tipo penal de que se trate, su vulneración, lesiona o pone en peligro al bien jurídicamente tutelado. Se erigen como un elemento implícito de la parte objetiva de cualquier tipo. En cambio el bien jurídico mediato, no aparece en el tipo penal. Sin embargo, ésto no implica, que deje de ser importante, por el contrario, importa en el sentido de existir para el caso que nos ocupa, bienes individuales o patrimoniales, que pueden ser considerados como delitos socioeconómicos en vista de su relación con el orden económico como bien mediato. Es decir, que muchas figuras delictivas que preservan técnicamente, un bien patrimonial individual, tienen cabida dentro de los delitos socioeconómicos, gracias a su proyección mediata sobre el orden público económico.¹¹

Los bienes jurídicos, pueden ser de dos tipos individuales y supraindividuales. Estos últimos, pueden ser bienes generales o difusos. Los primeros son intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social, es decir intereses de todos que tienen un radio ilimitado amplio. como los delitos ecológicos.

En cambio los bienes difusos (delitos contra consumidores), que ciertamente no son intereses individuales, pero que tampoco son intereses sociales generales, son intereses de un sector o grupo de personas, con un radio de acción limitado.

En este sentido, el orden público económico nunca podrá ser un bien jurídico inmediato o directo. En el caso de la definición estricta, sólo se consideraría con ciertas matizaciones, pues tendríamos que identificarlo con la regulación jurídica, y ésta debe tenerse en cuenta, se concreta en un específico y determinado interés del Estado diferente en cada delito en particular. En un sentido amplio, tampoco podría considerarse como un bien inmediato o directamente tutelado, pues éste depende del delito que se trate. De ahí que al definir al derecho penal económico hayamos señalado que es una rama del Derecho Penal, que tiene por objeto proteger como bien jurídico mediato al orden público económico, que se distingue por ser un bien inmaterial e institucionalizado, susceptible de subdividirse de

¹¹ “Por el contrario, la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada la tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto, el interprete no tiene porqué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni tiene por que exigir que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos a él. Con arreglo a lo expuesto, hay que convenir en que el concepto de bien mediato desempeña una función mucho más modesta en Derecho Penal, sin sobre todo por que – aparte de los dicho-no servirá como criterio básico para llevar a cabo la anticipada función interpretativa. Ello no obstante, no puede indicarse que la noción de bien jurídico mediato carezca de toda trascendencia, puesto que si podrá poseer incidencia en el adecuado cumplimiento de otras funciones que se asignan al bien jurídico. Así sucederá, sobre todo y desde luego, en el caso de la función límite y orientación del *ius puniendi* (función político criminal atinente a la posible creación o supresión de delitos) y en el caso de la función sistemática (referente a la clasificación y a la sistematización de los grupos de delitos) pero también podrá tener influencia en la función de criterio de mediación o determinación de la pena. Carlos Martínez-Buján Pérez, *op. cit.*, Págs.91-92.

acuerdo con sus funciones en diversos bienes jurídicamente tutelados (bienes supraindividuales).

Así el orden público económico es un bien jurídico mediato o llamado en la doctrina alemana¹² como intermedio espiritualizado, construcción jurídica que surge para ser aplicada a delitos de peligrosidad que tutelan bienes jurídicos supraindividuales inmateriales o espiritualizados, contra los cuales, es difícil concebir una lesión o puesta en peligro, ya que la vulneración de dichos bienes nunca se presenta por la acción individual, sino a través de una reiteración generalizada de conducta, que para su protección se toma como base de la figura delectiva, un “bien jurídico intermedio representante” o con función representativa, que es el que puede ser directamente lesionado o puesto en peligro por la actividad individual, sin que sea preciso acreditar esa lesividad (lesión o puesta en peligro concreto).

“Por consiguiente, la aludida construcción de los delitos con bien jurídico intermedio “espiritualizado” o con “bien jurídico representativo” sería perfectamente trasladable a los delitos económicos en sentido estricto. De hecho se proyecta la referida construcción a delitos económicos tales como los delitos monetarios o los delitos contra la Hacienda Pública, sobre la base de entender que en ellos se protege mediáticamente estructuras básicas de la vida económica, pero a través de una serie de conductas concretas que, aunque no comportan individualmente una lesión (o, en su caso puesta en peligro) de la economía estatal, sí podrían llegar a producirla mediante la práctica repetida y generalizada de dichas conductas”¹³

De este modo, si estudiamos los tratados o artículos sobre el problema de los delitos socioeconómicos, podemos notar que, desde la década del cuarenta, hasta la del sesenta, se plantea un solo bien jurídico, la economía nacional, o el orden público económico. Pero rápidamente esta posición empezó a declinar en virtud de ser un concepto totalmente impreciso por su gran vaguedad, ya que el concepto de bien jurídico tiene que servir para los efectos de determinar las características de los tipos legales, la interpretación y las penas o sanciones. Precisión, como hemos visto líneas arriba, no puede derivar del orden jurídico como bien jurídico directamente tutelado, sino de su consideración como un bien mediato, indirecto que a su vez engloba una serie de relaciones entre personas físicas y jurídicas a la luz de las cuales se conforman múltiples bienes jurídicos directamente tutelados por las legislaciones penales nacionales.

De ahí, entonces que el bien jurídico planteado en una forma tan vaga como el orden público o la economía nacional no parecen muy operativos, por ello, ultimadamente se ha tendido a señalar que en materia socioeconómica hay diferentes bienes jurídicos (bienes supraindividuales) y que, por lo tanto, de lo que se trata es la determinación y protección en relación a su proyección en el orden económico, como bien jurídico mediato.

d) Clasificación.

Partiendo de los conceptos ya citados de delitos económicos, que evidencia claramente los diversos comportamientos de la delincuencia económica, que han proliferado en razón de la globalidad, podemos identificar los siguientes delitos:

¹² Autores como Schünemann, Roxin o Jakobs, han sostenido tal postura.

¹³ Carlos Martínez-Buján Pérez, *op. cit.*, Pág. 99.

- Contra la hacienda pública, que engloban los delitos fiscales o tributarios, aduaneros y de contrabando. Estos delitos, en un principio, habían sido configurados desde un enfoque patrimonial y no del funcionamiento del sistema. Por ejemplo, en el caso de los delitos tributarios, hasta hace una década habían sido formulados como aquellos que afectaban el patrimonio del Estado, y por consiguiente eran tipificados desde esa perspectiva. Se incluía en los tipos legales el engaño, elementos subjetivos, etc. lo cual, al igual que en los casos de quiebra, implicaba enormes dificultades para la prueba. Hoy, en cambio, se señala que un elemento básico dentro de un sistema económico de mercado es el sistema de ingresos y egresos del Estado. Por lo tanto, se trata de un bien jurídico referido al funcionamiento del sistema, en la medida en que resulta fundamental, dentro de un Estado de Derecho, la existencia de determinados ingresos y egresos del Estado. Por eso hay una reformulación tanto de los delitos tributarios y de los de contrabando.¹⁴
- Monetarios. Los delitos monetarios establecen como bien jurídicamente tutelado el sistema monetario de un Estado.
- Bancarios. El bien directo protegido en esta clase de delitos es la seguridad y fiabilidad del sistema crediticio.
- Bursátiles. En este tipo de delitos la protección recae sobre las funciones de los intermediarios del sistema financiero y del inversionista.
- Societarios. Estos delitos afectan la organización societaria existente dentro del mercado. Dado que el mercado actual se mueve a través de personas jurídicas, de sociedades mercantiles, aparece básico entonces este bien jurídico en relación a la organización societaria existente. Y de ahí que se tipifiquen en la actualidad, por ejemplo, en Colombia, y naturalmente en diferentes países europeos, una serie de delitos que implican ataques al capital social, abuso de la información, los llamados problemas de información privilegiada o del *insider training*.
- Concursales. Actualmente se señala que en los delitos de quiebra, el bien jurídico protegido no es el patrimonio, sino el sistema económico crediticio. Dado que en un sistema de mercado aparece fundamental y básico el sistema económico crediticio, resulta necesario protegerlo y tipificar desde esta perspectiva los delitos correspondientes. Por eso se ha planteado en diferentes países una revisión y una reconfiguración de los delitos de quiebra.
- Contra la propiedad intelectual y derechos de autor. La protección a los derechos de autor, inventor, diseñador, de la marca etc, son objeto de protección jurídica en este caso.

¹⁴ Así, por ejemplo, en España últimamente han surgido en materia tributaria los llamados delitos contables, es decir, que ya es delito el solo hecho de una alteración o de una omisión dentro de las contabilidades de una empresa. Ya eso se estima como un delito contra los ingresos y egresos del Estado. Igual sucede en materia de subvenciones, en la medida en que en la actualidad un Estado Social de Derecho siempre, de una u otra manera, directa o indirectamente, necesita subvencionar actividades ya sea culturales, científicas, agrícolas o una determinada actividad económica todavía incipiente, pero que aparece trascendente o importante dentro del funcionamiento del sistema económico del Estado.

- Contra los consumidores. Dentro de estos delitos podemos encontrar a aquellos que atentan contra la salud de los consumidores o que constituyen fraudes relativos al estado o composición de los alimentos, o los procedentes de indicaciones o presentaciones incorrectas.
- Contra el medio ambiente. La contaminación de aguas, del aire y acústica; las instalaciones de industrias peligrosas; la protección de flora y fauna; residuos peligrosos; calidad del suelo, son objeto de tutela en este tipo de delitos.
- Contra la competencia económica. El primer bien jurídico claramente planteado, ya desde los años cuarenta en adelante fue el de la libre competencia. El cual dentro de las sinergias del proceso globalizador, surge como un bien que requiere especial atención y protección, dada la gravitación de las empresas transnacionales.
- Contra los derechos de los trabajadores. La vida y salud en el puesto de trabajo; el respeto a las condiciones de trabajo básico; el sistema de seguridad social; el ejercicio de la libertad sindical; la no discriminación en el acceso al empleo, en la permanencia en el mismo y en las condiciones de trabajo, son bienes tutelados dentro de esta clase de delitos (Convenios de la Organización Internacional del Trabajo).¹⁵

III. Consideraciones de carácter político-criminal, criminológico y dogmático.

En general, se puede decir que en las actuales legislaciones sobre delitos socioeconómicos atendiendo al derecho comparado, lo que se advierte por estas características que se han destacado desde un punto de vista político-criminal y criminológico, es una enorme formalización de los tipos legales, a consecuencia de una gran variedad de actos realizados por diferentes personas y/o por diferentes partes de un grupo económico, de enorme complejidad, por lo que basta la prueba de algunos elementos del tipo para que se formalice la posibilidad del delito. De hecho, por esta misma formalización, se trata de eliminar todo tipo de elemento subjetivo, por la dificultad de prueba de los elementos subjetivos. En cambio, en el caso de los delitos tradicionales, tratase, de la estafa en general, de los delitos contra el patrimonio, hurto, etc., es común, y siempre ha sido una exigencia de la doctrina y de los tipos legales un determinado ánimo subjetivo, una determinada intención, el ánimo de lucro especialmente. En cambio, en los delitos de carácter socioeconómico se tiende a eliminar este elemento subjetivo precisamente por la dificultad de prueba.

De ahí también, que dentro de esta formalización de los tipos legales en materia socioeconómica se tienda a eliminar las diferencias entre acción u omisión. Es decir, los hechos pueden ser cometidos tanto por acción u omisión, generalmente son tipos legales

¹⁵ Para obtener una mayor información sobre cada uno de los delitos mencionados en la clasificación *Vide* Kalus Tiedemann, (Director) y Adán Nieto Martín, (Coord.). *Op. cit.* y *Vide*. Francisco Alonso Pérez, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos*. Ed. Colex, Madrid, España, 2003.

con una determinada posición del sujeto de garantizar el bien jurídico correspondiente. Por ejemplo, en la bolsa de valores, en los bancos etc., el sujeto aparece con un determinado deber específico frente al bien jurídico y entonces en el fondo da lo mismo que se trate de una acción u omisión porque evidentemente esta contraviniendo su deber específico.

También, desde esta perspectiva de formalización en la legislación comparada se tiende a igualar en los delitos socioeconómicos el dolo y la culpa. Precisamente, por su complejidad y porque a veces resulta muy difícil la prueba del dolo, dada la cadena de actos que se producen y la gran intermediación de personas. De ahí, que es suficiente la prueba de la imprudencia o de la negligencia para que se configure el tipo legal.

Otra característica de estos delitos socioeconómicos, es la profusión de elementos normativos, que no puede ser de otra manera dada la complejidad jurídica de dichos delitos y, por lo tanto la referencia a una serie de elementos que requieren una determinada precisión de carácter conceptual-jurídico, por ejemplo qué un estado contable, qué es un balance desde un punto de vista jurídico, qué es determinado estado financiero, qué es un finiquito, que es una posición dominante en un mercado relevante etc.

También, y en relación a estos elementos normativos, hay que destacar que, en general, la legislación socioeconómica tiende a configurarse como leyes penales en blanco.¹⁶ Es decir, necesariamente, tiene que remitirse, a menudo, a normas de carácter inferior, secundario, para los efectos de la configuración delictiva, que es lo característico de la ley penal en blanco (leyes especiales).

Uno de los problemas dogmáticos que en las últimas dos décadas, ha planteado mayor complejidad, es la cuestión del sujeto activo en los delitos socioeconómicos. Como sabemos desde principios del siglo XIX, el sujeto activo en los delitos sólo puede ser una persona física, no una persona jurídica. Este ha sido el principio dogmático tradicional en materia delictiva en el campo del derecho penal tradicional. Este principio ha sido muy discutido, ya que hay leyes que sancionan a las personas jurídicas. Por eso la doctrina últimamente en materia de delitos socioeconómicos, señala que las personas jurídicas, y ese sería el fundamento de la sanción, coparticipan dentro del delito. Es decir, no es un problema de sujeto activo, sino de co-participación, ya sea porque que hay un favorecimiento funcional, una forma de propiciar o de participar auxiliando desde un punto de vista funcional organizativo con los hechos realizados, por sus representantes o por los empleados o funcionarios de la persona jurídica, o bien, porque la forma en que están establecidos los estatutos de esa persona jurídica también permiten o propician que sus representantes legales o sus empleados lleven a cabo acciones delictivas.¹⁷

Por último, dentro de este aspecto dogmático “se ha recogido lo sostenido en la criminología, en el sentido de que en los delitos socioeconómicos lo que interesa desde el punto de vista de la *extrema ratio* o de la absoluta necesidad de la intervención punitiva del Estado, son aquellos casos de abusos de poder. Es decir, en los cuales realmente hay una determinada posición de poder dentro del sistema económico y que por lo tanto, su abuso

¹⁶ Ver, Carlos Martínez-Buján Pérez, *Op. cit.*

¹⁷ .Conviene señalar que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no puede abordarse desde la trilogía dogmática, acción-culpabilidad y pena, sino desde la concepción del sujeto de derecho única forma de incorporar elementos criminológicos a lo actos de la empresas y sociedades mercantiles transnacionales.

implica una grave interferencia en el funcionamiento del sistema económico”¹⁸. Esta idea generalmente se ha plasmado de dos maneras: una perspectiva puramente cuantitativa económica, enfoque material. Por ejemplo, atendiendo a la primera visión, en España tratándose delitos tributarios, se señala que el delito solamente surge a partir de una determinada cantidad de perjuicio al Estado, que de no cumplirse, queda solamente en una responsabilidad de carácter administrativo, sin pena criminal. Desde un punto de vista materia, por ejemplo, basta con que se tenga una posición monopólica o especialmente importante, o relevante dentro del mercado y que, por lo tanto, dentro de esa posición se abuse de ella para cometer un hecho en contra de otros agentes del mercado, o de los consumidores, para que se configure una responsabilidad criminal etc. De manera entonces, que este planteamiento del abuso del poder lleva a una determinada configuración de los delitos socioeconómicos con el objeto de una restricción de lo que es propiamente penal criminal, distinto de hechos puramente infraccional administrativo o penal administrativo, pero no propiamente penal criminal.

IV. Esfuerzos internacionales para la regulación de los delitos económicos.

La llegada de la informática y demás medios electrónicos ha facilitado la comisión de delitos, donde diferentes actores participan en una serie de actividades delictivas. Detectarlos es difícil, por la anónimidad que ofrece normalmente la tecnología informática. Ello fomenta la utilización de múltiples actores que actúan coordinadamente y con independencia. Ante este panorama, el desafío para el cumplimiento de la ley es que ninguno de esos actores ha cometido todos los actos de esa serie de conductas que se traduce en la comisión de un delito económico. Cada uno, es responsable de un aspecto particular de la actividad que, por acumulación, produce un delito, como el fraude. Los grupos delictivos organizados, han utilizado este método de cometer delitos económicos para proteger a las personas individuales de las sanciones impuestas por las legislaciones locales, es como hemos señalado un *modus operandi* peculiar.

“Los daños que puede provocar la delincuencia económica se han reconocido cada vez con mayor claridad durante el último decenio, a raíz de una serie de casos destacados ocurridos en Europa y América del Norte, que perjudicaron gravemente la fiabilidad de varias empresas e instituciones financieras y condujeron a bancarrota, pérdida de empleos y graves perjuicios a los inversionistas tanto institucionales como privados. En el mundo desarrollado, pese a la gravedad de esos casos, es posible reducir su repercusión, tanto por el tamaño de las economías en que se producen como por la capacidad de los países afectados de establecer mecanismos reglamentarios apropiados para prevenir la repetición de este tipo de hechos. Sin embargo, en el mundo en desarrollo, por la debilidad de las instituciones de algunos países, la repercusión a largo plazo y los costos de los delitos económicos para el desarrollo sostenible son considerablemente mayores”.¹⁹ De hecho, muchos países en desarrollo son especialmente vulnerables a la delincuencia económica,

¹⁸ Ver. Francisco Alonso Pérez, *Op. cit.* Pág. 68.

¹⁹ Organización de Naciones Unidas. Documento A/CONF.203/1. *Op. cit.* Pág. 33

por una serie de factores, entre ellos la precariedad de los marcos reglamentarios y la limitada capacidad de intervención de los gobiernos, amén del atraso tecnológico.

Aunque los delitos económicos pueden ser cometidos por particulares, su grado de refinamiento y organización en muchos casos, en particular el de aquéllos en que las ganancias ilícitas son cuantiosas, hace pensar en la participación de grupos delictivos organizados, (incluyendo sociedades mercantiles) pues el riesgo relativamente bajo de que los descubran, ha intensificado la tendencia a la participación de grupos delictivos organizados transnacionales, al haberse difuminado las fronteras entre actividades legítimas e ilegítimas en varios sectores, y por el hecho de que los grupos delictivos recurren más a empresas legítimas oficiales para blanquear dinero o invertir sus utilidades, y a “empresas de fachada” para ocultar sus actividades ilícitas.

Así, actualmente se puede hablar de grupos delictivos organizados que perpetran delitos económicos considerables, por ejemplo fraudes con tarjetas de crédito (delitos bancarios), contrabando, (delitos aduaneros) etc. El uso extendido de la banca electrónica y el rápido crecimiento de Internet han aumentado también las posibilidades de cometer delitos económicos y “en la actualidad se reconoce que el fraude mediante tarjetas de crédito o de débito es un problema internacional grave, que reporta en todo el mundo utilidades ilícitas mucho más cuantiosas que, por ejemplo, la falsificación de dinero. Además, Internet ha sido un instrumento eficaz para la perpetración de fraudes, porque facilita la obtención de información sobre personas y empresas que pueden explotar los estafadores, y es un mecanismo con el que se pueden realizar múltiples actividades fraudulentas al mismo tiempo”.²⁰

Ante este panorama, a nivel internacional, y basados en un marco de cooperación, la Organización de Naciones Unidas, ha elaborado la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como “Convención de Palermo”,²¹ que tiene por objeto de acuerdo a su artículo primero “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. Delincuencia transnacional, que se proyecta en al ámbito económico, tal es el caso del contrabando, delito aduanero, que afecta el sistema de ingresos y egresos del Estado, como bien jurídicamente tutelado en los delitos contra la Hacienda Pública.

De acuerdo a la Convención, la delincuencia organizada implica, la realización de un delito grave, el carácter transnacional del mismo, es decir que se cometa en dos o más estados como regla general y que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

Respecto al delito grave, la Convención señala que por éste, se debe entender “una conducta que constituye un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.²² El delito de contrabando²³ previsto en el

²⁰ *Ibidem*. Pág. 14.

²¹ Dicha Convención ha sido adoptada recientemente por México, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2003.

²² Artículo 2 inciso b de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

²³ Recordemos que contrabando es de dos tipos, El contrabando técnico o fraude aduanero y el contrabando bronco. El primero utiliza el engaño a la autoridad como medio para lograr sus fines, dentro de este encontramos a las triangulaciones, subvaloraciones de mercancías, uso indebido de programas, como PITEX, PROSEC etc, constitución de personas morales para su posterior desaparición etc. En cambio el contrabando

artículo 102-I del Código Fiscal de la Federación, tiene una pena máxima de 5 años en el supuesto de haber omitido hasta \$ 500,000,00 pesos, y de 9 años en el de haber omitido una cantidad superior. En consecuencia, el delito de contrabando, es un delito grave conforme a la Convención.

Ahora bien, de acuerdo al artículo segundo, inciso a), debemos entender como grupo delictivo organizado, “un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. En el contrabando, se obtiene un beneficio económico traducido en la omisión total o parcial del pago de contribuciones y cuotas compensatorias, que es cometido por varios sujetos: el líder de la organización delictiva, los falsificadores, los agentes aduanales, los que triangulan físicamente la mercancía, los importadores, los distribuidores, etc. Por tanto, los grupos de contrabandistas constituyen delincuencia organizada en términos de la Convención.

La delincuencia organizada debe tener, como una nota distintiva final, el carácter de transnacional. Carácter que de acuerdo a la Convención se da cuando se presentan cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Se cometa en más de un Estado.
- b) Se cometa dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado.
- c) Se cometa dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado.
- d) Se cometa en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.²⁴

En una triangulación de mercancías que se envía de China a Estados Unidos de América (EUA), y finalmente se introducen a México, el delito de contrabando se comete dentro de un solo Estado (México), pues ahí se da la omisión de contribuciones y demás conceptos, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otros Estados (China y EUA). Por lo que el contrabando es un delito con el carácter de transnacional, ya que puede ser planeado, dirigido, preparado o controlado desde otro país.

Adicionalmente, debemos tener presente que la empresa, actor principal de la globalización económica, puede ser también un operador de la delincuencia organizada, ya que como lo señalamos en el ejemplo, y en muchos otros ocasiones, a través de ella se cometen diversos ilícitos económicos, no en vano señalamos al referirnos a las características de los delitos económicos, que usualmente estos actos ilícitos, se realizan a través o en beneficio de ésta (criminalidad de la empresa). Participación que actualmente

bronco es el que se realiza sin cumplir formalidad alguna. Para obtener mayor información al respecto Ver, Jorge Witker, *Derecho Tributario Aduanero*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1995. Jorge Witker, *Introducción a la valoración aduanera de las mercancías*, Ed. Mc Graw-Hill, México, 1998. Para obtener información acerca de los programas como Pitex, Prosecc etc. Vide Jorge Witker y Laura Hernández, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, segunda edición, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.

²⁴ Artículo 3, párrafo 2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

contribuye al delito de lavado de dinero, mismo que en consecuencia la Convención de Palermo trata de evitar y controlar.²⁵

El cuadro 1 (ver), evidencia de manera esquemática, los delitos económicos posibles, que a través de la empresa se pueden cometer (delitos monetarios, como la alteración de moneda; falsificación; delitos contra los derechos de autor etc.), y como el beneficio económico obtenido, sirve de financiamiento a su vez para poder cometer nuevamente las conductas delictivas.

V. La regulación de los delitos económicos en la legislación mexicana.

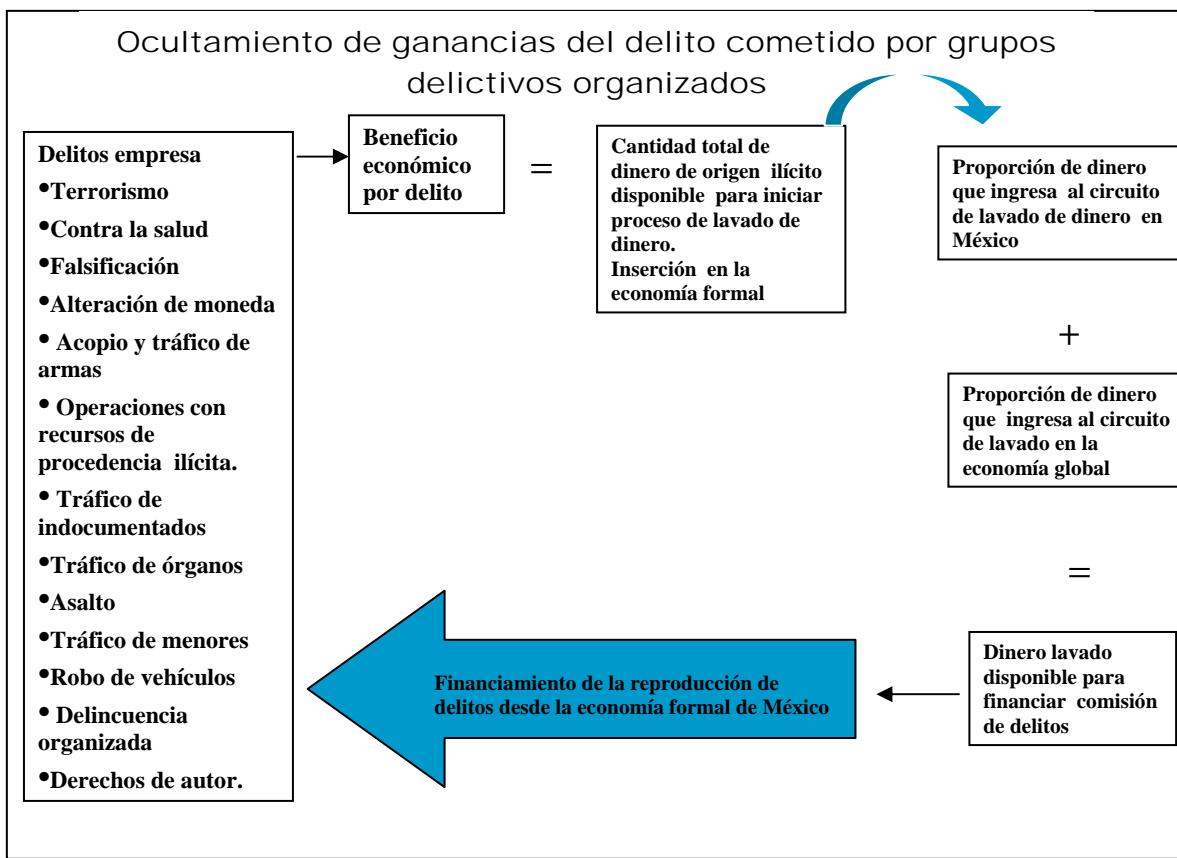
Lamentablemente, el ordenamiento jurídico nacional establece una regulación incipiente sobre la materia en comparación con otros países, como los que conforman la Unión Europea, pese a la enorme gravitación que las empresas y sociedades transnacionales tienen en la economía globalizada de nuestro país.

En el Código Penal Federal sólo se contemplan tres conductas generalmente sancionadas, que podemos catalogar como delitos económicos, independientemente de los delitos sancionados como tales en legislaciones específicas, como las fiscales o aduaneras etc., Estos son, los delitos cometidos por servidores públicos²⁶, y los delitos cometidos contra la economía pública y delitos cometidos contra el medio ambiente.

En el primer grupo, "delitos cometidos por servidores públicos". encontramos delitos como el ejercicio indebido del servicio público, el abuso de autoridad, la coalición de servidores públicos, el uso indebido de atribuciones y facultades, la concusión, el ejercicio abusivo de funciones etc., delitos que atentan además contra la economía o el orden público económico interno y de los cuales hay evidentes ejemplos como los derivados del Fobaproa e IPAB. De igual manera, las renuncias y el manejo discrecional de la Secretaría de Economía, respecto a los cupos de importación a tasa cero de productos agropecuarios efectuados por las administraciones de los Presidentes Zedillo y Fox, en el contexto de lo convenido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, caen dentro de estos tipos, atentando contra la economía campesina mexicana.

²⁵ Para un mayor estudio de la vinculación del delito de lavado de dinero con la Convención de Palermo, *Vide.* Ricardo Gluyas Millan, *Ganancia ilícita. Prevención contra el lavado de dinero*, Colección Investigación Número 2. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. 2005.

²⁶ Código Penal Federal TITULO DÈCIMO "DELITOS COMETIDOS POR SERVIDORES PÙBLICO". ARTS. 212 AL 227.



Cuadro 1. Fuente: Ricardo Gluyas Millan, *Ganancia ilícita. Prevención contra el lavado de dinero*, Colección Investigación Número 2. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. 2005.

En cuanto a los delitos contra la economía pública, el Código Penal Federal, engloba dentro de este tipo de delitos, de manera asistemática, tanto conductas que lesionan derechos de los consumidores, como comportamientos que atentan contra la libre competencia, mostrando la precaria regulación que sobre los delitos y conductas antieconómicas, establece nuestra legislación penal.

Por lo que respecta a los delitos ambientales²⁷, abarcados desde una concepción amplia de los delitos económicos, nuestra legislación federal penal, establece aquellos que atentan contra la biodiversidad, contra la bioseguridad, contra la gestión ambiental, y los derivados de actividades tecnológicas, ambientales y peligrosas.

Además de lo anterior, dado el contexto globalizador, los delitos económicos, son cometidos por organizaciones delictivas, conformando la delincuencia organizada, contra la cual México, acorde con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ha establecido la Ley Federal contra Delincuencia

²⁷ Código Penal Federal Mexicano, TITULO VIGESIMO QUINTO DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTION AMBIENTAL. Art. 414, 415, 416. 417, 418, 419, 420 420-Bis, 420 Ter 420 quarter.

Organizada²⁸, que tiene por objeto prescribir reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada.

Dicha ley, no obstante la regulación pretendida, ignorando los vínculos que este tipo de delincuencia puede tener con los delitos económicos, establece taxativamente unas cuantas conductas, de todas aquellas que debiera considerar, estableciendo únicamente en su artículo segundo lo siguiente:

Artículo 2o.- 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:

I. Terrorismo, previsto en el Artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los Artículos 194 y 195, párrafo primero; *falsificación o alteración de moneda*, previstos en los Artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el Artículo 400 Bis; y el previsto en el Artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

Es así, como la regulación de los delitos económicos es aun incipiente a nivel nacional, encontrándose dispersa en diversas legislaciones federales, además de lo establecido en el Código Penal Federal, y la Ley contra la Delincuencia Organizada, de reciente aprobación.

Finalmente, y vista la panorámica de los delitos económicos en el contexto de la globalización, nos parece que los juristas y criminólogos dedicados a la ciencias penales, deben acercarse a esta temática, y propiciar el fomento y desarrollo de investigaciones, cursos monográficos y demás actividades de difusión, puesto que el derecho comparado y los procesos de libre comercio, nos indican que el escenario está abierto para la preocupación académica al respecto.

²⁸ Diario Oficial de la Federación. Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996, última reforma 21 de diciembre de 2004.

Bibliografía

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos.* Ed. Colex, Madrid, España, 2003.

AVILES HERNÁNDEZ, Victor Manuel. *Orden público económico y Derecho Penal,* Editorial Jurídica Conosur Itda, Santiago de Chile, 1998.

BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* BOSCH C.A., Barcelona, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ. *Política Criminal y reforma penal: delitos patrimoniales y económicos,* Ed. L.H. a J del Rosal, Madrid, España, 1993.

Código Penal Federal. Porrúa Ed. México, 2004

Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Diario Oficial de la Federación, 11 de abril del 2003.

GLUYAS MILLAN, Ricardo. *Ganancia ilícita. Prevención contra el lavado de dinero,* Colección Investigación Número 2. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. 2005.

Ley federal contra la delincuencia organizada, Diario Oficial de la Federación. Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Bancario,* Quinta edición, Ed. Porrúa, México, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte General,* Ed. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, España, 1998.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Documento A/CONF.203/1, abril 2003.

RIVEIRO, Silvia. Grupo ETC y Jalife, Alfredo, *El lado oscuro de la globalización CADMO y Europa,* Editorial, México, 2000.

TIEDEMANN, Kalus (Director) y NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*. Colección Monografías, Núm. 41, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España 2003.

WITKER, Jorge, *Derecho Tributario Aduanero*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1995.

_____. *Introducción a la valoración aduanera de las mercancías*, Ed. Mc Graw-Hill, México, 1998.

_____, y HERNÁNDEZ, Laura. *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, segunda edición, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.

_____, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación Jurídica a diez años de vigencia*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

El postulado del Estado Social en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*

Ángela Figueruelo Burrieza[†]

SUMARIO: I. Sobre el concepto de Estado Social y sus objetivos. II. Las cláusulas económicas del Tratado Constitucional. III. El derecho a la propiedad en la Unión Europea. IV. Libertades económicas y principios institucionales del mercado de trabajo en la Europa unida en la diversidad. V. Aspectos macroeconómicos del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

I. Sobre el concepto de Estado Social y sus objetivos.

El proceso de adaptación del Estado Liberal democrático a las nuevas condiciones sociales del capitalismo organizado, ha originado en Europa Occidental, después de la Segunda Guerra Mundial la aparición del Estado Social (concepto acuñado por el jurista H. HELLER, 1929), basado en la íntima relación entre la Sociedad y el Estado, que ahora se encuentra habilitado para regular la vida económica, dotado de una economía pública y organizador de los derechos sociales como derechos de prestación, constitucionales o legales. Como consecuencia de ello en la segunda mitad del siglo XX se ha consolidado la existencia, en los Estados que reconocen este modelo, de un gran aparato administrativo situado bajo la dirección del correspondiente Gobierno que interviene activamente en el terreno de la economía y que realiza prestaciones sociales para poder ofrecer servicios públicos o dar respuestas a las demandas procedentes de sectores en situaciones de inferioridad. Esto acarrea el crecimiento desmesurado de la Administración pública que al estar situada bajo la dependencia del Ejecutivo genera un desequilibrio en el funcionamiento y el peso de las instituciones creadas en el marco de la división tradicional de los poderes del Estado.

Los aspectos más relevantes del principio social del Estado, que tiene como rasgo a destacar la interrelación entre el Estado y la sociedad, son: 1) La consideración de que la Constitución no sólo es política, sino que comporta decisiones constituyentes de carácter económico y social; 2) La organización de derechos económicos, sociales y culturales, destacando especialmente la garantía de los derechos de carácter laboral, con

* Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el día 20 de octubre de 2005, en el marco del Congreso Internacional “Del espacio social europeo a ¿la Europa social?”

† Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca.

preferencia los de los trabajadores y sus sindicatos; y, 3) La introducción del principio de igualdad material en cuanto complemento y corrección del principio de igualdad formal como vía para eliminar desigualdades y discriminaciones de los sectores sociales más débiles, (GARCÍA PELAYO).

La Unión Europea que tenemos no es un Estado, ni un superestado, es únicamente una organización supranacional de carácter internacional, que surgió en la década de los años cincuenta del pasado siglo, con unos objetivos meramente económicos. Su proceso de evolución ha sido abierto hacia fuera y hacia dentro, con la intención de no hipotecar el futuro de generaciones venideras y para ello se ha regido por normas internacionales. Los Tratados han sido las normas jurídicas de máximo rango por las que se ha regulado esta organización supranacional. Conseguidos los objetivos económicos se pretende avanzar en la consecución de la Europa política que indudablemente incluye objetivos sociales. El debate actual, en un momento de crisis de reflexión activa, se centra en la discusión sobre el modelo de la Unión Europea a seguir en el campo económico, afrontando los problemas del paro y escaso crecimiento de la economía. Los dos principales modelos en liza tienen ventajas e inconvenientes (neoliberal y de economía social de mercado) pero las conquistas conseguidas en el terreno social, sobre todo desde el Tratado de Ámsterdam, y en el campo de los derechos de prestación no deben perderse, porque está claro que, si triunfa el modelo neoconservador propuesto por la Gran Bretaña habrá más mercado y menos Estado (J. HABERMAS). El pretendido despegue de la economía se hará, como siempre, a costa de los derechos de los más débiles, es decir de la clase trabajadora; la modernización del modelo social europeo no puede hacerse olvidando los derechos sociales contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales aprobada en Niza el 7-XII-2000 y contenida ahora a modo de parte dogmática en la II Parte del Tratado Constitucional. Estos derechos deben ser considerados la clave de bóveda de la Unión Europea, como también deben serlo el desarrollo de un marco europeo de negociación colectiva, el establecimiento de políticas expansivas, la armonización de las políticas fiscales, el estímulo del crecimiento económico como objetivo del Banco Central Europeo,... (V. NAVARRO).

Para conseguir una economía social de mercado altamente competitiva (objetivo de la Unión fijado en el Art. I-3 del proyecto de Tratado Constitucional) indispensable para obtener la Europa que queremos y necesitamos hace falta "más Europa", es decir, una mayor expansión y profundización de su dimensión política y social (J. HABERMAS).

II. Las cláusulas económicas del Tratado Constitucional.

Abordamos este tema en un momento en el que somos conscientes de que corren "malos vientos" para el proceso de unificación europea. El "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" fue firmado en Roma, por los Jefes de Estado y de Gobierno de los veinticinco Estados miembros el día 29 de octubre de 2004 (se alude a él como Tratado de Roma II), y estaba prevista –en la propia norma– su entrada en vigor para el día 1 de noviembre de 2006, una vez que fuese ratificada por los 25 "socios" conforme a sus procedimientos correspondientes, constitucionalmente establecidos. El aludido déficit democrático del que adolece todo el procedimiento de unificación europea añadido al "efecto constitucional" que se pretende obtener con este Tratado, hicieron que algunos (bastantes países) se decantasen por someter a referéndum entre la

población con derecho a voto la norma en cuestión. España fue el primer país, que por esta vía, ratificó el Tratado Constitucional, de forma rotundamente afirmativa, el 20 de febrero del presente año. Pero, no ha sucedido así en todos los países. Después de haber superado con éxito la prueba de la ratificación en 10 países, el día 29 de mayo y el 1 de junio, los franceses y los holandeses respectivamente se pronunciaron de forma negativa sobre dicho Tratado. A partir de ese momento este proyecto normativo ha quedado herido de muerte, se han suspendido la mayor parte de los procesos de ratificación (ocho en total) que quedaban pendientes (excepto Luxemburgo que celebró un referéndum, con éxito positivo, el día 10 de julio de 2005 y Estonia y Bélgica que lo hicieron por vía parlamentaria), y hemos entrado en una fase de "crisis de reflexión activa"· en la que toda buena disposición y colaboración pueden resultar escasas.

La Cumbre de Bruselas celebrada los días 16 y 17 del mes de junio de 2005 demostró con su fracaso la ausencia de un plan B, para el supuesto del fracaso del existente plan A, y terminó sin conseguir aprobar los Presupuestos del periodo 2007-2013, originando una doble crisis, política y financiera, y consiguiendo únicamente ganar tiempo prolongando en un año más, hasta el 1 de noviembre de 2007, el periodo de ratificación del Tratado. En ese año ya se habrán celebrado elecciones generales en Francia y Holanda, países que causaron la crisis que estamos sufriendo.

Hasta que llegue el esperado momento de la entrada en vigor del Tratado Constitucional se impone un periodo de reflexión y colaboración de los líderes de los veinticinco Estados miembros para consensuar y profundizar en la idea de Europa que queremos y necesitamos, en la cual se procedió a una ampliación sin precedentes no habiendo preparado con suficiente profundidad el proceso interno institucional. Lo correcto debe ser profundizar primero para ampliar posteriormente. Queda meridianamente claro que el vigente Tratado de Niza de 2001 puede no resultar eficaz para una Europa cercana a los treinta miembros, que pretende ser una potencia mundial en la era de la globalización. Pero, podría resultar suicida para nuestros intereses comunes cerrar las puertas a los países que esperan con impaciencia pertenecer a este club selecto (Turquía y Croacia que han comenzado las negociaciones, el resto de los Balcanes y Ucrania que están a la espera). La cuestión está más clara para los casos de Rumanía y Bulgaria que lo serán de pleno derecho en 2007 o 2008 por haber firmado ya el Tratado de Adhesión.

Además de lo previamente expuesto, queremos enfatizar en que el Tratado Constitucional, que reforma el Tratado de Niza, no es una Constitución porque en él no se dan con claridad los principios del moderno constitucionalismo: el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía constitucional. Se trata en su forma de un Tratado Internacional más, como lo son los Tratados Fundacionales, que rige como norma suprema en esta organización supranacional, pero es un Tratado Internacional que en sus contenidos pretende funcionar como lo hacen las Constituciones normativas en los Estados Soberanos. Los líderes políticos de estos Estados que han ido conformando la actual Unión Europea a espaldas del pueblo (debido al oscurantismo de la mayor parte de sus actuaciones) son hoy los mayores responsables del fracaso que vivimos porque el "manido déficit democrático" ha terminado pasando factura.

No obstante, el efecto mimético de las Constituciones nacionales se hace notar en muchos de los apartados del texto normativo en cuestión y también en el tema que nos ocupa en esta Conferencia: las cláusulas económicas del mismo como elemento integrador del postulado social, o lo que los constitucionalistas denominamos el

Derecho Constitucional Económico. Disciplina ésta que surgió en el constitucionalismo de la II Postguerra Mundial donde se revisaron los antiguos conceptos jurídico-políticos a causa de la preocupación por los derechos sociales y de la consagración del Estado como promotor de la justicia social y económica. En esta materia confluyen cuestiones referentes a la intervención del Estado en la Economía, la función social del Estado, el principio del Estado Social,..., que conducen a la obligación del Estado de procurar que se nivelen las diferencias sociales y que se establezca un orden social justo.

El fundamento del Derecho Público de la Economía se encuentra, según I. M^a de LOJENDIO, en la necesidad de someter al principio de justicia las decisiones económicas por su incidencia en la vida social, en el campo de las prerrogativas individuales y en la problemática del bien común. Este es un tema polémico porque obliga a definir qué se entiende por Constitución Económica y en qué medida puedan integrarse en la Constitución política sus preceptos o direcciones. Así las cosas, M. GARCÍA-PELAYO define la Constitución Económica como: "el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada y los notables avances de la economía intervenida por el Estado en el régimen del mercado, en el régimen del derecho de la empresa y del trabajo y la abundante legislación existente en el ámbito económico y socio-político". El Tribunal Constitucional Español a partir de la Sentencia 1/82, de 28 de enero, que resuelve dos conflictos de competencias acumulados, introduce un concepto de Constitución Económica formal que posteriormente ha reiterado: "se integra por el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica", pero, no especifica cuáles son las normas que proporcionan ese marco jurídico fundamental.

Siguiendo a D. Manuel GARCÍA PELAYO diremos que existen tres materias que con carácter mínimo deben integrarla: "el establecimiento del tipo o tipos de propiedad, la forma de relación entre los actores económicos y la distribución de atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicas de la sociedad".

Todas estas materias aparecen de una u otra forma, en el Tratado Constitucional. No podemos olvidar, por ello insistimos, en que esta norma fue consensuada por los veinticinco países que actualmente componen la Unión Europea y que debe estar dotada de tal elasticidad que todos vean en ella reflejada la posibilidad de compatibilidad del modelo económico contemplado en las Constituciones de sus Estados que siguen siendo soberanos. Por ello al aspecto propiamente económico conviene añadir el aspecto social (función social de la Unión Europea) que es imprescindible para la formación del nuevo concepto. La doctrina social de Estado (S. MUÑOZ MACHADO) insiste en que la sociedad civil, abandonada a los mecanismos de mercado y de regulación espontánea genera múltiples injusticias y conduce a la irracionalidad y a la violencia del sistema. Los fallos del mercado y las consecuencias injustas y disfuncionales del desarrollo económico deben ser corregidos por el Estado que se convierte en el protector de la sociedad y sus ciudadanos.

Ahora bien, las normas supremas que rigen un determinado ordenamiento jurídico (en este caso el de la Unión Europea) al ser el instrumento que dirige y determina la estructura y funcionamiento de la actividad económica y social debe tener un carácter flexible y abierto para no entorpecer el dinamismo en la toma de decisiones de carácter socioeconómico. En democracia esa flexibilidad permite a los operadores públicos responder a las exigencias políticas de las distintas opciones internas de los Estados miembros al tenor de la mayorías parlamentarias que gobiernen en cada momento y que concurran en las instituciones europeas. Lo previamente dicho es

predicable tanto de los aspectos microeconómicos del Derecho Económico de la llamada Constitución Europea (funcionamiento del mercado sobre la base de su afectación constitucional), como de los criterios macroeconómicos (funciones monetaria, cambiaria y presupuestaria que se encuentran contempladas en el Tratado Constitucional y que impactan de forma directa en el sistema económico adoptado).

III. El derecho a la propiedad en la Unión Europea.

El derecho a la propiedad se inserta en el Título II de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en el Tratado Constitucional aparece situada, a modo de parte dogmática de una Constitución normativa, en la Parte II (este derecho se reconoce, en concreto, en el Art. II-77).

Este hecho supone un gran avance en el proceso de constitucionalización en el ámbito europeo de los derechos fundamentales de contenido económico como son también la libertad profesional y el derecho a trabajar (Art. II-75) o la libertad de empresa (II-76). El significado de este avance está perfectamente claro, sobre todo si observamos que en el Tratado de Roma de 1957 y en sucesivas modificaciones en el art. 222 (actualmente 295) –es la norma hoy vigente–, se establece que "el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros". La redacción precisa de este precepto no permite al intérprete el menor margen de maniobra a favor de eventuales ingerencias por parte de la comunidad en las leyes nacionales en materia de propiedad (G. de VERGOTTINI). Tampoco el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 incluyó, por falta de acuerdo al respecto, el derecho a la propiedad, y fue el Protocolo nº 1 Adicional de ampliación de derechos, de 1952, el que contempló un precepto donde se incluía la protección a la propiedad, reconociendo a toda persona el derecho a que sus bienes sean respetados, siendo la utilidad pública la única causa de privación de la propiedad. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (TEDH) ha extraído (con su labor interpretativa) las máximas posibilidades del lacónico precepto (Art. 1 del Protocolo nº 1 del citado Convenio). Esta norma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han influido en la redacción del Art. II-77 de la Carta de Derechos recogida en el Tratado Constitucional y en virtud del Art. II-112 de la precitada norma, el texto del Art. II-77 no podrá interpretarse de forma lesiva a los Derechos reconocidos en el Derecho Internacional (en particular el CEDH y LF).

La introducción del derecho a la propiedad en el Tratado Constitucional (aún proyecto normativo) se debe principalmente a las siguientes causas:

- 1- Reformas sucesivas de los Tratados que han permitido introducir el concepto de economía abierta y libre a la competencia que de forma implícita reconoce el derecho a la propiedad y la libertad de empresa (Art. 4).
- 2- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo (especialmente la Sentencia HAUER, de 13-XII-1979 que postula un entronque entre los objetivos de la actual UE y los derechos fundamentales –entre ellos el derecho de propiedad–).
- 3- El énfasis con que las constituciones de los países del Este de Europa (ex miembros de la antigua URSS) pertenecientes de pleno derecho a la Unión Europea desde el 1 de mayo de 2004, ha reconocido el derecho de propiedad y su garantía patrimonial; y
- 4- La doctrina y los políticos alemanes preocupados continuamente por las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos fundamentales

reconocidos en su Ley Fundamental. Ello hizo que este derecho se reconociese primero en la Carta de Derechos de 2000 y posteriormente en el Tratado Constitucional.

Pero, no podemos dejar a un lado los problemas que de cara al futuro pueden plantear la aplicación y protección de este derecho en función de lo preceptuado en los Arts. II-111 y II-112. Emerge un doble nivel de protección de los derechos europeo y nacional que se complementan mutuamente dentro del ordenamiento de la Unión. El grado de protección de este derecho está claro en los niveles internos (de cada Estado miembro) y en el CEDH sobre la base del Convenio y a su Protocolo Adicional, pero no sucede lo mismo con la protección de Tribunal de Justicia de la UE (Luxemburgo) porque no existe un recurso individual de acceso ante dicho órgano jurisdiccional para la garantía de estos derechos.

En concreto de cara al derecho de propiedad se impone una interpretación que concilie estos tres niveles de protección:

- a) el de las Constituciones nacionales,
- b) el del Convenio Europeo de 1950, y
- c) el de la Carta Europea reconocida en la Parte II del Tratado Constitucional (M. BASSOLS COMA).

Dice así el artículo II-77. Derecho a la propiedad

1.- Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

2.- Se protege la propiedad intelectual.

El primer inciso del precepto trascrito realiza una descripción sobre las características esenciales del derecho a la propiedad (no se alude al derecho de propiedad, sino a la propiedad como en el Art. 33 de la CE). Tampoco se hace referencia a los conceptos de reconocimiento como en el caso español o a la protección de la propiedad como en el Art. 1 del Protocolo Adicional del CEDH y LF) a ni a la libertad de empresa que se fija en el Art. 76 del Tratado Constitucional. Es decir, no estamos ante una definición dogmática de este derecho sino ante un enunciado típico de un derecho constitucional o libertad pública, destacando el aspecto personal o subjetivo de dicho derecho en la medida que comprende las facultades básicas de disfrutar, usar, disponer y legar que constituyen el núcleo básico de este derecho tal y como históricamente han establecido los Códigos Civiles y actualmente las normas constitucionales.

La alusión a "toda persona" nos obliga a entender que se comprenden en esa expresión tanto las personas físicas como las jurídicas o morales, incluso las Administraciones y entidades públicas respecto a sus bienes que no sean de dominio público. También los bienes de las instituciones de la UE que sean patrimonio propio. La libre disponibilidad de los bienes hace pensar que en este derecho a la propiedad no pueden incluirse el dominio público o los bienes demaniales (aunque algún sector de la doctrina discrepa de esta opinión).

El objeto del derecho a la propiedad recae sobre "los bienes adquiridos legalmente". Se trata en sentido amplio de bienes muebles e inmuebles, derechos

incorporales, títulos valores, empresas y en general toda clase de situaciones o intereses patrimoniales que están vinculados al tráfico jurídico y económico de la Unión Europea. La adquisición debe haberse hecho de forma legal: es decir, de acuerdo a las leyes y no pueden ser producto de actividades ilícitas, tipificadas penalmente.

La faceta subjetiva se aprecia en la titularidad de los bienes como primera nota característica de este derecho completada con otras referencias del propio Tratado Constitucional: así en el Art. II-81 se prohíbe toda discriminación por razón del patrimonio, o el Art. II-94.2 que regula el acceso a determinados bienes como el de la vivienda para combatir la exclusión social de quienes carecen de medios económicos suficientes.

También en el Art. II-77, en el primer apartado se enumeran las facultades comprendidas en el derecho de propiedad de los bienes: disfrute, uso, disposición y legación sin aludir a los límites en el ejercicio de estos derechos. Eso se hace en el último inciso que habilita a la ley para regular el contenido del derecho de propiedad conforme al interés general. Pero la enumeración de estas facultades no presupone que el derecho a la propiedad pueda ser ejercitado de forma absolutamente libre y abusiva porque esto se prohíbe en el Art. II-114 con carácter general para todos los derechos y libertades de la Carta.

La libre disposición de los bienes por actos "*inter vivos o mortis causa*" son cualidades esenciales de este derecho porque son presupuestos indisociables del tráfico jurídico y económico. La libertad de legarlos es equivalente al derecho a la herencia, aunque el tráfico *inter vivos* pueda verse limitado por los derechos de tanteo y retracto (convencionales o legales) a favor de particulares o entes públicos. Esos derechos (tanteo y retracto) no atentan a la garantía de la propiedad aunque sí limitan la elección del comprador.

En el Art. II-77 no se menciona expresamente la palabra expropiación forzosa, pero sí se alude a la privación de la propiedad por razones de utilidad pública y a la obligación de indemnizar por su pérdida. Por ello, de forma implícita, esta figura de la expropiación forzosa está prevista en este precepto porque cabe la transferencia coactiva de los bienes de la propiedad privada a la Administración Pública por razones de utilidad pública, admitiendo otras modalidades como requisas u ocupaciones temporales de bienes. Es el concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" el que permite la pérdida o privación de un bien, mediante un procedimiento expropiatorio. Será la ley de norma que determine los casos y condiciones de la declaración de utilidad pública determinante de la privación (ESCUIN PALOP), siendo imprescindible, un equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguardia de los derechos del particular. También los sujetos con capacidad expropiatoria y el procedimiento deben estar contemplados en la ley en toda su extensión y requisitos. La reversión de las expropiaciones forzosas no está prevista en el Art. II-77 como presupuesto constitucional de la privación por lo que habría que contemplarlo como un derecho de configuración legal (en el supuesto español, el caso RUMASA) o como un derecho implícito en el concepto "causa de utilidad pública".

Por último, la garantía expropiatoria alcanza a todos los titulares de bienes en el ámbito de la Unión Europea. El pronombre "nadie" alude a los ciudadanos europeos y a los propietarios residentes extranjeros no comunitarios (el Art. II-80 reconoce la igualdad ante la ley y prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad)

IV. Libertades económicas y principios institucionales del mercado de trabajo en la Europa unida en la diversidad.

Las tradiciones jurídicas de los Estados miembros de la Unión Europea y sus experiencias deben enmarcarse en un contexto caracterizado por la globalización económica y la competencia internacional en el cual es una constante en todos los ordenamientos jurídicos, la relación entre las "condiciones de trabajo" y los "derechos sociales". El capital transnacional que crea y controla el mercado global con la ayuda de las tecnologías de la información es el marco en el que deben analizarse los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

Hasta que el 7-12 de 2000 se proclamó en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea este tema no había tenido éxito en la Europa Unida. Las razones que avalaban esta ausencia se encuentran en las peculiaridades del proceso de integración que centró su fundamento en la salvaguarda y promoción del libre mercado dejando relegados a un segundo plano los derechos de los trabajadores. Los derechos sociales que se van implementando a partir de Ámsterdam quedan sometidos a los objetivos del mercado. La mayor novedad de la Carta de Niza se encuentra en el reconocimiento y garantía de los derechos sociolaborales (C. MOLINA NAVARRETE) siguiendo el precedente de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, y la jurisprudencia contundente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

El derecho social por autonomía, el derecho al trabajo, se reconoce en el Art. II-75, en el marco del Título relativo a las "libertades". Por ello nos encontramos con la siguiente paradoja:

- a) Por la ubicación de este precepto da la impresión de que se recoge un concepto puramente liberal, libertad de trabajo e industria y libertad de elección de profesión u oficio.
- b) Ello enlaza con la tradición histórica de los derechos naturales, de carácter económico como valores trascendentales del Derecho Positivo (Declaración Francesa 1789, Ley Fundamental Bonn, según los cuales la faceta dominante del trabajo es la de libertad económica necesaria para la economía de mercado – comunitario– frente a la dimensión social de la Revolución económica de 1848).

Por lo antes dicho no sorprende que la libertad económica y profesional aparezca antes (Art. II-75) que otra libertad económica con sujeto distinto, el capital. Así, el Art. II-76 regula la libertad de empresa; en los ordenamientos socio-laborales contemporáneos el derecho al trabajo no puede entenderse al margen de la libertad de empresa y viceversa, actuando ambos como condicionantes recíprocos de su alcance, extensión y límites.

El reconocimiento del derecho al trabajo no ocupa una posición marginal o secundaria en la definición del estatuto jurídico constitucional del trabajador, sino que representa junto con la Seguridad Social uno de los ejes principales en los que se fundamenta la procura existencial del Estado Social de Derecho. Pero el Tratado Constitucional es muy tradicional en este tema del reconocimiento del derecho del trabajo porque apuesta por el modelo de un reconocimiento formal como todos los textos internacionales y las Constituciones europeas vigentes y en contra de la doctrina más avanzada. Así las cosas, el derecho al trabajo nos configura como un auténtico derecho social fundamental ya que los poderes públicos no están en condiciones de garantizarlo porque depende en gran medida del funcionamiento del mercado. Por ello,

el trabajo aparece como la principal fuente de renta de los ciudadanos europeos, sin contemplar el moderno debate del derecho a la renta básica de la ciudadanía. Pero, a pesar de las deficiencias que se puedan apreciar la presencia en el articulado del Tratado Constitucional del "derecho a trabajar" debe valorarse como algo positivo, ya que se sitúa en una línea ecléctica (no es una declaración programática, pero tampoco es un derecho de crédito completo que habilita a su titular para obtener y conservar un puesto de trabajo en el marco del sistema económico capitalista).

Observando el Tratado Constitucional apreciamos que por la ubicación del precepto que reconoce el derecho al trabajo parece haber recogido sólo la dimensión de la libertad, pero observando en su totalidad la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea apreciamos que dicha dimensión se completa con la dimensión social que incluye la garantía de adecuadas condiciones de trabajo. Así pues, el supremo valor de la libertad (Declaración de Independencia de los EEUU de 1776) se proyecta sobre el trabajo a la hora de elegir profesión u oficio y de acceder a los cargos y empleos públicos.

Las Constituciones del occidente democrático tampoco reconocen propiamente un derecho al trabajo. Sólo se reconoce la libertad de buscar empleo. En este sentido se alinea el texto europeo que en el marco de los derechos sociales o de prestación se ocupa de la protección frente al despido injustificado, de la situación protegida del desempleado... Es la interpretación sistemática de estas libertades la que induce a pensar en ellas como libertades profesionales no sólo económicas sino sociales y como algo innato al modelo social europeo, resultado de un pacto transaccional entre diferentes ideologías y concepciones. La que sí aparece meridianamente clara es la dimensión jurídico-subjetiva que tiene esa libertad de modo que se presenta como un verdadero derecho fundamental en lo referente a sus garantías y no se agota solo en un principio. Su dimensión genérica permite atribuirlo a "todas las personas" y en su dimensión instrumental a la hora de hacerlo efectivo en su desplazamiento afecta sólo a los "ciudadanos de la Unión" ya sean autónomos o trabajadores por cuenta ajena. Por lo que se refiere a los inmigrantes, la atribución inicial como derecho de las persona no puede cerrar este reconocimiento, aunque en el párrafo tercero se alude a la exigencia de autorización para trabajar en el territorio de los Estados miembros. La libertad de movimientos para trabajar es un derecho cívico vinculado al concepto de ciudadanía pero no un derecho humano en el sentido liberal del término. El respeto al contenido esencial de este derecho obliga a reconocer la generalidad subjetiva que se desprende de las normas que lo regulan pero, el principio de preferencia de mano de obra de los nacionales controlando los flujos migratorios se asienta sobre el principio de protección del mercado de trabajo comunitario –y los nacionales– aunque es objeto de acerbas críticas.

Los nacionales de terceros países no tienen reconocido el derecho social al trabajo salvo que obtengan la correspondiente autorización, en cuyo caso se les reconoce la igualdad de trato con los nacionales de los Estados miembros que gozan de la ciudadanía de la Unión. La política migratoria sigue siendo en gran medida nacional por lo que se refiere a la ordenación de los flujos laborales y los mercados de trabajo (véanse las diferencias que se aprecian al respecto en los supuestos de España y Holanda).

Por lo demás, aparte de la dimensión subjetiva, en el Tratado Constitucional no se precisa ni el objeto ni el contenido de este derecho por lo que debe ser construido a partir de una interpretación histórica y sistemática y en relación con los Títulos

referentes a la Dignidad, la Igualdad y la Solidaridad. La globalización económica, la fuerte liberalización financiera y la movilidad del capital entre fronteras sin controles rigurosos y sin un equitativo reparto de las rentas que generan, junto con la globalización ideológica, desempeñan un importante papel en el proceso de desvalorización social del trabajo, influido por los efectos de las crisis económicas y los cambios sociales que han generado la nueva ideología de la flexibilidad que afecta de forma radical a la estabilidad en el empleo y promueven un mero modelo basado en el riesgo, logrando una visión más economicista del proceso productivo.

Aunque el Art. II-75 no parece recoger estos procesos no cabe duda que presupone una concepción clásica: el trabajo ha de ser digno (la OIT utiliza el término "decente") y el que se tiende a realizar y buscar debe reunir esas características que han de funcionar como clave de bóveda para articular las políticas sociales y económicas de la Unión Europea y sus Estados miembros.

El Art. II-76 reconoce el derecho a la libertad de empresa pero lo condiciona al reconocimiento que de la misma se tenga tanto en el Derecho de la Unión como en la legislación y prácticas nacionales. Cabe pensar que el "constituyente europeo" no quiso dar a esta libertad un contenido autónomo, pero si pone en evidencia la centralidad que hoy tiene, por influjo del derecho del trabajo, la empresa como centro de gravedad del Derecho Privado, en detrimento de la propiedad.

La libertad de empresa, en cuanto libertad económica y profesional busca la garantía del derecho de los ciudadanos para "ganarse el sustento" realizando actividades económicas y profesionales sin injerencias de los poderes públicos (C. PAZ-ARES). De este modo está clara la conexión entre libertad de empresa, trabajo y libre ejercicio de la profesión con la dignidad de la persona.

El valor superior de la libertad se manifiesta en el derecho fundamental a la libertad económica de iniciativa empresarial (con orígenes en la libertad de industria y comercio). Este derecho en el orden de la Carta subsigue a la libertad de trabajar y precede al derecho a la propiedad. Además el reenvío al Derecho Comunitario y a las tradiciones nacionales de los Estados miembros pone de económicas propias de un sistema económico de libre empresa en una economía de mercado global.

La fórmula es criticada por su vaguedad e indeterminación y en consecuencia por la ausencia de indicaciones a la hora de fijar estándares sustanciales de tutela. Señalamos estos porque el contenido de los derechos socio-laborales se ve condicionado por la garantía constitucional de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad pudiendo darse colisiones inevitables, por lo cual es muy oportuno delimitar el sentido y alcance de cada uno de ellos para conseguir el equilibrio de los intereses en juego. No obstante, la libertad de empresa aparece reconocida como un derecho fundamental y no sólo como un principio informador de la política económica (nuestro Tribunal Constitucional tiene reconocida esta doble vertiente de derecho subjetivo y garantía institucional en abundante jurisprudencia).

La dimensión subjetiva del derecho permite crear empresas que puedan actuar en el mercado, estableciendo sus objetivos, planificando su actividad según los recursos y condiciones del propio mercado. La dimensión objetiva, que predomina en este caso, se refleja en el carácter de garantía institucional (K. SCHMITT, R. ALEXY) que prohíbe al legislador eliminar o desnaturalizar el sentido y alcance de dicho instituto jurídico.

La doctrina sobre la libertad de empresa es ya especialmente abundante en Europa. Su contenido protege la propiedad activa manifestada en la inversión de capitales y otros factores de producción como el trabajo con la finalidad de generar

riqueza y empleo. Por ello sus límites tienen también sus propios condicionantes (límites de los límites) que se aprecian claramente al estar reconocido como derecho fundamental.

- A) El principio de proporcionalidad. Art. II-112.1 Tratado Constitucional, que implica un triple juicio: adecuación, necesidad y proporcionalidad.
- B) El contenido esencial. Art. II.112.1 Tratado Constitucional y la Constitución Alemana (artículo 19.2) y Constitución Española (artículo 53 1). En el caso de la libertad de empresa delimitar su contenido conlleva grandes dificultades para su definición "a priori".

Algunos aspectos relevantes en relación con el ámbito laboral son:

- 1- Los cupos o cuotas que obligan a contratar de forma obligatoria ciertos porcentajes de trabajadores y acciones positivas de resultado.
- 2- Intervencionismo administrativo, que va desde la autorización para despedir a la exigencia de comunicación o notificación. No se hace referencia a la licitud de autorizaciones de este tipo –sólo existentes ya en España– aunque podrían ser interesantes ante la actual situación de deslocalización empresarial.
- 3- Participación de los trabajadores en la empresa como un límite a la autonomía organizativa de éstos (ver en la Constitución Española el Art. 129.2 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Art. II-87) que reconocen como componente esencial del modelo social europeo el derecho de los trabajadores y sus representantes a ser informados y consultados sobre las decisiones que le fueran de interés.
- 4- La regulación del despido y el principio de la libertad de empresa.

El Art. II-90 establece el derecho a la protección en caso de despido injustificado de conformidad con el derecho de la UE y las legislaciones y prácticas nacionales. La regulación del despido es el momento más difícil de la relación laboral y que exige un gran equilibrio institucional y normativo no pudiendo realizarse al margen de la libertad de empresa. En este sentido el Art. II-76 del Tratado Constitucional exige conciliar las exigencias del derecho al trabajo con las de la libertad de empresa, siendo el encargado de hacerlo el legislador de acuerdo a las opciones de política legislativa o convencional. Aunque estas opciones siguen siendo nacionales principalmente, en el marco de los despidos disciplinarios el ordenamiento comunitario influye en el tema sobre todo cuando se trata de despidos por razones atinentes a la empresa o no relacionados con actitudes del trabajador.

V. Aspectos macroeconómicos del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

En el Art. I-3 de la norma en cuestión se fijan los objetivos de la Unión Europea. Y en el Apdo. 3 se dice expresamente: "La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico".

Si los aspectos macroeconómicos, previamente analizados, van encaminados a la consecución de estos objetivos, tampoco podemos olvidarnos de la cuestión macroeconómica a la que brevemente nos referiremos a continuación. Para ello como punto de partida aludimos a las Políticas Económica y Monetaria (UEM) en el territorio

de la antigua comunidad. La UEM es el estadio final de un proceso destinado a armonizar las políticas económicas y a unificar las políticas monetarias de los Estados miembros, con el fin de instaurar una moneda única fuerte. Con la idea de crear un verdadero mercado interior, la Unión monetaria y la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros se han considerado desde hace dos décadas presupuestos indispensables. En la UE se da gran importancia a aquellas políticas cuyos últimos objetivos consisten en promover la confianza internacional en el desarrollo de la economía de sus Estados miembros y la fortaleza del euro, de conformidad con los principios de una economía abierta y de libre competencia.

Los objetivos esenciales de la Unión Monetaria en la Unión Europea son:

- 1) Perfeccionar la realización del mercado interior e incrementar la actividad económica eliminando incertidumbre y costes en operaciones de cambio de divisas, garantizando la posibilidad de comparar totalmente los costes y los precios de toda la Unión y fomentar los intercambios intracomunitarios, facilitando la actividad de las empresas y ayudando a los consumidores.
- 2) Reforzar la estabilidad monetaria y la potencia financiera de Europa, evitando la especulación entre las distintas monedas comunitarias, garantizando la fortaleza de la nueva moneda frente a la especulación internacional y ofreciendo al euro la posibilidad de convertirse en una importante moneda de pago y de reserva.

Una vez conseguida la Unión monetaria en la zona euro (doce de los 15 países –Suecia, Dinamarca, Inglaterra, son "Estados miembros acogidos a una cláusula de excepción"–) el objetivo primordial consiste en conseguir y mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, la política monetaria de la UE apoyará a la política económica general de la Unión (Art. III-177.2 del Tratado Constitucional) de acuerdo a los principios generales de una economía abierta y de libre competencia. Se persigue con esa política reforzar la confianza de los consumidores e inversores coordinando de forma eficaz las políticas económicas de los Estados miembros que siguen siendo quienes la determinan y ejecutan en los correspondientes ámbitos nacionales. Como, al lado de los Estados de la zona euro existen otros acogidos a una cláusula de excepción, entre ambos hay distancias en materia de política monetaria y en los contenidos y procedimientos aplicables en materia de política económica.

Por ello, todos los Estados miembros, pero sobre todo los de la zona euro, tienen como objetivos económicos claros los siguientes:

- 1- Establecer una política macroeconómica equilibrada.
- 2- Combatir las diferencias de inflación no justificadas.
- 3- Reforzar la coordinación de las políticas económicas.

En todo caso las acciones de los Estados miembros y de la UE consideradas como actuaciones de política económica y monetaria han de respetar los principios rectores que se fijan en el Art. III-177.3 del Tratado Constitucional: precios estables, finanzas públicas, condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable.

En lo que se refiere a las innovaciones en materia presupuestaria el nuevo texto convencional aporta cambios jurídicos sustantivos tanto en la organización y funcionamiento institucional de la Unión Europea como en lo referente al desarrollo de sus políticas y de las actividades llevadas a cabo. El fortalecimiento del poder normativo del Parlamento Europeo puede repercutir en el ámbito presupuestario debido a una nueva ordenación de los procedimientos de decisión comunitarios: codecisión en la normativa vigente y para el futuro procedimiento legislativo ordinario.

Será una Ley Europea (antes Reglamento) la norma que cree instrumentos jurídicos nuevos; así lo dice el Art. I-53.3 para las "decisiones sobre recursos propios" o el Art. I-54.2 para el Marco Financiero Plurianual, y los actos de aprobación presupuestaria regulado en el Art. I-55. Aunque se apruebe un Presupuestos anual, días antes de que comience el ejercicio correspondiente, durante el ejercicio presupuestario se pueden aprobar otros Presupuestos Rectificativos y Suplementarios.

Las modificaciones señaladas afectarán al ámbito presupuestario no sólo desde una perspectiva estructural sino también desde un punto de vista material.

Desde un punto de vista estructural caben señalar de cara al futuro los siguientes cambios: las disposiciones financieras y presupuestarias pasan a repartirse entre la Parte I (arts. 52-55 del Título III sobre las finanzas de la Unión y la Parte III del proyecto del Tratado Constitucional (arts. 308-321) cuyo Capítulo II lleva por título "Disposiciones financieras".

En la Parte I se recogen los valores y los principios básicos sobre el funcionamiento de la UE. Los preceptos (cuatro en total) dedicados a la materia presupuestaria regulan los ingresos, los gastos del marco financiero plurianual, el acto de aprobación anual del Presupuesto y los principales principios presupuestarios. Estos son: unidad, equilibrio, anualidad, suficiencia de medios, transparencia y buena gestión financiera y el principio de la adopción previa de un acto de base y el principio de lucha contra el fraude.

En la Parte III (art. 316) se dice expresamente que la unidad de cuenta utilizada en términos presupuestarios en la Unión Europea es el euro. En esta Parte se regula también el funcionamiento presupuestario de la Unión en catorce preceptos.

Desde una perspectiva material cabe señalar que se conserva parte del acervo anterior a la vez que se introducen novedades con el propósito de mejorar el sistema haciendo desaparecer la distinción entre Gastos Ordinarios y Gastos No Ordinarios y la formalización jurídica de las perspectivas financieras en el texto articulado. Por ello el Tratado Constitucional "propone una nueva formulación de las disposiciones financieras y presupuestarias con el fin de simplificar los procedimientos y actualizar las normas de Derecho Presupuestario. Así se abandona la línea existente en los Tratados vigentes (Arts. 28 y 41 del TUE y 268-280 TCE). En cambio se mantienen la distribución de funciones institucionales entre la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros de la UE. Sobre los ingresos decide el Consejo y sobre los Gastos (ya no hay diferencia entre GO y GNO) la tiene el Parlamento Europeo. Las principales aportaciones del Tratado Constitucional en el marco de las finanzas públicas son:

- A) Definición de un nuevo marco jurídico de los recursos propios.
- B) Introducción de un Marco Financiero Plurianual similar a las antiguas Perspectivas Financieras; y
- C) Un nuevo procedimiento presupuestario simplificado y actualizado.

El «medio ambiente» como bien jurídico susceptible de protección jurídico penal¹

Julia Ropero Carrasco²

SUMARIO: I. El auge del “ecologismo”: las primeras medidas contra la contaminación. II. De la lucha contra la contaminación a la protección “global” del medio ambiente: desarrollo “duradero” y protección de la biodiversidad. III. ¿Fracaso del Derecho penal en la protección del medio ambiente? IV. Una difícil toma de postura sobre la mejor solución

I. El auge del “ecologismo”: las primeras medidas contra la contaminación

El “despertar de una conciencia colectiva”, por así decirlo, sobre la necesidad de proteger el medio ambiente tuvo lugar en Europa a finales de los sesenta y principios de los setenta del siglo XX, cuando se puso en evidencia el creciente y acelerado deterioro medioambiental causado por la industrialización del mundo occidental. La creencia, firmemente asentada durante buena parte del siglo XX, de que la actividad industrial a gran escala representaba el progreso y la riqueza, tuvo como consecuencia una situación de “inercia” en la conciencia social, que se resistía a creer que el “nuevo orden” pudiera esconder los graves desastres con los que amenaza el deterioro medioambiental. Por esta razón, el interés por la protección del medio ambiente no se extendió hasta que los daños ecológicos llegaron a ser considerables. En ese momento, comienza un movimiento “ecologista” impulsado por diferentes asociaciones y partidos políticos marginales, que encuentra una cierta respuesta en primer lugar en los organismos internacionales, y sólo más tarde y con más reticencias, en las políticas de los gobiernos. No está de más recordar que, como es sabido, los intereses económicos privados han ofrecido siempre una importante resistencia a cualquier detrimento de sus expectativas

¹ Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación con título “La reforma del código penal por ley 15/2003 de 25 de noviembre: armonización con el derecho penal internacional en la protección de los intereses supranacionales. delitos de lesa humanidad y protección del medio ambiente”, en la Universidad Rey Juan Carlos.

² Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

en aras de una supuesta salvaguarda de bienes que les resultan ajenos o difusos, y que, por otra parte, la economía de muchos Estados se ve condicionada por ciertos sectores privados que tienen, en consecuencia, un gran poder sobre sus Gobiernos.

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada en 1972 en Estocolmo, se concretó el compromiso de la Comunidad Internacional en este ámbito, consagrándose el derecho fundamental de la persona a disfrutar de un medio ambiente adecuado, que le permita una calidad de vida. También a partir de esa fecha se inician distintos programas de acción en el ámbito de la Comunidad Europea. Sin embargo, en esta primera etapa, las medidas adoptadas responden a enfoques sectoriales y verticales de los problemas ecológicos, con el establecimiento de unas reglas mínimas con relación a la gestión de los residuos y a la contaminación, pero sin que detrás de estas actuaciones subyazca una política integral de protección del medio ambiente.

En consecuencia, en lo que podríamos definir como una primera fase en la protección del medio ambiente, nos encontramos, por un lado, ante un movimiento de auge del ecologismo, que cala en la opinión pública de forma considerable, y que tanto ingenuamente confía en las medidas jurídicas internacionales, y concretamente en el Derecho penal, como instrumentos adecuados para detener el deterioro medio ambiental³. Al mismo tiempo, como segunda característica de este período, se observa que la “lucha contra la contaminación” representa el eje fundamental de la política de protección del medio ambiente: el control de los vertidos y residuos terrestres son el objetivo casi exclusivo de las primeras medidas previstas.

En esta primera etapa, el artículo 45 de la Constitución española de 1978 recoge esa concepción fundamentalmente “antropocéntrica” del medio ambiente, reconociendo el derecho de los ciudadanos a “disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”. En cuanto a las medidas penales, el artículo 347 bis del derogado Código penal de 1973, que tipificaba el delito ecológico, se limita a castigar las “emisiones o vertidos”, reduciendo su radio de aplicación a los casos tradicionales de contaminación (sin regular otras agresiones igualmente importantes, como los atentados contra la biodiversidad, la contaminación sonora, las extracciones o excavaciones incontroladas, los aterramientos, etc.).

En ese momento, la confianza en el Derecho penal como medio adecuado para la protección del medio ambiente parece ser una opinión extendida también entre la doctrina. A favor de su intervención se han esgrimido distintos argumentos: en primer lugar, se ha señalado la importancia del bien jurídico “medio ambiente”, y la necesidad de su protección debido a la alta precariedad que este bien ha alcanzado⁴; en segundo

³ Cuando me refiero a la “ingenuidad” no pretendo, ni mucho menos, menosciciar los sentimientos de confianza de los ciudadanos en las medidas jurídicas para resolver los problemas. Este sentimiento no sólo es comprensible, sino incluso plausible. La realidad que pretendo describir es la de una cierta “euforia” ante la declaración de principios internacionales y algunas modificaciones en las leyes penales, que sin embargo se ha visto contenida por el paso del tiempo, ante las dificultades a la hora de aplicar las medidas protectoras del medio ambiente. Después de los Tratados, las Declaraciones, los cambios en las leyes penales, el deterioro ecológico sigue avanzando. No está tampoco de más aclarar que muchas organizaciones ecologistas, la más representativa “Greenpeace”, pero también otras, no han compartido esa visión “eufórica” y siguen insistiendo en la necesidad de diseñar un política de protección del medio ambiente efectiva e integral.

⁴ En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, confróntense los siguientes autores: De la Cuesta Arzamendi, “Protección penal de la Ordenación del Territorio y del Ambiente”, en *Documentación jurídica*, n.º 37 / 40, 1983, pp. 889 – 890; Morillas Cueva, “La contaminación del medio ambiente como delito. Su regulación en el Derecho penal español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1989 – 92, p. 149; Polaino Navarrete, “La criminalidad ecológica en la legislación penal

lugar, se ha apuntado la supuesta “insuficiencia” del Derecho administrativo y de otros mecanismos jurídicos diversos a la vía penal⁵; por otra parte, la intervención penal también ha sido considerada como una especie de mecanismo “educador” de la sociedad, para que los daños causados al medio ambiente se aprecien con mayor evidencia, y se refuercen las actitudes de respeto hacia el mismo⁶; por último, también hay autores que consideran que la protección penal del medio ambiente viene exigida por la propia Constitución, en el artículo 45⁷.

En este contexto, el legislador penal de 1995 no sólo mantiene la política de intervención penal, sino que la amplía de forma considerable, en la medida en que introduce un nuevo concepto de delito ecológico y extiende la tutela a la fauna, la flora,

española”, en *Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal)*, Madrid, 1993, pp. 858 y ss; García Sánchez, “Aspectos de política criminal del medio ambiente. Bien jurídico protegido”, en *Desafíos jurídicos sociales del nuevo milenio*, Madrid, 2000, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, pp. 162 y ss. (véase además la doctrina citada por esta autora).

⁵ De esta opinión, cfr. Vercher Noguera, “Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente”, *La Ley*, 1991 – 2, p. 1071; Almela Vich, “El medio ambiente y su protección penal”, *Actualidad penal*, nº 2, 1998, pp. 5 y ss.

⁶ En este sentido, cfr. De la Mata Barranco, “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Casabó*, Valencia, 1997, pp. 575 y ss.

⁷ De esta opinión, De la Cuesta Arzamendi, “Protección penal de la ordenación...”, 1983, p. 883; Rodríguez Ramos, “Protección penal del ambiente”, en *Comentarios a la legislación penal*, T. I, Madrid, 1982, p. 279; Sánchez- Migallón Parra, “El bien jurídico protegido en el delito ecológico”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29, 1986, p. 345; Cantarero Bandrés, “El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes”, en *El delito ecológico*, Madrid, 1992, p. 68; De la Cuesta Aguado, *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona, 1994, p. 87; De la Mata Barranco, “Configuración como ley penal en blanco...”, 1997, p. 576. Sin embargo, lo que dice el artículo 45 de la Constitución española es lo siguiente:

Artículo 45: Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

1. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

2. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

De modo que, lo único que establece la Constitución es la posibilidad de que el Derecho penal pueda ser utilizado en la sí prescrita protección jurídica del medio ambiente, pero no impone su utilización. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que “en cuanto a las técnicas apropiadas para llevar a cabo la protección del medio ambiente, corresponde su elección al legislador” (Fundamento Jurídico 2º de la STC 114 / 82, de 4 de noviembre). En este sentido también, cfr. los siguientes autores: Álvarez García, “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º43, 1991, pp. 32 y ss.; Colás Turégano, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Casabó*, Valencia, 1997, p. 420. Esta autora considera que la fundamentación “constitucional” de la protección penal del medio ambiente se basa no en una prescripción directa de la Constitución, sino en la interpretación de la idea de Estado Social, que preside la redacción constitucional, y que implica la introducción de los intereses colectivos frente a la exclusiva protección de bienes de carácter individual (*op. cit.*, p. 421). No obstante, la Fiscalía General del Estado, en su memoria de 1990, se pronunciaba por la “necesidad de que por el Ministerio Fiscal se inste a la protección del medio ambiente”, invocando las demandas sociales en este ámbito así como las exigencias de armonización legislativa europea.

el patrimonio histórico y la ordenación del territorio, elementos que hacen referencia a una consideración más amplia del medio ambiente. Con ello, la ley penal española parece querer dar respuesta a un cambio de actitud generalizado en las políticas medioambientales: estamos ya en una “segunda etapa” en la que de la lucha contra la “contaminación” se ha pasado a la defensa “global” del medio ambiente. Veamos esto un poco más despacio.

II. De la lucha contra la contaminación a la protección “global” del medio ambiente: desarrollo “duradero” y protección de la biodiversidad

El cambio de “mentalidad” en la defensa del medio ambiente tiene que ver fundamentalmente con la incorporación del principio de “desarrollo sostenible o duradero”, que toma como punto de partida la necesidad de integrar la preocupación medio ambiental con el desarrollo económico. El Consejo Europeo de Cardiff⁸, el Protocolo de Kioto, el Convenio de Aarhus o la Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible (Johannesburgo, 2002) representan momentos clave en la consolidación de la nueva política sobre el ambiente: la articulación de una respuesta integral, que a través de la colaboración con el mercado, los incentivos económicos, el afianzamiento del principio “quien contamina paga”, la integración de la protección de la salud y el entorno natural o el cuidado del medio en la gestión del territorio, consiga una efectiva tutela medio ambiental.

El Protocolo de Kioto supone un importante avance en el reconocimiento de que sólo a través del compromiso efectivo de los Estados, concretamente en el control de la emisión de gases a la atmósfera, cabe imaginar una protección efectiva frente a un desastre medioambiental que ya es percibido con realismo, y no como un “mal agüero” desde posiciones extremistas. Por su parte, la Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (junio de 1992) pone el acento en la protección de la biodiversidad, lo que representa una modificación sustancial con otros enfoques antes sostenidos: no se trata de luchar únicamente contra la contaminación ecológica que destruye hábitats y pone en peligro a las “generaciones presentes”, sino que las estrategias han de dirigirse también a la conservación de la diversidad biológica, en defensa del disfrute de la misma, tanto por las generaciones presentes como por las futuras⁹. El concepto de protección a la biodiversidad de algún modo “revoluciona” los tradicionales parámetros en los que se describía al medio ambiente como bien jurídico

⁸ El Consejo Europeo de Cardiff (15 y 16 de junio de 1998) puso en marcha una “estrategia integral” en la protección del medio ambiente, a través de diversas medidas sobre la gestión de la energía, los transportes y la agricultura, orientadas por el principio del “desarrollo sostenible”. El Consejo Europeo de Viena (11 y 12 de diciembre de 1998) impulsó medidas similares en los ámbitos de mercado, consumo y cooperación en materia de economía y desarrollo. Por su parte, el Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999) instó a ECOFIN (Asuntos Económicos y Financieros) a trabajar en la misma dirección. Esta tendencia continuó en los Consejos de Niza (diciembre de 2000), Gotemburgo (junio de 2001, con la adopción de una estrategia a favor del desarrollo sostenible que fue trasladada a la Cumbre mundial de Johannesburgo), Laeken (diciembre de 2001), Barcelona (marzo de 2002), hasta el Consejo de Bruselas en 2003, en el que se perfilan de manera más concreta las medidas a aplicar.

⁹ El artículo 2, párrafo 17, del mencionado Convenio, señala que “por ‘utilización sostenible’ se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.

susceptible de protección: aun tomando como punto de partida una visión “antropocéntrica” (en cualquier caso son sólo los derechos o intereses de los hombres los que puede defender el Derecho creado por los hombres), parece extenderse la convicción, en primer lugar, de que la protección del “medio ambiente” no está en todo caso condicionada a la protección de la salud y la vida de los hombres, sino que puede estar relacionada con un derecho de disfrute del entorno y los recursos naturales (aunque de ello no dependa su subsistencia); por otra parte, también parece instalarse la creencia de que la defensa del medio ambiente ha de proteger no sólo los intereses de las generaciones presentes, sino también los de las generaciones “futuras”.

Como se ha indicado, el Código penal español de 1995 se encuentra en consonancia con estas tendencias. El artículo 325 castiga con pena de hasta cuatro años de prisión a quien lleva a cabo conductas contaminantes del medio ambiente que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, sin que se exija, como sí hacía la anterior regulación, un peligro para la vida o la salud de las personas (en el caso de que se produzca ese peligro, entonces hay que aplicar un tipo agravado¹⁰). Además, la protección de la flora, la fauna y de los animales domésticos¹¹, constituye un capítulo autónomo, con lo que se ofrece una concreta respuesta a las exigencias internacionales de protección de la biodiversidad.

En este estado de cosas, podría concluirse que la protección del medio ambiente está de enhorabuena: el Derecho internacional no ha dejado de avanzar y las legislaciones nacionales, al menos la española, responden a las exigencias en este ámbito con su “artillería pesada”, el Derecho penal. Sin embargo, este panorama optimista se deshace con un simple vistazo: muchos de los acuerdos internacionales, como el de Kioto, no son cumplidos por las partes firmantes (ni que decir tiene por países, como EEUU, de los más contaminantes, que ni siquiera lo firmó); a nuestro alrededor se produce un deterioro imparable del entorno natural, tanto en el mundo en desarrollo (selva de Brasil, por ejemplo), como en el desarrollado (la construcción en España, “motor” de la economía, que destruye las costas y los espacios naturales interiores); ríos y mares contaminados; especies en peligro, etc. Por otro lado, los informes de la Comisión Europea sobre aplicación del Derecho comunitario señalan que en el incumplimiento de los Estados de la normativa comunitaria, más de un tercio de las infracciones corresponden al sector del medio ambiente¹². Ante este panorama, y en relación con la protección penal, han surgido voces que no sólo dudan de la eficacia del Derecho penal, sino que, yendo más allá, reflexionan sobre la propia legitimidad de su utilización.

En consecuencia, parece que paralelamente al impulso del Derecho internacional en la protección del medio ambiente, se está produciendo una crisis en torno a la oportunidad del recurso al Derecho penal. Esto es lo que vemos a continuación.

III. ¿Fracaso del Derecho penal en la protección del medio ambiente?

¹⁰ Recogido en el último inciso del artículo 325.1 del Código penal.

¹¹ La referencia a los “animales domésticos” procede de la reforma introducida por LO 15 / 2003, de 25 de noviembre, que ha tipificado el maltrato de animales, entre otras reformas más bien de carácter técnico, y en las que no me es posible entrar ahora.

¹² Véase el “Quinto estudio anual sobre la aplicación y el control de la puesta en práctica del Derecho comunitario de medio ambiente en 2003”, en los informes de la Comisión Europea sobre medio ambiente (www.europa.eu).

Para ser justos y no caer en simplificaciones, es preciso apuntar que incluso la doctrina partidaria de la intervención del Derecho penal en la protección del medio ambiente¹³, ha mostrado cierta incomodidad ante algunas de las técnicas empleadas en la tipificación de los delitos medioambientales, cómo ocurre con los delitos de peligro abstracto o con la introducción de normas penales en blanco (que remiten, para su concreción, al Derecho administrativo)¹⁴. Lo que sucede, a mi modo de ver, es que la mayoría de los autores parecen optar, tras una ponderación de los “pros” y los “contras”, por la intervención, como un mal menor. Pero, ¿es cierto que la eliminación del Derecho penal del medio ambiente o su reducción a una mínima expresión supondría una especie de “catástrofe” en la conservación del medio ambiente? Al menos, ¿cabe defender la inhibición del Derecho penal o su reducción a mínimos y al mismo tiempo compartir los compromisos internacionales en la necesaria protección del medio ambiente?

Es España, SILVA SÁNCHEZ ha señalado que “la constatación manifiesta del fracaso del Derecho penal del medio ambiente, como de cualquier institución que pretenda imputar problemas sistémicos a individuos concretos, y su reducción a la mínima expresión debería constituir, pues, paradójicamente el primer paso hacia una mejor protección del objeto que se dice querer amparar”¹⁵. Según creo, la tesis de SILVA es la de que, constatada la ineeficacia del Derecho penal en la protección del medio ambiente, puesto que la “parte más grave” de la destrucción ecológica tiene lugar dentro de los límites de lo permitido administrativamente, no cabe anticipar y extender aun más la intervención, mediante la técnica del peligro abstracto, sacrificando las tradicionales garantías del Derecho penal, que sujetan su empleo a la imputación individual de un resultado concreto (ya sea de lesión, ya sea de peligro): “A un sistema de imputación que se basa en la imposición de un mal con determinadas connotaciones ético – jurídicas por un comportamiento individual defectuoso le corresponde, pues, un papel modesto en la protección del medio ambiente”¹⁶. No es que SILVA abogue por la abolición del Derecho penal del medio ambiente, ya que admite que “no parece admisible la renuncia a la intervención punitiva allí donde están comprometidos los intereses vitales no ya de individuos concretos, sino de toda la humanidad”¹⁷. Lo que este autor destaca es que ya desde la concreción del bien jurídico aparece un importante límite a la intervención del Derecho penal: la protección de la vida y la salud de las personas deberían representar en todo caso la “ratio” de la incriminación de conductas. Y, a juicio de este autor, de ello se seguiría: que no cabe el recurso al Derecho penal cuando simplemente se afecte a un ecosistema por encima de los límites

¹³ Más arriba citada (y para mayores referencias, cfr. García Sánchez, “Aspectos de política criminal del medio ambiente...”, *op.cit.*, pp. 162 – 169).

¹⁴ Sobre la discusión en torno a la técnica de reenvío normativo (al Derecho administrativo) para configurar al tipo del delito ecológico (artículo 325 del Código penal) y sobre la procedencia de los llamados delitos de peligro “hipotéticos” en la protección del medio ambiente, cfr. mi trabajo, “Problemas fundamentales del artículo 325 del Código penal (el delito ecológico)”, en *Desafíos jurídicos – sociales del nuevo milenio*, Madrid, 2000, Universidad Rey Juan Carlos, pp. 199 y ss., con citas que recogen las distintas opiniones y propuestas de la doctrina.

¹⁵ Cfr. Silva Sánchez, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”, en *La Ley*, 1997, p. 1720.

¹⁶ Cfr. Silva Sánchez, “¿Protección penal...?”, pp. 1714 y ss.

¹⁷ Aunque inmediatamente después añada que “sin renunciar a la protección penal, mucho más prometedora es, probablemente, a tal efecto, la combinación del Derecho civil de daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo” (*op. cit.*, p. 1717).

administrativos, pero sin que se constate perjuicio para la vida o la salud de los “hombres vivos”; también quedarían excluidos aquellos casos en los que el perjuicio para la vida de las personas sólo se derivaría de la suma de una serie de conductas, pero no de una de ellas aisladamente considerada; tampoco cabría la intervención del Derecho penal en los supuestos en los que el perjuicio sólo podría afectar a las “generaciones futuras”¹⁸.

También ALCÁCER GUIRAO entiende que las “generaciones futuras” no pueden ser objeto de protección por el Derecho penal, así como que la técnica de los “daños cumulativos” (que permite castigar acciones que en sí mismas no guardan peligro grave contra el medio ambiente, sino que el peligro sólo surge de la acumulación de otras acciones similares futuras) es reflejo de una concepción del Derecho penal “de difícil acomodación a las estructuras de imputación del Derecho penal basado en la libertad individual”¹⁹. Según ALCÁCER, si se toma como punto de partida el delito como “lesión de esferas de libertad ajenas en virtud de una imputación basada en la competencia individual por la propia organización de ámbitos de riesgo”, no podremos entender como tal la lesión del medio ambiente que no afecta personas vivas (titulares de esa “libertad ajena”), sino sólo a las generaciones venideras: “un modelo de Derecho penal basado en la autonomía personal sólo podrá legitimar la protección del medio ambiente como un bien jurídico dependiente de intereses personales, siendo susceptible de merecimiento de pena exclusivamente la conducta que, a través del menoscabo del medio ambiente, ponga asimismo en peligro, concreto o abstracto, las condiciones de libertad de las generaciones presentes: bienes jurídicos personales como la vida o la salud individual”²⁰. Por otra parte, cree ALCÁCER, tampoco el principio de solidaridad (que de acuerdo con una determinada convicción, representa, junto con el mencionado principio de autonomía individual, una posible ratio para la imputación penal) es capaz de fundamentar la protección penal de los intereses de las generaciones futuras: no sería posible sancionar bajo pena la infracción de un “deber de solidaridad hacia la especie humana en su conjunto”, ya que la tutela en el caso del medio ambiente no se corresponde con la libertad de otros sujetos vivos: “el medio ambiente sólo podrá ser legítimamente protegido por la pena cuando se configure como un medio de protección de las condiciones de libertad de las generaciones presentes, para lo que la norma deberá prohibir sólo conductas que, lesionando el medio ambiente, pongan en peligro intereses esenciales del ciudadano, por cuanto una agresión al medio ambiente sin ese riesgo añadido no puede re conducirse a un detrimento de la libertad individual”²¹.

En Alemania, la llamada “Escuela de Frankfurt” ha ido más lejos, al negar la idoneidad del Derecho penal para intervenir en la protección del medio ambiente. MÜLLER – TUCKFELD no sólo basa su dura crítica al Derecho penal del medio ambiente en la utilización de técnicas de incriminación de difícil armonización con las garantías del Derecho liberal: delitos de peligro abstracto, tipos de “daños cumulativos”, conceptos jurídicos indeterminados, accesoriedad administrativa o “erosión” de los criterios de causalidad; sino que advierte contra una perversión de los fines del Derecho penal. En opinión de este autor, lo preocupante es que el Derecho penal del medio ambiente está funcionando para lanzar un mensaje a la sociedad en el que se banaliza el

¹⁸ Cfr. Silva Sánchez, “Protección penal...?”, pp. 1715 – 1716.

¹⁹ Cfr. Alcácer Guirao, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, pp. 9 y ss.

²⁰ Cfr. Alcácer Guirao, “La protección del futuro...”, p. 16.

²¹ Cfr. Alcácer Guirao, *op.cit.*, pp. 27 – 29.

bien jurídico protegido: lo que se trasmite es que lo que el Derecho está protegiendo es la “contaminación autorizada”. El estudio de los casos que llegan a los tribunales pone en evidencia, según este autor, que sólo anecdóticos y banales casos de pequeña contaminación casi doméstica son los que encuentran respuesta penal, mientras que la gran contaminación, los grandes desastres ecológicos, son permitidos por la sociedad, y “autorizados” por la Administración. La conclusión es que el Derecho penal del medio ambiente se convierte en un instrumento que impide desarrollar una política real y eficaz para la protección medioambiental: la previsión de los tipos penales “tranquiliza” las conciencias, pero no logra detener el deterioro ecológico²².

Frente a este escepticismo, el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente de la Unión Europea ha marcado como objetivos prioritarios el de mejorar la aplicación de la legislación en vigor, y en el ámbito del Derecho penal, la Decisión marco 2003 / 80 /JAI del Consejo europeo, se propone como fin la armonización de los mecanismos de lucha penales, mediante unas normas mínimas de protección penal del medio ambiente, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 175 del Tratado de la Unión Europea²³. En esta Decisión marco, se hace depender la intervención del Derecho penal de la comisión de un “delito grave”, entendido como todo acto que supone “un deterioro sustancial o un peligro manifiesto de deterioro sustancial del medio ambiente, mediante: una contaminación atmosférica, del agua, del suelo o del subsuelo o el almacenamiento o la eliminación de residuos o sustancias similares”. A ello se añade que “los Estados miembros deben velar porque su Derecho penal castigue con una sanción eficaz, proporcionada y disuasoria los delitos graves contra el medio ambiente, y contemple la posibilidad de una extradición”, así como que “las personas jurídicas también deben poder ser consideradas responsables, con arreglo al Derecho penal por este tipo de delitos”.

Por otra parte, y como ya se ha señalado más arriba, en el Derecho Internacional está firmemente asentada la norma consuetudinaria que establece un deber de protección, a través de la noción de desarrollo duradero, para las generaciones venideras. Bien es cierto que esto no significa el reconocimiento de las generaciones

²² Cfr. Müller – Tuckfeld, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente” (título original “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”; traducción de Iñigo Corroza, Pastor Muñoz y Ragués i Vallés), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 1999, ed. Española a cargo de Comares.

²³ Decisión que a su vez se apoya en el Convenio de 1998 del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por el Derecho penal. Esta Decisión Marco es una respuesta a medio camino, después de que no prosperara la propuesta de Directiva presentada en 2001 por la Comisión europea para la protección del medio ambiente. En esta propuesta, se instaba a la armonización de la legislación penal de los Estados, que deberían perseguir todo comportamiento, intencional o ejercido por grave negligencia, que viole las disposiciones comunitarias destinadas a proteger el medio ambiente, incluyéndose un listado de “actos” que podrían ser objeto de persecución: vertido no autorizado de sustancias (hidrocarburos, aceites usados o lodos de depuradora) en el agua, así como la emisión de una determinada cantidad de sustancias peligrosas en la atmósfera, el suelo, o el agua; tratamiento, transporte, almacenamiento y eliminación de residuos peligrosos; derrame de residuos en el suelo o en las aguas y la explotación abusiva de vertederos; la posesión, captura y comercio de especies animales y vegetales protegidas; la degradación del hábitat protegido; el comercio de sustancias que empobrecen la capa de ozono. Al mismo tiempo, la propuesta de directiva establecía que las “sanciones penales deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias”, añadiéndose que en caso de infracción grave “las personas físicas podrán ser privadas de libertad”. (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal [COM (2001) 139- final; Diario Oficial C 180 E, de 26 – 06 – 2001]

futuras como sujetos de derechos, ni tampoco que la protección del futuro sea objeto del Derecho penal, pero esta situación sí que plantea como mínimo una reflexión sobre cuál es la razón de este choque entre los planteamientos “optimistas” del Derecho internacional y el escepticismo que parece cundir entre una parte de la doctrina penal. Preguntarse además sobre los posibles efectos de esta falta de armonía parece obligado. Todo ello es lo que modestamente intento hacer a continuación.

IV. Una difícil toma de postura

Tal vez lo más sensato hubiese sido eludir esta cuestión sobre la que claramente no hay consenso, y en la que resulta difícil adoptar posición y, en consecuencia, realizar una propuesta. Aclaremos: parece que ya no hay duda de que el medio ambiente, como conjunto de las condiciones y recursos de vida del “planeta Tierra”, está en peligro. Por tanto, también es una opinión extendida que es preciso articular medidas jurídicas y políticas en general, que procuren una protección que parece no emanar espontáneamente ni de la sociedad, ni de los agentes económicos, ni de los Gobiernos. Yo he compartido estas opiniones de manera convencida y con “militancia activa”, por así decirlo. Por esa razón, cuando el legislador español ha ido incorporando medidas legislativas de carácter penal para la protección del medio ambiente, en principio las he acogido favorablemente (salvando la duda sobre su aplicabilidad, u otros temores en relación con el reenvío al Derecho administrativo o la prueba del peligro, que en definitiva creo que comparte cualquier intérprete)²⁴.

Sin embargo, ni el más optimista en la lucha contra la degradación del medio ambiente puede evitar cierto desaliento. Teniendo en cuenta los informes científicos, de organismos internacionales, de ONG's, que ponen de manifiesto la degradación de la capa de ozono, el calentamiento del planeta, la pérdida irreparable de especies, la deforestación como actividad económica, la contaminación a gran escala, en fin que evidencian el considerable fracaso no ya del Derecho penal, sino de la comunidad internacional, en la protección del medio ambiente, ¿cómo justificar el mantenimiento de unos delitos “ecológicos” que supuestamente se aplican de manera “anecdótica”? Es más, ¿cómo justificar la previsión de estos delitos en los Códigos penales con el coste de una cierta “perversión” del Derecho penal?

Bien poco puede replicarse a MÜLLER – TUCKFELD o a SILVA cuando advierten que a fin de cuentas lo que se acaba protegiendo con la ley penal es la “contaminación autorizada”, y también hay que concederle al primer autor citado que este estado de cosas es capaz de favorecer un mensaje contradictorio con la protección efectiva del medio ambiente: el mensaje de que el Derecho responde (cuando no hay tal respuesta para la mayoría de las agresiones), por lo que no hay lugar para imaginar otro tipo de respuestas. Con MÜLLER – TUCKFELD hay que coincidir además, en que una ciencia crítica debe advertir la “injusticia” que representa que el Derecho penal se aplique sobre determinados casos de importancia mínima (el autor pone los ejemplos de la jurisprudencia alemana del sujeto que no elimina unos excrementos caninos, o el que no controla una fosa séptica doméstica que se desborda en un río), que sirven de “chivos expiatorios”, frente a la impunidad de las grandes empresas (y Estados) contaminantes.

²⁴ Cuestiones que afrontó en el trabajo más arriba citado “Problemas fundamentales del artículo 325...”.

Como dice el autor, habría que preguntarse “qué clase de conciencia se está formando aquí y si esta conciencia no pertenece más al problema que a la solución”²⁵.

Con ello, está claro que para realizar cualquier propuesta sobre la mejor respuesta del Derecho penal ante el deterioro del medio ambiente, la primera pregunta que hay que afrontar es la de si todavía quedan razones válidas para defender la tipificación de los delitos ecológicos o si más bien hay que abogar por su abolición. Y aquí es donde comienza mi discrepancia con el autor alemán: si abolimos el “Derecho penal del medio ambiente”, ¿entonces, es cierto que, como sugiere el autor, se dará inicio a una “nueva era” de política racional y efectiva en la lucha contra la degradación ambiental? Estimar que la despenalización de las conductas lesivas contra el medio ambiente va a favorecer la creación de políticas “imaginativas” y más eficaces resulta tan ingenuo como pensar que con la tipificación penal de una serie de conductas se soluciona el problema. Si el “problema” es que hay un orden político, social y económico, que con una inercia considerable y a nivel mundial favorece la degradación del medio ambiente y la pérdida de la biodiversidad, hacer depender la validez de cualquier iniciativa del hecho de que ese orden cambie sí que resulta desolador. O hacemos una revolución social y cambiamos de arriba abajo o no hagamos nada porque entonces estaremos legitimando las injusticias existentes. No me parece un planteamiento razonable, y ni siquiera realista.

De hecho, desde la Unión Europea no sólo se ha fomentado una armonización entre los distintos Estados en relación con el empleo del Derecho penal para perseguir los atentados más graves contra el medio ambiente, sino que fundamentalmente se han puesto en marcha programas que insisten en un tratamiento integral del problema, y que priorizan las políticas de prevención y reparación: principio de responsabilidad por el daño, programas de incentivos a empresas no contaminantes, política de impuestos para los sectores de riesgo, campañas de información y colaboración con el mercado y los ciudadanos, ... en definitiva, una serie de iniciativas que al menos son el exponente de que nadie cree en serio que el Derecho penal vaya a conseguir por sí solo una transformación social que acabe con las prácticas contaminantes. Es cierto que estas iniciativas surgen en programas de actuación elaborados por una Comisión, que después llegan al Parlamento y al Consejo, donde siguen siendo propuestas, y que tan sólo cuando se plasman en Directivas comienzan a tener una cierta fuerza normativa, que se hace efectiva cuando las leyes nacionales se adecuan a lo establecido en ellas estipulado. De acuerdo que es un proceso largo, e incierto, pero que no puede ser menospreciado, y que al menos evidencia dos cosas: que además de las declaraciones en el ámbito de Naciones Unidas y otros foros internacionales, en un ámbito institucional que nos es más próximo y con una mayor capacidad operativa (aun con sus limitaciones) se comparte con claridad la idea de que la protección del medio ambiente exige una respuesta integral; que esto es así aunque al mismo tiempo se considere que el Derecho penal debe (o puede) intervenir para los casos más graves. En definitiva, no es cierto que la tipificación en las leyes penales de las agresiones más graves contra el medio ambiente haya de representar automáticamente una especie de “salida fácil” del legislador, con la que escudarse de la falta de otras iniciativas. También cabe imaginar que si la protección al medio ambiente desapareciera de los Códigos penales, no por ello tendría lugar una revolución social que alterara los medios de producción y despertara las conciencias de forma efectiva para la protección de las especies y de los recursos

²⁵ Cfr. Müller – Tuckfeld, *op.cit.*, p. 530.

naturales. En la espera de esta improbable revolución, bienvenidas sean todas las iniciativas, que no sólo exigen un esfuerzo imaginativo (que al menos en algunos organismos internacionales y de la Unión europea están haciendo), sino también financiero²⁶.

Ahora bien, con esta consideración solamente se consigue cuestionar la presunción de que el Derecho penal del medio ambiente es incompatible con una política más racional en la protección ecológica. Sin embargo, en tanto que todas las iniciativas mencionadas alcancen un nivel más satisfactorio de eficacia, ¿qué hacemos? Adoptadas estas iniciativas, ¿prescindimos del Derecho penal? Según MÜLLER – TUCKFELD, si se sigue insistiendo en el Derecho penal estaremos contribuyendo a una situación notablemente injusta: debido a que buena parte de las contaminaciones están permitidas y a que las grandes empresas cuentan con autorizaciones y acuerdos corporativos, la ley se estará aplicando sólo a pequeños casos de contaminación llevados a cabo por “sujetos comunes” (recordemos el ejemplo de los excrementos caninos o el desbordamiento de la fosa séptica).

Sin embargo, a mi modo de ver, esta situación no tiene su causa en la intervención del Derecho penal en la protección del medio ambiente, sino que las razones que explican esta situación son otras: la defectuosa técnica de tipificación que hace depender la intervención del Derecho penal de la decisión del Derecho Administrativo o incluso de la potestad de la Administración; los problemas en general de “perseguibilidad” de estos delitos. Con ello no quiero decir que para la protección eficaz del medio ambiente haya que “endurecer” y “expandir” aun más el Derecho penal. Ese es otro debate. Sólo quiero señalar que la situación que describe MÜLLER – TUCKFELD sí que refleja un tratamiento desigual para las infracciones contra el medio ambiente, qué puede ser tachado de “injusto”, pero habrá que explicar por qué. ¿Qué es lo que nos parece injusto: que se castigue al sujeto que deja que se desborde su fosa séptica o que no se castigue al “gran contaminador autorizado”? ¿Qué es lo que queremos?: ¿no castigar a ninguno? Parece que lo que “quiere” MÜLLER – TUCKFELD es que, ya que no se puede castigar al gran contaminador, mejor que el Derecho penal no intervenga, porque no deja de ser contrario a todos los principios que regulan la actuación del Derecho penal que se castigue a quien hace “lo menos” y se deje impune a quien hace “lo más”.

Sin embargo, la realidad que describe MÜLLER – TUCKFELD no resulta del todo comparable a la existente en España (pensemos en los excrementos de los perros), ni mucho menos a la que puede tener lugar en otros países en vías de desarrollo. La STS de 25 de octubre de 2002 condenó a un año de prisión y penas de multa a los administradores de una empresa que realizó vertidos a la red de alcantarillado y al suelo

²⁶ En el ámbito de la Unión Europea ya se cuenta con algunos instrumentos que, dentro de sus limitaciones, van operando con una cierta eficacia: el programa LIFE como instrumento financiero para potenciar la producción no contaminante; el sistema comunitario de gestión medio ambiental y auditoria; la “etiqueta ecológica” para promover el consumo de productos elaborados con respeto al medio ambiente; el sistema de evaluación de proyectos públicos y privados sobre medio ambiente; la institución de la Agencia Europea del Medio Ambiente. Por otra parte, la Comisión europea sobre el medio ambiente ha elaborado un Programa de implantación hasta el año 2010, que representa una estrategia que tiene como fines: mejorar la aplicación de la legislación en vigor; integrar el medio ambiente en otras políticas; colaborar con el mercado; implicar a los ciudadanos y modificar sus comportamientos y tener en cuenta el medio ambiente en las decisiones relativas al ordenamiento y gestión del territorio, proponiéndose para su cumplimiento un paquete de medidas específicas, entre las que se encuentran las de intensificar la inspección medio ambiental y hacer más eficaz la lucha contra los delitos ecológicos. Este Programa de acción comunitario ha sido aprobado por el Parlamento y el Consejo Europeo, a través de la Decisión 1600/2002/CE.

de “elevadas cantidades de tricloretileno, sustancia gravemente peligrosa para las personas y para el medio ambiente”²⁷; la STS de 26 de junio de 2002 condenó a seis meses de prisión y una fuerte multa a los administradores de una empresa de explotación porcina que vertía los purines del ganado a un torrente, contaminando, con grave riesgo de infección para las personas, diversos pozos y fuentes de utilización directa, así como los acuíferos subterráneos²⁸; la STS de 3 de octubre de 2003 confirma la condena, de siete meses de prisión y considerable multa, a los administradores de una empresa dedicada a la producción de resinas sintéticas que había vertido aguas residuales directamente y sin depuración al alcantarillado público, con importantes concentraciones de disolventes e hidrocarburos, que se filtraron al subsuelo, alcanzando aguas subterráneas que afloraban en pozos destinados al consumo humano o a industrias del sector alimentario o farmacéutico, con grave riesgo para la salud de las personas; la STS de 2 de noviembre de 2004 condena a diez meses de prisión, multa de 30.051 euros e indemnizaciones diversas al fabricante de productos químicos destinados al pulido de mármoles y pieles, que había vertido distintas cantidades de ácidos a un cauce acuífero, que desembocaba en un río, cuyas aguas se destinan al consumo humano y al riego, acabando con la vida animal en el río, causando daños en huertos, cultivos y aljibes, perforando una cueva, cambiando el curso natural del río, invadiendo los lavaderos públicos e inutilizando las fuentes, abandonando después las instalaciones sin impermeabilizar los ácidos; la STS de 13 de marzo condena a un año de prisión y multa al dueño de una empresa de recogida de residuos que arrojó una carga de 8.000 litros de una “sustancia de aspecto pastoso y color marrón verdoso con ácidos grasos de aceite de origen animal”, en un colector que desagua en la ría de Pontevedra, llagando los residuos hasta una zona de marisqueo, creándose un grave riesgo para las especies de la zona, y para la salud de las personas. Estos casos son algunos de los ejemplos que han llegado hasta el Tribunal Supremo español. En fase sumarial se encuentra todavía el caso del Prestige, en el Juzgado de Intrucción de Corcubión, Galicia, que instruye las diligencias, en un sumario que supera ya los 10.000 folios, y que no cuenta todavía con una evaluación completa de la magnitud del desastre.

Desde luego que estas sentencias representan al menos una cierta eficacia de la ley penal para castigar delitos contra el medio ambiente, y no pueden ser entendidas como simples procesos “ejemplificadores”²⁹. Aun reconociendo que estos casos sólo representan un determinado índice de toda la actuación ilegal contaminante, y reconociendo también que existen actividades altamente contaminantes que se consideran legales (no vayamos muy lejos, pensemos en todo el tráfico de vehículos), ¿deberíamos concluir que entonces la solución es que en estos casos no actúe el Derecho penal?

A mi modo de ver, la intervención del Derecho penal es necesaria. En primer lugar, por la importancia del bien jurídico que se protege, tanto en los casos en los que hay una puesta en peligro directa de la vida de la salud de las personas, como en aquellos en los que el peligro afecta gravemente al equilibrio de los sistemas naturales. El medio

²⁷ Sustancia que al infiltrarse por el suelo en los pozos de una piscifactoría, ocasionó la muerte de 301.000 alevines de dorada.

²⁸ Esta empresa funcionaba sin licencia administrativa de actividad.

²⁹ Véanse también las siguientes sentencias: STSS de 12 de diciembre de 2000; 17 de septiembre de 2001; 4 de diciembre de 2001; 28 de marzo de 2003; 17 de mayo de 2003; 24 de mayo de 2003; 2 de junio de 2003; 23 de septiembre de 2003; 30 de septiembre de 2003; 24 de octubre de 2003; 3 de diciembre de 2003; 22 de julio de 2004; 8 de noviembre de 2004; todas ellas referidas a vertidos que ponen en peligro bien los sistemas naturales, o bien, en la mayoría de los casos, la salud de las personas.

ambiente, los recursos naturales, representan de forma reconocida el sustrato de la vida de la especie humana. ¿Cómo explicar que se castiguen con las leyes penales, que protegen los bienes jurídicos fundamentales, los hurtos, las injurias, las defraudaciones de fluido eléctrico, la cesión de secretos de empresa, el abandono de destino por funcionario, la alteración de lindes, la evasión del pago de impuestos, el fraude de subvenciones, por poner algunos ejemplos, y que no se castiguen los hechos que ponen en grave peligro las condiciones de la vida de la especie humana?

Con ello, no estoy defendiendo un “endurecimiento” de la ley penal. Tan sólo estoy exigiendo que se respete el valor que los recursos medioambientales tienen. Si eliminamos la intervención del Derecho penal, habría que archivar las diligencias previas abiertas tras el desastre del Prestige. De igual modo, en las sentencias antes comentadas sólo cabría la responsabilidad por los daños causados en la propiedad ajena: habría responsabilidad penal en el caso de la muerte de los peces que estaban en la piscifactoría afectada por los vertidos (pero no cuando desaparece la vida entera de un ecosistema, como ocurre en algún supuesto), y responsabilidad por los daños en los huertos privados o en los pozos particulares (pero no cuando las sustancias peligrosas están en el agua de consumo común); es decir, se absolvería cuando, a pesar del riesgo para la salud y la vida de las personas, no hubiese esos daños en la propiedad privada. Esta solución sí que es inaceptable.

Por tanto, si nos movemos en un plano axiológico, la protección penal del medio ambiente, en necesaria comparación con el valor de otros bienes protegidos por la ley penal, está plenamente justificada³⁰.

Si el problema no es éste, sino que por razones de “ineficacia” o de defectos en la técnica de tipificación (que condiciona la intervención penal a lo dispuesto en el Derecho administrativo), el Derecho penal está funcionando de manera inadecuada, entonces habrá que buscar mecanismos de corrección de ese mal funcionamiento y de las supuestas “injusticias” que se desprenden del mismo. No creo que sea una ingenuidad confiar en las iniciativas internacionales o de la Unión Europea, antes descritas: al menos es una ingenuidad necesaria para mantener la esperanza, ya que, efectivamente, sólo con una estrategia integral que combine mecanismos sancionatorios con información, incentivos y distintas presiones a los Gobiernos, será posible hacer frente al deterioro medioambiental.

Entretanto, tampoco parece muy razonable execrar del Derecho penal y depositar el control de las agresiones contra el medio ambiente en la Administración. Al contrario, la experiencia española demuestra que en muchos casos la Administración no vigiló como le correspondía el cumplimiento de la normativa protectora del medio ambiente, y en algunos casos las autoridades administrativas se convertían en los autores de la infracción³¹. En el caso del desastre del Parque de Doñana, por la rotura del dique de la

³⁰ Aunque, como ya se ha indicado más arriba, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en el sentido de que la Constitución no “obliga” a la protección penal del medio ambiente, sino que ésta es una posibilidad entre otras, lo cierto es que en diversas sentencias ha reconocido el “valor” de la intervención del Derecho penal. En este sentido, la STC 90 / 2000, de 30 de marzo, ha destacado la importancia de la legislación penal sobre el medio ambiente al establecer una respuesta primaria o básica, que cumple además una función de ordenación o armonización con el establecimiento de unos mínimos. En sentido similar, *cfr.* la STC 196 / 1996, de 28 de noviembre.

³¹ En ocasiones, las actuaciones administrativas son lentas y en definitiva “poco intimidantes”, de modo que la actividad agresiva contra el medio ambiente no se detiene y se termina en un daño irreparable (STS de 3 de diciembre de 2003, empresa que vierte lodos a un río sin que las actuaciones administrativas consigan detener la actividad, hasta que se causan importantes daños en el ecosistema fluvial, acabando

balsa de residuos de las Minas de Aznalcóllar, (que supuso que cinco millones de metros cúbicos de lodos tóxicos fueran vertidos en una superficie de 5.000 hectáreas, con la muerte de miles de animales), las Administraciones española y andaluza no establecieron responsabilidad alguna para la empresa responsable de la explotación, sino que esta empresa había recibido incluso subvenciones de distintas Administraciones públicas (por supuesto, no pagó ningún impuesto por actividad de riesgo contaminante, con lo que la aplicación del principio “quien contamina paga” brilló por su ausencia)³².

Por otra parte, tampoco hay que desdeñar las “ventajas” que ofrece la jurisdicción penal, así como los mecanismos de acción popular previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De este modo, la acusación particular y la acusación popular representan instrumentos a través de los cuales los particulares pueden acceder a una vía más rápida de jurisdicción, con la que pueden, o bien hacer valer sus derechos individuales, o incluso, promover la investigación de delitos medioambientales. Por último, la responsabilidad civil derivada de delito representa también un importante mecanismo para favorecer la reparación del daño³³.

En definitiva, parece que todavía es posible encontrar, desde mi punto de vista, algunas razones válidas que abogan por la intervención penal. Sin embargo, todavía nos queda una cuestión sobre la que también sería interesante tomar partido: ¿debe el Derecho penal del medio ambiente proteger únicamente los ataques que ponen en peligro directo a las generaciones presentes, o debe extender también su protección a las generaciones futuras? Como ya se ha visto, mientras que en Derecho internacional la protección de las generaciones futuras se asume como un principio prácticamente incuestionable, en Derecho penal esta cuestión no está tan clara. Por ello, conviene empezar por intentar despejar algunas dudas.

A mi modo de ver, es cierto que la tesis de los “daños acumulativos” resulta incompatible con el principio de culpabilidad³⁴: si la norma penal sanciona creaciones

con la vida de peces y vegetación; STS de 24 de octubre de 2003, caso de vertidos de cianuro al río Ibaizabal, desde 1995 hasta 1998, a pesar de la incoación de varios expedientes administrativos, hasta que se producen importantes daños en el ecosistema; en sentido similar, la STS de 12 de diciembre de 2000). Otras veces, es la autoridad administrativa la responsable directa de la agresión: STS de 23 de septiembre de 2003, que condena por delito ecológico a un Alcalde y Concejal de Ayuntamiento, que gestionan vertedero con materiales altamente inflamables en zona forestal de alto riesgo; STS de 30 de septiembre de 2003, que condena a Alcalde que autoriza vertidos de escombros y otros productos sólidos en un humedal, produciendo un aterramiento que destruye el espacio ambiental y altera gravemente el equilibrio ecológico.

³² Ahora bien, apostar por la intervención del Derecho penal no significa que se dé por bueno cualquier técnica de tipificación. En este sentido, sólo puedo coincidir con SILVA cuando pone de manifiesto que lo interesante no es la contravención de la norma administrativa, sino que lo definitivo para la intervención del Derecho penal ha de ser la constatación del riesgo para el bien jurídico. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sobre el “caso Rontalde”. En octubre de 1994, Rontalde, una empresa afincada en Baracaldo, libró por negligencia una alta emisión de dióxido de azufre, que circuló por la atmósfera en forma de nube, provocando la muerte de una persona y lesiones a otras. La sentencia condenó a los responsables de la empresa por homicidio y lesiones imprudentes, pero desestimó el delito ecológico, porque no se consiguió demostrar que en la maniobra señalada se libraron gases por encima de los límites autorizados administrativamente. De este modo, se produce el contrasentido de dejar sin castigar el peligro medioambiental creado, a pesar de que dicho peligro se hubiese constatado de una manera evidente.

³³ Estas “funciones” de la jurisdicción penal son destacadas en la STC 199 / 1996.

³⁴ En este sentido, comparto las razones aducidas tanto por Silva Sánchez como por Alcácer Guirao, expuestas más arriba.

de riesgos imputables a sujetos, está claro que sólo debería caber la responsabilidad penal por los riesgos personalmente creados, ya sea a título de dolo, ya sea a título de imprudencia. Sin embargo, es preciso advertir que la discusión sobre la protección de las generaciones futuras no tiene por qué estar vinculada a la admisión de la teoría de los daños cumulativos. Claramente: se puede defender la necesidad de proteger a las generaciones futuras sin tomar como punto de partida la teoría de los daños cumulativos. De hecho, esta teoría surge en Alemania para explicar un tipo, el contenido en el parágrafo 324 del Código penal alemán, que castiga con penas de hasta cinco años a “quien sin autorización contamine las aguas o altere perjudicialmente sus propiedades”, y que no tiene correspondencia en la ley española. El artículo 325 del Código penal no se contenta con la contaminación sino que exige la creación de un grave peligro potencial, bien para el equilibrio de los sistemas naturales, bien para la salud de las personas. En consecuencia, para castigar por el delito ecológico hay que demostrar la creación de un peligro o la peligrosidad potencial de la conducta concreta: por ello, no basta con probar la mera actividad y fundamentar la pena en la acumulación de esa actuación con otras futuras (lo que desde luego, resulta rechazable), sino que hay que demostrar el peligro que el tipo exige³⁵.

Puesto que los tipos que se refieren a las conductas tradicionales de contaminación exigen un peligro para los ecosistemas que, en consecuencia, afecta ya a las generaciones presentes, la discusión sobre la protección de las generaciones futuras viene más bien condicionada por la inclusión en el Derecho medioambiental de la protección de la biodiversidad. En efecto, aunque la destrucción o tráfico ilegal de especies vegetales exige, para su consideración como delito, la creación de un grave perjuicio para el medio ambiente³⁶, en el caso de las especies animales, es delito, entre otras conductas, la caza o pesca de especies amenazadas (artículo 334.1 del Código penal, que prevé una pena prisión de cuatro meses a dos años o multa). En efecto, la intervención del Derecho penal para castigar una conducta que pone en peligro una especie no puede estar fundamentada en la protección de la vida o la salud de las generaciones presentes, pero tampoco en las “condiciones” de vida de las mismas. Esa previsión legal “sirve” para aclarar la discusión, en el sentido de que desde una perspectiva de *lege lata* el Derecho penal “ya” está extendiendo su protección sobre las generaciones futuras y sus condiciones de vida.

¿Eliminamos estos delitos del Código penal? ¿Prescindimos de la protección penal de la biodiversidad? ¿Es innecesaria o superflua la protección penal de las especies amenazadas? En mi opinión, ésta es la cuestión que más controversia suscita. Pero sobre todo porque permite la intervención del Derecho penal para castigar una conducta cuya relación con el peligro real de desaparición de la especie no es tan fácilmente cuantificable (a pesar de tratarse de una “especie” amenazada). No obstante, el recurso a sanciones leves aporta una cierta racionalidad, mientras que al mismo tiempo el “carácter simbólico” del Derecho penal cumple una función de advertencia que por ahora parece necesaria (siempre y cuando el sujeto conozca el riesgo creado con su conducta, que es el de la contribución a la desaparición de la especie).

³⁵ Coherente, según creo, con esta interpretación, la STS de 27 de septiembre de 2004 absuelve al sujeto que realiza un vertido de purines de ganado en el río, al no considerar probado el peligro para el ecosistema. En sentido similar, la SAP de Navarra, de 4 de abril de 2005.

³⁶ Ello tras la reforma del Código penal, por LO 15 / 03, que modifica el artículo 332 introduciendo la exigencia del peligro para el medio ambiente (si no hay este grave perjuicio, entonces se aplica la falta del artículo 632)

En fin, no acierto a ver porque el Derecho penal puede intervenir para proteger, por ejemplo, las condiciones del mercado, y ha de inhibirse cuando de lo que se trata es de proteger el futuro de la especie humana mediante el aseguramiento de los recursos naturales que garantizan la vida. No termino de aceptar que lo determinante para legitimar la intervención sea una correspondencia entre supuestas relaciones de libertad individual y que lo definitivo sea la intromisión en la esfera de libertad ajena. ¿No resulta definitivo el riesgo de desaparición de la especie? ¿Qué lugar ocupa en la escala de bienes jurídicos a defender la garantía de la propia supervivencia?

Terminar con dudas y preguntas no pretende ser una salida fácil. Creo que he mostrado mi posición sobre la mayoría de los temas planteados. Valga el último párrafo como una propuesta de reflexión que yo no soy capaz de dar por cerrada en este trabajo.

Bibliografía

ALCÁZER GUIRAO, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002.

ALMELA VICH, “El medio ambiente y su protección penal”, *Actualidad penal*, nº 2, 1998.

ÁLVAREZ GARCÍA, “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º43, 1991.

CANTARERO BANDRÉS, “El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes”, en *El delito ecológico*, Madrid, 1992.

COLÁS TURÉGANO, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Casabó*, Valencia, 1997.

DE LA CUESTA AGUADO, *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona, 1994.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Protección penal de la Ordenación del Territorio y del Ambiente”, en *Documentación jurídica*, n.º 37 / 40, 1983.

DE LA MATA BARRANCO, “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Casabó*, Valencia, 1997.

GARCÍA SÁNCHEZ, “Aspectos de política criminal del medio ambiente. Bien jurídico protegido”, en *Desafíos jurídicos sociales del nuevo milenio*, Madrid, 2000.

MORILLAS CUEVA, “La contaminación del medio ambiente como delito. Su regulación en el Derecho penal español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1989.

MÜLLER – TUCKFELD, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente” (título original “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”; traducción de Iñigo Corroza, Pastor Muñoz y Ragués i Vallés), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1999.

POLAINO NAVARRETE, “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”, en *Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal)*, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ RAMOS, “Protección penal del ambiente”, en *Comentarios a la legislación penal*, T. I, Madrid, 1982.

SÁNCHEZ- MIGALLÓN PARRA, “El bien jurídico protegido en el delito ecológico”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”, en *La Ley*, 1997.

VERCHER NOGUERA, “Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente”, *La Ley*, 1991.

La tenencia y portación de armas en el Código Penal Argentino.

La Ley 25.886 y la fiebre punitiva

Matías Bailone¹

SUMARIO: 1.- La lucha por el derecho a comienzos de siglo. 2.- Los delitos de peligro abstracto. 3.- Los tipos penales del artículo 189 bis del CP Argentino. 4.- Una ilegal agravante de la portación de armas de fuego, y un fallo reparador.

1.- La lucha por el derecho a comienzos de siglo.

La furia punitiva de comienzos de siglo implica el aumento indiscriminado de penas en vulneración directa del principio de racionalidad penal y de proporcionalidad, es decir del principio republicano de gobierno, y que además extiende el brazo penal del Estado a áreas antes desprovistas de ese tipo de control.

El expansionismo penal se manifiesta, por ejemplo, en la ligereza con que se sanciona con pena criminal el incumplimiento genérico de disposiciones legales administrativas, pero con una gravedad más atendible cuando se degradan las categorías esenciales configurativas de presupuestos de punibilidad, o la anticipación punitiva en la protección de bienes jurídicos, o en la laxa apreciación de los mismos. Todos motivos válidos para que quienes propiciamos un derecho penal liberal y respetuoso de los derechos fundamentales dentro de un Estado Social de Derecho, demos alertas a las agencias punitivas sobre el camino que emprenden tan alegremente al son de amorfos y maleables clamores populares². Recordando a Ihering: la “lucha por el derecho” es un deber hacia nosotros mismos y hacia los demás.

Filippo Sgubbi ha advertido sobre la llamada ‘espiritualización’ del bien jurídico³, donde ya no sólo hablamos de la consabida confiscación estatal a la víctima del conflicto penal, sino de la estatización del bien jurídico a proteger –en muchos casos se provee directamente a la creación de bienes jurídicos artificiales cuyo monopolio queda en cabeza del Estado–, y de como se diluyen los límites y las configuraciones del objeto de la protección penal. El Estado moderno incapacitado para solucionar

¹ Abogado, doctorando en derecho penal, Universidad de Buenos Aires. Presidente del Ateneo de Ciencias Penales y Criminológicas de Cuyo, Argentina. www.iuspenalismo.com.ar y www.matiasbailone.com.ar

² Matías Bailone, “Rivacoba un iluminista en el siglo XX”, en *El Derecho Penal del Siglo XXI* dirigido por Raúl Zaffaroni, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2005.

³ Filippo Sgubbi, *El delito como riesgo social*, Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal, traducción de Julio Virgolini, Editorial Abaco, Bs. As., 1998.

conflictos sociales por medio de políticas públicas no penales recurre cada vez menos solapadamente al brazo punitivo. Se violenta así uno de los principios lógico-constitucionales de todo Estado de Derecho: el derecho penal es la última ratio en el esquema de sanciones estatales (con mucha más razón en el esquema de políticas públicas).

Raúl Zaffaroni en su última obra⁴ nos dice que se ha producido una ‘transformación regresiva’ en la política criminal, pues “del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo”. Lo cual no deja de ser caratulado como un ‘avance contra el derecho penal liberal’, que consiste en “la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor... [pero también] a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las leyes penales en blanco, etc.”

Este deterioro de la arquitectura institucional de un sistema penal en un estado constitucional de derecho que es común a casi todo Occidente, con matices que se tornan caricaturescos en los países de la América Latina, es una señal de alerta para el iuspenalismo liberal, que hasta ahora es el único que ha acusado recibo de este estado de cosas. La doctrina mayoritaria de nuestros países de habla hispana es unánime en el diagnóstico y mayoritaria en la necesidad de volver a códigos penales básicos alejados de la artificialidad de bienes jurídicos colectivos y de peligros abstractos, y del uso político social de la pena: “la responsabilidad penal –decía Sgubbi- está distribuida socialmente, y asignada artificialmente sobre la base de opciones políticas contingentes”⁵.

La República Argentina entre 2003 y 2005 fue víctima de reformas espasmódicas y oportunistas que expandieron el horizonte punitivo a niveles de irracionalidad tan manifiesta como antirrepublicana. Lo conocido como el “Fenómeno Blumberg” surgió como respuesta a un secuestro y posterior homicidio de un joven de clase media alta ocurrido en Buenos Aires en el año 2003. El padre del joven asesinado inició una campaña de activismo social para influir en la legislación penal y procesal penal argentina, que logró multitudinarias adhesiones en marchas sobre el Congreso Nacional pidiendo seguridad y justicia. Los legisladores, que históricamente nunca cumplieron con el modelo de legislador racional que había imaginado la

⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* (en prensa), 2006. Ver comentario bibliográfico de Matías Bailone en www.matiasbailone.com.ar o en Revista General de Derecho Penal www.iustel.com, España. Agradezco a Raúl Zaffaroni por la enorme gentileza de haberme hecho partícipe del proceso de su última obra.

⁵ Filippo Sgubbi, *op. cit.* Pág. 145.

Ilustración, demagógicamente accedieron a incrementar penas, punir nuevas conductas disvaliosas y hacer todo ello con una celeridad cercana a lo irresponsable. Más adelante veremos las consecuencias de este tipo de legislación espasmódica y meramente coyuntural.

2.- Los delitos de peligro abstracto.

La ley 25.886 sancionada en abril de 2004 y promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo en mayo del mismo año modifica el artículo 189 bis del Código Penal Argentino, ampliando la cuantía de las penas y tipificando nuevos delitos.

La redacción actual de dicho artículo es:

Art. 189 bis:

(1) "El que con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años. La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización, o que no pudiere justificarse por razones de uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de tres (3) a seis (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (seis) meses a 2 (dos) años y multa de mil pesos (\$1000) a diez mil pesos (\$10.000).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un (1) año a cuatro (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres (3) años y seis (6) meses, a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas, a las cuales se refieren los dos párrafos que antecedentes, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes se impondrá, además, la inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro (4) a diez (10 años).

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de cinco (5) a diez (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de un (1) año a seis (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a diez (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de dieciocho (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de diez mil pesos (\$10.000).

(5) Será reprimido con prisión de tres (3) a ocho (8) años e inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena, el que contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su numero o grabado conforme la normativa vigente, o asignare a dos (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrárá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

El artículo 189 bis es necesario recordar que está ubicado dentro del Primer Capítulo "Incendios y otros estragos", del título VII del Código Penal, cuyo bien jurídico intenta absorber aquellas conductas que ponen en riesgo la "Seguridad Pública" o la "Seguridad Común".

Lo más clásico de la doctrina iuspenalista argentina como Núñez o Soler coinciden en afirmar que el bien jurídico protegido por este Título es un estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o personas en general, siendo el sujeto pasivo siempre indeterminado.

La situación de peligro común, entonces, es determinante para la tipificación. La doctrina moderna ha demostrado una ardua preocupación por estudiar los delitos de peligro, en sus variantes de peligro concreto y de peligro abstracto. Sobre estos últimos se ha sindicado su escaso apego a la legalidad constitucional de cualquier estado de derecho que consagre el principio de lesividad.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro es sólo la motivación que indujo al legislador a la tipificación, pero no es un elemento del tipo, es más, su acaecimiento y punibilidad no dependen ni siquiera de la realización de un peligro concreto. Son generalmente delitos de pura actividad, donde ni siquiera (como en el caso de la tenencia y portación de armas de fuego, art. 189 bis, inciso segundo) el legislador incluye la expresión 'peligro' en el supuesto de hecho típico. Von Liszt dijo: "el Derecho Penal termina donde desaparece el peligro concreto"⁶.

Zaffaroni nos ha enseñado que ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles: unos insisten en que el peligro se presume iure et de iure y otros en que se trata de la existencia de un peligro del peligro. En el primer caso estaríamos frente a simples infracciones administrativas –delitos de desobediencia como los llamó Binding– y en el segundo se presentarían consecuencias inusitadas con la tentativa –triplicación de peligros: riesgo de riesgo de riesgo–⁷.

Ferrajoli explica en su 'Derecho y Razón' que los delitos de peligro abstracto presumen un peligro 'in abstracto' y se pone una mera desobediencia formal con una acción inocua en sí misma. Y alega que "estos tipos deberían ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro (*concreto*)."⁸ A la misma conclusión arriba Zaffaroni: "sólo hay tipos

⁶ Citado por Beristain, "Resultado y delitos de peligro", Revista Universidad de Madrid, 1969, p. 457.

⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar Alagia, *Derecho Penal Parte General*, 2º edición, EDIAR, Bs. As., Argentina, 2002, pág. 491.-

⁸ Lugi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Edic. Trotta Madrid, 2001, pág. 479. (El remarcado es nuestro).

de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real”⁹.

Pero, para muchos delitos de peligro abstracto, como inclusive la tenencia y portación de armas de fuego, es virtualmente imposible la transformación a tipos de peligro concreto sin caer en conceptos de derecho penal de autor.

3.- Los tipos penales del artículo 189 bis del CP Argentino.

Como indiqué en el apartado anterior el artículo 189 bis en su segundo inciso contiene los siguientes tipos penales: tenencia de armas de fuego de uso civil, tenencia de armas de guerra, portación de armas de uso civil y portación de armas de guerra.

El inciso primero se refiere a la utilización por el sujeto activo de explosivos y otros materiales de elevado poder ofensivo, la reforma de la Ley 25.886 ha incorporado a este inciso los materiales radioactivos, sustancias nucleares, sus desechos, isótopos radioactivos y materiales biológicamente peligrosos. La tipicidad de la tenencia de los mismos materiales –como novedad de la reforma- no sólo se define por ausencia de autorización legal, sino además –alternativamente- porque no pueda justificarse por razones de uso doméstico o industrial.

El inciso tercero pune el acopio de armas, piezas, municiones, tenencia de instrumentos para producirlas y la fabricación habitual e ilegal de armas de fuego. La premura y la poca atención prestada por el legislador en el momento de la sanción de la Ley 25.886, provocaron que se derogara –sin intención de hacerlo- la tenencia de municiones de guerra¹⁰. Luego de la sanción de la ley, varios legisladores argentinos salieron a ‘pedir disculpas’ por la omisión de aquel punto, que estaba en la anterior redacción del artículo 189 bis. Otro ejemplo más de la poca racionalidad legislativa que rodea a la tipificación de delitos en medio de ‘clamores populares’ de mano dura y tolerancia cero.

El descuido del legislador de dejar impune la mera tenencia de municiones de guerra, en realidad dejaría solo fuera de sanción penal muy pocos casos, ya que generalmente quien tiene municiones de guerra, también posee un arma de guerra para utilizarlas, lo que sí está penado. O en todo caso, sólo estaría impune la tenencia de pocas municiones de guerra, ya que el acopio sigue conformando un tipo penal autónomo. La distinción entre tenencia y acopio (acumular armamento) nunca fue pacífica en la jurisprudencia argentina debido a la carencia de delimitantes objetivos entre ambos conceptos. Según Núñez la mera acumulación numérica de armas de guerra no determinaría el acopio, sino que “significa tenerlas acumuladas en cantidad y modo que denotan que no se trata de uso personal o de colección”¹¹.

Finalmente el cuarto inciso del artículo 189 bis del Código Penal tipifica la provisión ilegal de armas de fuego, y el quinto la adulteración del número o grabado de armas de fuego¹².

⁹ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Op. Cit.*, pág. 492.

¹⁰ Al respecto *Cfr.* Ignacio Fabian Iriarte, “Derogación de la tenencia de municiones de guerra (ley 25.886) Un hijo inesperado de la fiebre penalizadora” en La Ley 2004-D, 536., Buenos Aires, Argentina.

¹¹ Ricardo Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, T V. Vol I, Lerner, Córdoba, pág. 76.

¹² No es la intención de este trabajo analizar en profundidad todos los tipos penales del artículo 189 bis del Código Penal Argentino. Para ello remitimos a: Guido S. Otranto, “Armas y explosivos. El nuevo régimen penal del artículo 189 bis”, La Ley del 22 de Julio de 2004, Bs. As., Argentina, pág. 1.

Volviendo al inciso segundo, se incorpora un nuevo tipo penal como la tenencia de armas de fuego de uso civil, que antes era una contravención, una mera infracción de orden administrativo. La tenencia de armas de guerra, si bien se encontraba antes de la reforma, estaba ubicada junto a la tenencia de materiales explosivos. Ahora la tenencia de armas de guerra aparece vinculada al tipo penal de tenencia de armas civiles en una relación de especialidad y por el mayor poder ofensivo de las primeras como una especie agravada.

La simple tenencia de armas (civiles o de guerra) que aquí es conminada con una desproporcionada pena privativa de libertad es una “tenencia que no tenga finalidad específica, principalmente que no se encuentre relacionada con la comisión o su contribución a delitos contra la seguridad común, (*es decir*) que no tenga una finalidad trascendente a la mera tenencia”¹³.

La tenencia implica tener el arma de fuego bajo la esfera de custodia, ejercer un señorío de hecho sobre la misma. La portación implica llevar consigo el arma. Ambas – tenencia y portación- como requisito de tipicidad deben realizarse sin la debida autorización legal.

El concepto de ‘armas’ es un elemento normativo del tipo, y como bien dice Figari, es preciso definirlo partiendo de la base de un sentido cualitativo. El mismo autor en su última obra hace un interesante recorrido sobre las definiciones genéricas de ‘armas’ que da la doctrina y algunas legislaciones¹⁴. Nuestro Código Penal en sus artículos 77 y 78 que receptan definiciones de términos utilizados en el mismo cuerpo normativo guardan silencio sobre el tema en cuestión. Figari señala que el Proyecto Tejedor (primer intento sistemático de corpus punitivo local) contenía una definición de armas, remarcando el perfil vulnerante de aquellas. Dentro de las armas propias (en virtud de su propia estructura son útiles para la ofensa o defensa) tenemos las armas de fuego que son definidas por la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos, y otros materiales relacionados de la O.E.A. (Organización de Estados Americanos) de 1997¹⁵ como: “a)cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto; b) cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohete, misil, sistema de misiles y minas”¹⁶. Diferenciar entre un arma de fuego de uso civil y un arma de guerra es una distinción normativa que surge del decreto 395/75 en su artículo 4º para la segunda y 5º para la primera.

Con respecto a la portación de armas de fuego (ya se civiles como de guerra) se han aumentado las penas con las que se conminan dichos eventos. En el caso de armas de uso civil de seis meses a tres años de prisión pasó a tener de un año a cuatro años de prisión, y en el caso de portación de armas de guerra que antes no era un delito autónomo sino punible junto a la tenencia, la pena privativa de libertad va de tres años y medio a ocho años y medio, una escala por demás exagerada.

¹³ Alejandro Tazza, “El delito de tenencia y portación de armas de fuego, entrega ilegítima de armas y adulteración o supresión de su numeración”, La Ley del día 26 de Octubre de 2004, Bs. As., Argentina, pág. 1.

¹⁴ Rubén Figari, *Robo, análisis doctrinaria y jurisprudencial*, Editorial Mediterránea, Córdoba 2006. pág. 165.

¹⁵ Ratificada por Argentina por Ley 25.449, publicada en el B.O. en el año 2001. Ver más información en Rubén Figari, *op. cit.*, Pág. 171.

¹⁶ Ver cita completa en Rubén Figari, *op. cit.* Pág. 172.

Alejandro Tazza habla de un desacuerdo en la ubicación sistemática de la tenencia de arma de fuego en los Delitos contra la Seguridad Pública, y dice que cabría mejor en el título VIII del Código Penal Argentina cuya rúbrica es: Delitos contra el Orden Público. Ello debido a la ausencia de afectación del bien jurídico seguridad común mediante las conductas del artículo 189 bis, y su alteración del bien jurídico ‘tranquilidad pública’ que ha sido definido por Soler como “la confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil”¹⁷.

4.- Una ilegal agravante de la portación de armas de fuego, y un fallo reparador.

En la última parte del inciso segundo del artículo 189 bis CP se menciona una agravante de la portación de armas de fuego de uso civil y de guerra en los siguientes casos: que el portador registre antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o que se encuentre al momento de portar el arma disfrutando de una excarcelación o exención de prisión.

Los antecedentes penales que hace mención la agravante son obviamente los condenatorios que se vinculen con cualquier delito contra las personas o con algún otro delito que haya sido cometido mediante el uso de armas, sin que resulte necesario que el uso del arma sea un elemento típico configurativo. En el segundo supuesto, podría parecer que todo procesado que se encuentre con excarcelación o exención de prisión puede resultar incluido en la agravante, pero como afirma Otranto, la ubicación de esta circunstancia junto a la anterior indica que sólo se trate de procesados por delitos contra las personas o cualquier otro delito mediando la utilización de armas de fuego.

Esta tipificación de portación agravada de armas de fuego de cualquier calibre se hace respecto de condiciones personales del autor, lo que choca fuertemente con los tipos penales de acto. Un fallo reciente del 16 de marzo de 2006 de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional declaró la inconstitucionalidad del inciso 2º in fine del artículo 189 bis del Código Penal, es decir de la agravante mentada incorporada por la Ley 25.886, en los autos caratulados “Ramirez, Luciano Nicolás procesamiento robo”.

La Cámara resolvió que la portación agravada que estamos estudiando - más allá de reconocer que tiene una deficiente técnica legislativa- es contraria a la Constitución Nacional Argentina porque establece mayor pena para el portador ilegítimo de armas en virtud de condena por delito doloso contra las personas o con utilización de armas, es decir, es una clara vulneración al principio de culpabilidad (art. 18 de la Constitución Nacional, 15 del P.I.D.C.P. y 9 de la C.A.D.H.). Aquí no se castiga al autor exclusivamente por la gravedad del hecho cometido sino que, de forma inadmisible para nuestro ordenamiento jurídico supralegal, se lo pune además por registrar antecedentes penales. Como dice el fallo “el dispositivo castiga no sólo la portación ilegítima de un arma de fuego, sino también la posesión de condenas”.

Nuestro sistema jurídico adopta un derecho penal de acto y no de autor, resultando prohibido punir personalidades, formas de ser o estados peligrosos. El precepto reputado contrario al orden constitucional, además encontraba otro escollo insalvable: el principio ‘non bis in idem’, que impide que una persona sea condenada o juzgada dos veces por el mismo hecho. Dicho principio está además en el Pacto

¹⁷ Alejandro Tazza, *op. cit.*

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966), en su artículo 14.7: “nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y procedimiento de cada país”.

Bibliografía

- BAILONE, Matías, “Rivacoba un iluminista en el siglo XX”, en *El Derecho Penal del Siglo XXI* dirigido por Raúl Zaffaroni, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2005.
- BERISTAIN, “Resultado y delitos de peligro”, Revista Universidad de Madrid, 1969.
- FERRAJOLI, Lugi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Edic. Trotta Madrid, 2001.
- FIGARI, Rubén, *Robo, análisis doctrinaria y jurisprudencial*, Editorial Mediterránea, Córdoba 2006.
- IRIARTE, Ignacio Fabian, “Derogación de la tenencia de municiones de guerra (ley 25.886) Un hijo inesperado de la fiebre penalizadora” en La Ley 2004-D, 536., Buenos Aires, Argentina.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, T V. Vol I, Lerner, Córdoba.
- OTRANTO, Guido S., “Armas y explosivos. El nuevo régimen penal del artículo 189 bis”, La Ley del 22 de Julio de 2004, Bs. As., Argentina.
- SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social*, Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal, traducción de Julio Virgolini, Editorial Abaco, Bs. As., 1998.
- TAZZA, Alejandro, “El delito de tenencia y portación de armas de fuego, entrega ilegítima de armas y adulteración o supresión de su numeración”, La Ley del día 26 de Octubre de 2004, Bs. As., Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal* (en prensa), 2006.
_____, SLOKAR ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2º edición, EDIAR, Bs. As., Argentina, 2002.

Artículos

La enseñanza del Derecho a través de la investigación

Rebeca Elizabeth Contreras López*

RESUMEN: En la línea de investigación “Vinculación de la investigación jurídica con la docencia”, la autora plantea la necesidad de utilizar a la investigación como una estrategia didáctica de enseñanza del Derecho. Esta vinculación de la investigación con la docencia exige una cuidadosa revisión curricular y modelos de docencia apropiados que articulen a los actores educativos en un proceso creativo y de descubrimiento, que dote a los *aprendices de investigación* de conocimientos, actitudes y habilidades que posibiliten un aprendizaje significativo.

Palabras clave: educación, investigación jurídica, docencia.

ABSTRACT: In the research area “The link of law research with teaching practice”, the author states the need of using research as a didactic strategy for teaching Law. This linking of research with teaching practice demands a very careful curricular revision and appropriate teaching models that wrap educational actors in a creative and discovering process that provides the research apprentices with knowledge, attitudes and abilities that make a significant learning possible.

Key words: education, law research, teaching practice.

SUMARIO: Introducción. 1. Antecedentes del modelo de enseñanza a través de la investigación. 2. Propuestas de enseñanza a través de la investigación. 3. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

Los modelos educativos contemporáneos parten de la base común de responder alternativamente a los modelos tradicionales en los que el rol del maestro es rígido, formal, unidireccional y los alumnos son meros receptores del conocimiento.

Ante las dificultades visibles de dicha concepción tradicional se han desarrollado, a lo largo de la historia, propuestas alternativas que involucran un pensamiento reflexivo, de

* Investigadora Nacional en las áreas de Derecho Penal, Política Criminal y Docencia Universitaria. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

indagación. Un aprendizaje por descubrimiento que parte de una concepción diferente del ser humano como ente pensante, curioso, imaginativo y que enfrenta la incertidumbre de lo desconocido. En esta concepción el individuo (no importa el rol que juegue en el proceso de enseñanza aprendizaje) está siempre dispuesto a indagar, a preguntar, a aceptar que no existen *verdades* absolutas, ni valores únicos e inobjetables.

En la enseñanza del derecho este tránsito hacia formas nuevas, diferentes, de enseñanza aprendizaje ha sido especialmente complicado. Ya que la visión misma del derecho, tradicionalmente, es cerrada, lineal y hasta inobjetable. Ha sido necesario remar contra corriente para incorporar nuevos modelos de enseñanza que permitan concebir: Primero, al derecho como una ciencia compleja e interdisciplinar que se vincula necesariamente con la respuesta a necesidades sociales, económicas, políticas concretas y que exige, cada vez más, construcciones diferenciadas para los nuevos retos que se le presentan. Segundo, a los actores educativos como seres pensantes, creativos que ante las dudas e incertidumbres, construyan respuestas coherentes, objetivas y creadoras.

Esto no se ha logrado. En las aulas universitarias cuando nos asomamos a la enseñanza del derecho, generalmente observamos el formalismo de siempre, el maestro “*por encima de los alumnos, diciendo la verdad*” y los alumnos como simples receptores pasivos de información. Y no es que no existan excepciones pero, por desgracia, son eso, excepciones a la regla.

En este sentido me parece importante recordar lo que John Dewey señalaba en los años treinta,

A muchas personas, tanto la suspensión del juicio como la búsqueda intelectual les producen malestar, y quieren terminar con ellas lo antes posible. Por tanto, cultivan un hábito mental superpositivo y dogmático, o tal vez sienten que la duda puede considerarse como una prueba de inferioridad mental. Cuando el examen y la prueba se convierten en investigación, precisamente entonces, aparecen las diferencias entre pensamiento reflexivo y pensamiento defectuoso. Para ser auténticos seres pensantes, debemos estar dispuestos a mantener y prolongar ese estado de duda que constituye el estímulo de la investigación rigurosa, así como a no aceptar ninguna idea ni realizar ninguna afirmación positiva de una creencia hasta que no se hayan encontrado razones que la justifiquen¹.

En mi opinión, es la utilización de la investigación como proceso creativo, lo que nos posibilita incorporar nuevos modelos educativos en la enseñanza del derecho. Modelos basados en la indagación, el descubrimiento, la reflexión.

1. Antecedentes del modelo de enseñanza a través de la investigación

El planteamiento del profesor que investiga en el aula, no es nuevo. Aparece desde los años setenta con Stenhouse² que acuñó la expresión “el profesor como investigador” y

¹ John Dewey. *Cómo pensamos. Nueva exposición de la relación entre pensamiento reflexivo y proceso educativo*, Paidós, Barcelona, 1989, p. 31.

² Stenhouse dirigió en los años 1967-1972 el *Humanities Currículo Project* dentro del movimiento de desarrollo curricular en Gran Bretaña, en los años sesenta y setenta. Cfr. Rafael Porlán Ariza. “El maestro como investigador en el aula. Investigar para conocer, conocer para enseñar”, en *Docencia e investigación en el aula. Una relación imprescindible*, CESU-UNAM, 3^a época, 92, Pensamiento universitario, México, 2003, p. 26.

que “diseñó un modelo curricular de tipo *procesual* que ponía el acento en el principio del procedimiento que gobernaría la actividad en las aulas”³.

Elliot y Adelman, citados por Porlán, introducen la técnica de la triangulación en la metodología investigativa para el aula; en ella, un observador externo ofrece datos de la relación que ocurre en el aula. Actualmente, este movimiento surgido en Gran Bretaña está constituido como Asociación Internacional de Investigación-Acción en el aula.

En Francia, hacia fines de los setenta, se configura “una corriente de investigación didáctica centrada en el estudio del aprendizaje científico de los niños”, que requiere equipos interdisciplinarios de investigación en el aula⁴.

Las aportaciones, en España, van por la línea de la formación inicial del profesorado, entre las cuales encontramos la de Gimeno y Fernández⁵, que hablan del investigador activo. Asimismo, las de Cañal, García y Porlán que se refieren a la necesidad de practicar la metodología investigativa en la formación inicial. Este nuevo modelo de profesor, implica⁶:

- a) Concebir la programación como hipótesis de trabajo en construcción permanente.
- b) Concebir la evaluación como investigación de los acontecimientos del aula, a la luz de la programación diseñada.
- c) Fomentar las actitudes científicas en los profesores.
- d) Incorporar capacidades y habilidades propias del trabajo científico. Partir, siempre que sea posible, de las representaciones y errores conceptuales de los alumnos.

Una estrategia que permite incentivar a los profesores en la formación metodológica es el conflicto didáctico que los coloca en contradicción con sus limitaciones profesionales.

Soria afirma que no todos los estudiantes nacieron para la investigación, aunque es provechoso “para la universidad, la ciencia y la sociedad ofrecer la oportunidad de desarrollar capacidades investigativas: creatividad, crítica, análisis, síntesis, rigor, disciplina, objetividad, responsabilidad, pertinencia, etc., a todos los jóvenes que ingresan a la universidad”⁷.

Los supuestos básicos, de que parte Soria, para afirmar la pertinencia de la docencia de la investigación en la universidad, se resumen así: la investigación es una actividad académica que puede enseñarse y aprenderse en los espacios educativos. Como proceso y como contenido es la suma de conocimientos, valores, destrezas y habilidades que pueden transmitirse sistemáticamente y con un grado creciente de complejidad. La investigación puede nutrir los currículos, contenidos, experiencias docentes y actividades cotidianas de toda carrera⁸.

³ *Idem*, p. p. 26 a 27.

⁴ *Idem*, p. 28.

⁵ Cfr. José Gimeno Sacristán. *Teoría de la enseñanza y desarrollo del currículo*, Anaya, Madrid, 1989, 238 p.

⁶ Rafael Porlán Ariza, *op. cit.*, p. 29.

⁷ Óscar Soria Nicastro. “Docencia de la investigación en la universidad latinoamericana. ¿Por qué esperar hasta el posgrado?”, en *Docencia e investigación en el aula. Una relación imprescindible*, LESU-UNAM, 3^a Época, 92, pensamiento universitario, México, 2003, p. 69.

⁸ *Idem*, p. 70.

2. Propuestas de enseñanza a través de la investigación

Kathy Short y otros autores proponen “*el ciclo creativo como marco curricular para la indagación*”⁹, en el que se sigue una espiral de experiencias que se construyen y se retroalimentan. No es lineal, ni unidireccional. Se parte de un tema en el que se involucran contenidos curriculares, así como los intereses y experiencias del docente y los alumnos. Un ciclo de indagación que recorre las siguientes etapas:

- Construir a partir de lo conocido
- Tomar el tiempo necesario para encontrar preguntas para la indagación
- Adquirir nuevas perspectivas
- Ocuparse de la diferencia
- Compartir lo que se aprendió
- Planificar nuevas indagaciones
- Emprender una nueva acción reflexiva

En tal sentido me parece que debemos trabajar sobre un modelo educativo que vincule el desarrollo de conocimientos, habilidades y actitudes, en los términos recomendados por UNESCO¹⁰ y en el cual, en mi opinión, se establece la necesidad de incorporar la actitud de investigación como un presupuesto básico para la formación de los actores educativos.

Entendiendo la actitud de investigación como aquella que expande las posibilidades del conocer, la que a través de la duda y la curiosidad intelectual, permite plantear problemas y romper barreras y esquemas preestablecidos; para encontrar, con fundamento y objetividad, posibles explicaciones de la realidad. En este sentido, afirmo que dicha actitud debe incluir, por lo menos, los siguientes aspectos: Diálogo y apertura, creatividad, aceptación de la diversidad, visión holística, pensamiento analítico y transdisciplinario, visión prospectiva, así como corresponsabilidad del asesor con el postulante.

Todos los actores educativos, deberán estar dispuestos a utilizar esta actitud para interrelacionarse en el aula. De ahí que, como articulación del proceso de enseñanza aprendizaje, la investigación nos permita incorporar modelos educativos que pongan énfasis en el descubrimiento, la indagación y la reflexión. De cualquier forma esto no es la panacea, ni resuelve los problemas en forma mágica, pues para ello hace falta trabajar conjuntamente, equivocarse y corregir y, en el ámbito del derecho, este camino aunque parezca exagerado, apenas empieza¹¹.

Por ello, me parece interesante que observemos los aspectos, positivos y negativos, que Ángela Barrón plantea respecto del aprendizaje por descubrimiento¹²:

⁹ Kathy Short, et al. *El aprendizaje a través de la indagación: docentes y alumnos diseñan juntos el currículo*, tr. Mariana Lazzarino, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 199.

¹⁰ <http://www.unesco.org>

¹¹ Al menos en lo que se refiere a mi propia experiencia en instituciones de educación superior y a las dificultades existentes para que la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana se incorpore al nuevo modelo educativo integral y flexible.

¹² Cfr. Ángela Barrón Ruiz. *Aprendizaje por descubrimiento. Análisis crítico y reconstrucción*, Amarú ediciones, Salamanca, España, 1997, 281 p.

VENTAJAS

- a) Naturaleza motivacional del descubrimiento
- b) Integración significativa del conocimiento
- c) Mejora de la retención del aprendizaje
- d) Mejora de la transferencia
- e) Contribución al objetivo educativo de “aprender a descubrir”
- f) Adecuación de la enseñanza a las diferencias individuales
- g) Promoción de autoconceptos positivos
- h) Aprendizaje significativo de la dinámica de la ciencia

DESVENTAJAS

- A) Aumento de tiempo y costos
- B) Aplicabilidad limitada a ciertas materias de instrucción
- C) Gran proporción de errores
- D) Confianza excesiva en las posibilidades heurísticas del alumno
- E) Deficiente evidencia empírica
- F) Inadecuada generalización para todos los individuos
- G) Confusión de medios y fines
- H) Atenta contra la funcionalidad de la institución escolar

La acción educativa responde a un plan (o debe responder) previamente formulado que plantea el qué y el cómo de la misma. Con la evaluación se va determinado el logro o no de los objetivos. Ahora bien:

Si consideramos a la enseñanza como el control de las situaciones en las que ocurre la modificación de conducta o la adquisición de una habilidad en el alumno, es importante que el educador cuente con los procedimientos e instrumentos idóneos para juzgar el grado en que se dan los cambios, tanto al final del proceso como durante el mismo. Mediante la evaluación se puede conocer hasta qué punto los alumnos han modificado su conducta como un resultado, planeado y directo de la acción educativa¹³.

En este sentido, la educación formal universitaria es eminentemente formativa; para Pedro Lafourcade se deben considerar, entre otros, los siguientes enfoques: Teórico epistemológico, interdisciplinario, histórico prospectivo, político social, científico y del quehacer investigativo y práctico para la actividad profesional¹⁴.

Asimismo, los enfoques relacionados con la actitud crítica, creativa y de compromiso social. Respecto al enfoque científico y del quehacer investigativo, Lafourcade afirma que la formación en este ámbito,

[...] no estará asegurada por la inclusión de uno o dos cursos de metodología de la investigación en el plan. Ella representará el producto de una acción sistemática, continua, avanzada en crecientes niveles de complejidad que se inicia en el primer año y, a través de la acción conjunta de todos los docentes, concluye cuando el alumno egresa. Como es obvio, para que ello ocurra, además de los cursos específicos, deberá planearse una efectiva estrategia por cohorte, de modo que sus miembros tengan la oportunidad de vivir a lo largo del plan, múltiples experiencias que desarrollen sus específicas capacidades adquisitivas¹⁵.

¹³ Laura Pérez Loredo. “La evaluación dentro del proceso enseñanza-aprendizaje”, LA ACADEMIA, Septiembre - Octubre de 1997, en http://www.hemerodigital.unam.mx/ANUIES/ipn/academia/11/sec_4.htm

¹⁴ Pedro Lafourcade “Fases de un planeamiento académico y el rol de la evaluación”, en Adriana Puiggrós y Carlos Pedro Krotzsch (comp). *Universidad y evaluación. Estado del Debate*, Cuadernos, Rei Argentina, Buenos Aires, 1994, p. p. 137 a 157, p. 139.

¹⁵ *Idem*, p. 146.

Porlán intenta definir un modelo de docencia basado en la investigación, en el cual el profesor asume el papel de “*facilitador del aprendizaje* de sus alumnos y, al mismo tiempo, como *investigador de los procesos del aula*”¹⁶.

Además de la concepción profesional del profesor investigador, el papel del estudiante en el modelo de docencia basado en la investigación también se modifica, ya que se convierte en un aprendiz de investigador. En este sentido, es fundamental tener en cuenta que el estudiante posee una estructura semántica particular, llena de significados, con la que interpreta el mundo, la escuela y su participación en el acto educativo. Además, y ello es elemental, cada uno de los aprendices presenta un desarrollo desigual que debe ser reconocido por los docentes-asesores. De ahí que, la motivación del docente, como acompañante cognitivo, debe tender a propiciar que el estudiante reciba, interprete y reconstruya la realidad de una manera propia y diferenciada.

Para Porlán, la investigación será la base de la enseñanza, si el profesor¹⁷:

- Se siente un profesional de la educación y no un mero asalariado que ha llegado a la profesión contra su voluntad, presionado por la falta de trabajo o seducido por la brevedad y la facilidad de la carrera.
- Ha sido formado de manera coherente, gratificante y eficaz para ejercer una profesión que está tan cercana a la ciencia como el arte.
- Tiene la convicción de que eso que está haciendo merece la pena para él mismo, para los alumnos y para una sociedad en la que la escuela es un fermento de transformación.
- Dentro de un contexto organizativo propicio se siente estimulado por unos compañeros e ilusionado por realizar su actividad con perfección y entusiasmo.

Saber de qué tipo de investigación se trata, qué sentido tiene la investigación, cómo se hace. Para hacer las cosas de otro modo es necesario tener ciertas condiciones de viabilidad. “Tener tiempo para investigar de forma sosegada, rigurosa y compartida”¹⁸. Tener comunidades críticas capaces de planificar, actuar, indagar y cambiar colegiadamente. Exige condiciones organizativas determinadas. Significa disponer de los medios y ayudas necesarios para llevar a cabo esa actividad de forma investigadora. En este proceso de indagación y descubrimiento como base de la enseñanza, primero se necesita saber cómo hacerlo. Disponer de la autonomía necesaria para realmente poder tomar iniciativas y reflexionar de forma eficaz.

Para una estrategia general en la formación de investigadores, Sánchez Puentes¹⁹, ofrece propuestas concretas que significan distinguir las intenciones que se tienen cuando

¹⁶ Rafael Porlán Ariza, *Op.cit.*, p. 25.

¹⁷ *Idem*, p. p. 38 a 39.

¹⁸ *Idem*, p. 42.

¹⁹ Ricardo Sánchez Puentes, “Didáctica de la investigación en la enseñanza media superior” en *Docencia e investigación en el aula. Una Relación Imprescindible*, LESU-UNAM, 3^a. Época, 92, Pensamiento universitario, México, 2003, p.p. 47 a 65.

se enseña a investigar, significa conceptualizar los fundamentos de una teoría curricular que busca:

- Enseñar a investigar para formar y promover en el estudiante una *mentalidad creadora y crítica* de modo que, en el ejercicio posterior de su profesión y en su vida normal, sepa desenvolverse propositivamente.
- Enseñar a investigar *descriptivamente*, para orientarse hacia la estructura y los procesos de las distintas fases.
- Enseñar a investigar *analíticamente*, para determinar los elementos articulantes de su proceso y desarrollo.
- Enseñar a investigar *críticamente*.
- Enseñar a investigar *prácticamente*. Para lo cual es fundamental la estrecha relación entre el tutor-investigador y el estudiante-aprendiz. De ahí que, hay que “enseñar a investigar investigando”²⁰. Ello, desde luego, no excluye el análisis de aspectos teóricos o explicaciones abstractas.

Con el objetivo de crear y desarrollar una mentalidad científica, aunque enfocada al nivel medio superior, Sánchez propone contenidos de aprendizaje enmarcados en las siguientes operaciones²¹:

- Operaciones de apertura encaminadas a reunir información y crear la destreza para realizar el acopio de datos.
- Operaciones de la expresión que incluyen la palabra y la escritura.
- Operaciones de la creatividad que enfoquen el asombro y el sentido del problema.
- Operaciones del rigor como hábito, como forma de ser, como forma de proceder.
- Operaciones vinculadas con la socialización del quehacer científico.
- Operaciones de la construcción. El investigador organiza sistemáticamente sus palabras para dar consistencia a su explicación.
- Operaciones de la estrategia que nos introducen a la categoría del tiempo. Un tiempo diferenciado que incluye germinación y maduración; desconcierto, estancamiento, o incluso, retroceso. Además configura la generación de conocimientos como un acto racional.

3. Reflexión final

Son muchos los puntos de reflexión que se derivan de estos breves planteamientos. El que me parece sustancial es el de la formación del docente que asume la investigación como una estrategia de enseñanza. Actualmente, la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana se encuentra en un proceso de transformación que requiere de la experiencia, responsabilidad y entusiasmo de todos los actores educativos. El primer paso deberán darlo los docentes comprometidos con su tiempo, que visualicen la necesidad de innovar y

²⁰ *Idem*, p. 51.

²¹ *Idem*, p. 52 y ss.

contribuir a la construcción del futuro; lo importante es que el futuro está aquí, no es el de nuestros hijos o nietos, es el nuestro. Se requieren, por supuesto, muchas cosas más. Actitudes y competencias concretas de los estudiantes, infraestructura, colaboración, apertura de la autoridad escolar y central, colaboración entre profesores, vinculación con la sociedad y el mercado laboral. Sin embargo, si no somos capaces de transformar nuestra visión de la enseñanza será improbable colaborar significativamente en este proceso. Un proceso en el cual la universidad deberá ser un actor fundamental para la construcción y el crecimiento cualitativo de su entorno social y humano.

Bibliografía

- BARRÓN RUÍZ, Ángela, *Aprendizaje por descubrimiento. Análisis crítico y reconstrucción*, Amarú ediciones, Salamanca, España, 1997.
- DEWEY, John, *Cómo pensamos. Nueva exposición de la relación entre pensamiento reflexivo y proceso educativo*, Paidós, Barcelona, 1989.
- GIMENO SACRISTÁN, José, *Teoría de la enseñanza y desarrollo del currículo*, Madrid: Anaya, 1989.
- LAFOURCADE, Pedro, “Fases de un planeamiento académico y el rol de la evaluación”, en Adriana Puiggrós y Carlos Pedro Krotsch (comp). *Universidad y evaluación. Estado del Debate*, Cuadernos, Rei Argentina, Buenos Aires, 1999.
- PÉREZ LOREDO, Laura, “La evaluación dentro del proceso enseñanza-aprendizaje”, LA ACADEMIA, Septiembre - Octubre de 1997 en http://www.hemerodigital.unam.mx/ANUIES/ipn/academia/11/sec_4.htm
- PORLÁN ARIZA, Rafael, “El maestro como investigador en el aula. Investigar para conocer, conocer para enseñar”, en *Docencia e investigación en el aula. Una relación imprescindible*, CESU-UNAM, 3^a época, 92, Pensamiento universitario, México, 2003.
- SÁNCHEZ PUENTES, Ricardo, “Didáctica de la investigación en la enseñanza media superior” en *Docencia e investigación en el aula. Una relación imprescindible*, LESU-UNAM, 3^a Época, 92, Pensamiento universitario, México, 2003.
- SHORT, Kathy, et al, *El aprendizaje a través de la indagación: docentes y alumnos diseñan juntos el currículo*, tr. Mariana Lazzarino. Barcelona: Gedisa, 1999.
- SORIA NICASTRO, Óscar, “Docencia de la investigación en la universidad latinoamericana. ¿Por qué esperar hasta el posgrado?” en *Docencia e investigación en el aula. Una relación imprescindible*, LESU-UNAM, 3^a Época, 92, Pensamiento universitario, México, 2003.

Páginas web

<http://www.unesco.org>

Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional

Miriam Elsa Contreras López *

RESUMEN: La delincuencia organizada es un problema que atañe a todos los Estados y que los vincula, ya que su actuación y consecuencias se presentan, no sólo dentro de los límites nacionales de algún país, sino en varios de ellos a la vez o consecutivamente; de ahí el concepto de delincuencia organizada trasnacional. A nivel de ordenamiento jurídico, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional señala los lineamientos que los Estados Parte deben considerar para hacer coherente su derecho interno con las disposiciones de la Convención, con la finalidad de combatir eficazmente la actividad de los grupos delictivos organizados. Esta Convención contempla varios rubros importantes, como son su objetivo, las definiciones básicas para comprender este ordenamiento, disposiciones procesales, las medidas para promover la cooperación internacional y algunos aspectos que podrían considerarse administrativos. El objetivo de esta colaboración es plantear un primer acercamiento al análisis de esta Convención, ya que representa el ordenamiento internacional específico

ABSTRACT: *Organized delinquency is a problem that concerns and binds every State, because their performances and consequences are present, not only within the national boundaries of a country, but in several at once or consecutively; from this the concept of transnational organized delinquency. At a legal ordering level, the United Nations Convention against Transnational Organized Delinquency points out the guidelines that States party must consider to make their internal law coherent with the Convention's dispositions, with the means of efficiently fighting the activity of organized delinquent groups. This Convention contemplates several important sections, such as their objective, the basic definitions to understand this ordering, process disposition, the measures to promote international cooperation and some aspects that can be considered administrative. The objective of this paper is to raise a first approach to the analysis of this Convention, because it represents the specific international ordering relative to transnational organized delinquency, which is fundamental to understand the*

* Doctora en Derecho Público. Académica de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Investigadora Nacional en el Sistema Nacional de Investigadores.

relativo a la delincuencia organizada trasnacional, lo que es fundamental para comprender el alcance de esta problemática y los esfuerzos que a nivel de legislación se están realizando para contrarrestarla.

Palabras claves: Delincuencia Organizada Trasnacional. Grupo delictivo organizado.

reach of this problem and the efforts that, at a legislative level are being made to counter it.

Key words: *Transnational Delinquency organization. Delectiv party organiced.*

SUMARIO: A manera de introducción. 1. Objetivo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional. 2. Conceptos generales y tipificación de conductas. 3. Disposiciones procesales de la Convención. 4. Medidas de cooperación internacional para procurar el cumplimiento de la Convención y el combate a la delincuencia organizada. 5. Disposiciones administrativas de la Convención. Reflexión final. Bibliografía.

A manera de introducción

Había una vez un mundo en el cual los *buenos* juzgaban a los *malos* discrecionalmente, es decir, de acuerdo a su criterio y prácticamente sin limitación alguna. Donde los *malos* eran encerrados en lugares tan seguros que ninguno podía escapar, pero donde el amor, la comprensión y las segundas oportunidades estaban prohibidas. Donde la familia de los *malos* no podía entrar y si lo hacía, no podía expresar sus sentimientos hacia la persona a quien alguna vez abrazó. Donde los *malos* perdían la oportunidad de volver a ver un amanecer porque no había ventanas en ese lugar donde se encontraban. Donde los *malos* se volvían más malos, pero sin riesgo para los demás, o al menos así se pensaba, porque estaban aislados del mundo. Pero los *buenos*, finalmente se hacían malos porque a toda costa impedían que los otros pudieran asomar la cabeza para ver el cielo...

En ese mundo, también existía *la otra cara de la moneda*, es decir aquella en la cual vivían los *buenos*, en casas parecidas a cárceles porque estaban rodeadas de cercas eléctricas y barrotes, donde estaba prohibido abrir la puerta y extender la mano al visitante, hasta en tanto no se verificara que era también de los *buenos*; donde no eran frecuentes los guardias porque los dueños de las casas ya no confiaban en ellos y donde cualquier descuido implicaba el riesgo de morir o de perder lo que se tenía, porque los *malos* esperaban la oportunidad de atacar; donde los niños no podían jugar en los parques porque los *malos* podían dañarlos o aún peor, convencerlos para que actuaran mal; donde privaba la *ley del más fuerte*, la desconfianza era el sentimiento más arraigado en las personas y era una lucha constante el poder sobrevivir...

Parece un cuento, pero pudiera ser el panorama que nos espera en la desesperada lucha que la sociedad y el Estado enfrentan contra la delincuencia organizada trasnacional. Cada vez cobra mayor actualidad el principio de la discrecionalidad de las autoridades para lograr mayor eficacia en el juzgamiento a los delincuentes, tal como se advierte en el artículo 3 numeral 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de

Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; o en el artículo 11, numeral 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional (que en adelante mencionaré como la Convención), que señala que “cada Estado Parte velará por que (sic.) se ejerzan cualesquiera facultades legales discretionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención...”

También se aprecia la tendencia hacia la negación de los beneficios penitenciarios y hacia la prisión de máxima seguridad, lo que indudablemente segregá al individuo del contexto social. Basta leer lo señalado en el artículo 3, numeral 7 de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas o en el Artículo 11, numeral 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional que dispone que dispone que los Estados Parte deben velar porque las autoridades correspondientes tengan presente la naturaleza grave de los delitos señalados en la Convención, “al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos”.

En este artículo presento un primer análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional y, en algunos aspectos, la relaciono con disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), cuyo acercamiento analítico ya fue motivo de una anterior colaboración.¹

1. Objetivo de la Convención

En el ámbito internacional, o global, la lucha contra la delincuencia organizada, o al menos la preocupación por su existencia, ha originado el surgimiento de algunas disposiciones jurídicas importantes, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional o la LFDO en México, por mencionar las de mayor interés en este momento.

La Convención deriva de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/55/25, aprobada en sesión plenaria, del 15 de noviembre del año 2000 y abierta a la firma en la Conferencia de Palermo (Italia) celebrada en diciembre del año 2000; de ahí que se le conozca como la Convención de Palermo. Contiene 41 artículos con sus respectivos numerales, sin división en títulos o capítulos; señala lineamientos relativos a aspectos sustantivos y adjetivos que, pide a los Estados Parte, consideren y apliquen.

La finalidad de la Convención (art. 1), es “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada trasnacional”. En la parte considerativa indica que la Asamblea General está convencida de que la Convención “constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional” para combatir actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico de flora y fauna silvestre en peligro de extinción, las que atentan contra el patrimonio cultural o el terrorismo. Como dice González de la Vega, “este nuevo

¹ Al respecto, ver Miriam Elsa Contreras López, “La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el contexto global (análisis exploratorio)”, en *Letras Jurídicas*, Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Año 6, número 11, Enero-Junio 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Xalapa, Veracruz, pp. 221-236

combate de las sociedades modernas contra la delincuencia organizada emergente, debe romper moldes convencionales y asumir nuevas estrategias y tácticas; de otra manera, la derrota de la sociedad es predecible y las organizaciones criminales acabarán por dominar los escenarios políticos, económicos y sociales".²

2. Conceptos generales y tipificación de conductas

El artículo 2 de la Convención señala diversas definiciones necesarias para la interpretación de sus disposiciones, entre ellas, lo que debe entenderse como *grupo delictivo organizado, delito grave, grupo estructurado, bienes, producto del delito, embargo preventivo o incautación, decomiso, delito determinante, entrega vigilada y organización regional de integración económica*. De estos conceptos, por el momento, centro mi atención en el primero y el tercero de los mencionados, para contrastarlos con el concepto que señala el artículo 2 de la LFDO, al referirse a la delincuencia organizada.

El *grupo delictivo organizado*, es "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". De este concepto se derivan algunos elementos para que exista este tipo de grupo, que serían: a) La existencia de un grupo estructurado; b) que dicho grupo cuente con **tres o más** integrantes; c) la permanencia del grupo durante *cierto tiempo*; d) el acuerdo para actuar; e) que ese grupo tenga como propósito cometer uno o más delitos graves o tipificados por la Convención; y, f) que su finalidad sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material.

El *grupo estructurado* es "un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada". Resulta complejo derivar los elementos de este concepto, ya que básicamente se establecen aspectos que se excluyen de esta definición; sin embargo, en un intento por hacerlo, tenemos: a) La existencia de un grupo, que puede ser de dos o más personas (si entendemos *grupo* como pluralidad de sujetos); b) que la formación de ese grupo haya sido intencional; y *quizá* (*si se toma en cuenta el propósito general de la Convención*) c) que ese grupo tenga como propósito cometer uno o más delitos graves o tipificados por la Convención. Respecto al tercer elemento, la alternativa, es derivar ese propósito de la disposición específica a la que se integre y entonces sólo se presentarían los dos primeros elementos del concepto que se analiza.

Por su parte, el artículo 2 de la LFDO establece que cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, permanente o reiteradamente, conductas que por sí mismas o unidas a otras tengan como fin o resultado la comisión de los delitos que ese mismo artículo señala, se sancionarán como miembros de la delincuencia organizada. Esta disposición tiene mayor semejanza con el concepto de *grupo delictivo organizado*, aunque también existen diferencias. En ambas hipótesis se establece que el grupo debe estar conformado por tres o más personas; que ese grupo no sea transitorio; que

² René González de la Vega, *Política Criminológica Mexicana*, 2^a. ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p.16

exista acuerdo entre sus miembros y que su propósito sea la comisión de delitos. Sin embargo, en el caso del *grupo delictivo organizado* se establece como finalidad, además, la obtención de un beneficio económico u otro de orden material. En tal sentido, cabe preguntarse si el caso del terrorismo siempre puede actualizar este supuesto, ya que su finalidad puede ser, sin que necesariamente excluya el beneficio económico o material, también de naturaleza ideológica. Por su parte, el concepto de *grupo estructurado* es diferente, además de ser poco claro en cuanto a su finalidad.

El artículo 3 de la Convención señala que ésta se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a los artículos: 5, 6, 8 y 23 de la misma Convención y los delitos graves que se definen en el artículo 2, cuando sean de carácter trasnacional y en ellos participe un grupo delictivo organizado.

En cuanto a la tipificación de los delitos, el artículo 5 dispone que cada Estado Parte adopte las medidas para tipificar como delito, cuando se realice intencionalmente, el acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con el propósito de obtener un beneficio económico u otro de orden material, que conlleve un acto de alguno de los participantes para continuar ese acuerdo, o cuando participe un grupo delictivo organizado; o bien, la participación en las actividades del grupo a sabiendas de su finalidad o de que contribuirá al logro de sus objetivos. Por su parte, el artículo 6 se refiere a la penalización del blanqueo del producto del delito y señala diversas hipótesis que los Estados Parte deben procurar tipificar, entre otras, la conversión o transferencia de bienes, ocultación o disimulación de la naturaleza u origen, la adquisición, posesión o utilización de bienes o la participación en estas actividades, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito. En consonancia, el siguiente numeral señala medidas para combatir el blanqueo de dinero.

El artículo 8 aborda la penalización de la corrupción y establece que se deben tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, supuestos tales como la promesa, ofrecimiento o concesión a un funcionario público de un beneficio por actuar u omitir en el cumplimiento de sus funciones, así como la solicitud o aceptación por un funcionario del beneficio relativo; o bien, otras formas de corrupción. Complementa esta disposición, el artículo 9 de la Convención, al referirse a las medidas contra la corrupción. Finalmente, el artículo 23 de la Convención, prevé la penalización de la obstrucción de la justicia, donde igualmente señala que se deben tipificar como delitos ciertas conductas **cuando se cometan intencionalmente**, por ejemplo, la inducción al falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o el cumplimiento de las funciones oficiales.

En resumen, las conductas a que se refiere la convención y que deberán tipificar los Estados Parte son, en general y siempre que se cometan dolosamente: el acuerdo para cometer un delito grave para obtener beneficio y con la intervención de un grupo delictivo organizado; el blanqueo del producto del delito; la corrupción y la obstrucción de la justicia.

En contraste, el artículo 2 de la LFDO tipifica la delincuencia organizada respecto al acuerdo para organizarse o la organización para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas autónomas o relacionadas con otras, que tengan como fin o resultado cometer delitos específicos como: 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, robo de vehículos, piratería de obras protegidas por la Ley Federal de Derechos de Autor.

Es decir, la LFDO establece una hipótesis general que consiste en la organización o el acuerdo para organizarse, pero respecto a los delitos que tengan como fin o resultado, es más específica que la Convención. No obstante, al referirse el artículo 5 de la Convención a que el acuerdo debe ser para cometer algún *delito grave*, amplía enormemente su aplicación, ya que delito grave, de conformidad con la definición que señala el artículo 2, es “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”. En tal sentido, las disposiciones de la Convención se refieren a la mayor parte de los delitos contemplados, por ejemplo, en el Código Penal Federal de México, inclusive aquellos no considerados graves para el derecho interno. En el artículo 2 de la Convención se establece, además de la referencia al artículo 5 ya mencionado, como hipótesis diversa, la aplicación respecto a los delitos graves que sean de carácter trasnacional y donde participe un grupo delictivo. Es decir, cuando se cometan en más de un Estado; o se cometan en uno pero alguna parte de su preparación, planificación, dirección o control se realice en otro; o se cometan en un solo Estado pero intervenga un grupo delictivo organizado que actúe en más de un Estado; o bien, se cometa en un solo Estado pero surta efectos en otro.

Cada Estado Parte debe adoptar (art. 10) las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por la participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado o que sean de los previstos en los artículos 5, 6, 8 y 23 ya comentados. Además, dicha responsabilidad puede ser de índole penal, civil o administrativa, e independiente a la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan perpetrado los delitos, y se deben aplicar sanciones eficaces a las personas jurídicas.

3. Disposiciones procesales de la Convención

En la Convención se incluyen diversas reglas procesales y lineamientos para que los Estados Parte procuren dar coherencia a su derecho interno con lo dispuesto en este instrumento internacional, lo cual se observa en los artículos 11 al 22, 24, 25 y 26, de los que sólo resaltaré algunas disposiciones de particular interés. Se refieren, respectivamente, a los siguientes rubros: proceso, fallo y sanciones; decomiso e incautación; cooperación internacional para fines de decomiso; disposición del producto del delito o de los bienes decomisados; jurisdicción; extradición; traslado de personas condenadas a cumplir una pena; asistencia judicial recíproca; investigaciones conjuntas; técnicas especiales de investigación; remisión de actuaciones penales; establecimiento de antecedentes penales; protección de los testigos; asistencia y protección a las víctimas; y, medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

El artículo 11 indica que se deben penalizar los delitos tipificados de conformidad con la Convención, y los cuales ya hice referencia; asimismo, que se debe velar porque las autoridades ejerzan “cualesquiera facultades legales discrecionales..” para enjuiciar a las personas y lograr eficacia en el cumplimiento de la ley; de aquí la referencia hecha en la parte introductoria de este artículo, ya que los posibles beneficios o perjuicios que este tipo de disposición puede tener, van de la mano con la preparación de las autoridades y con el tema tan ríspido de la corrupción en los diversos países, entre ellos, México. Asimismo, de conformidad con el derecho interno y considerando el derecho de defensa, al decidir la

posibilidad de conceder la libertad provisional, se garantice que el acusado comparezca ante la autoridad cuando se requiera; igualmente, al “considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional...” debe tenerse en cuenta “la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención”; aquí se advierte, aunque no se diga explícitamente, una tendencia a prolongar la privación de libertad, al señalar como eventualidad conceder esos beneficios y sobre todo, hacer énfasis en la gravedad de los delitos, los cuales para la Convención, son los que tengan una pena máxima de al menos cuatro años de prisión. Así como que se establezca un plazo de prescripción prolongado y mayor, si el presunto delincuente eludió la administración de justicia.

Otras reglas se refieren a la autorización del decomiso y sobre qué bienes o productos, aún documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que pueda argumentarse el secreto bancario para incumplir esta disposición; inclusive, la posibilidad de exigir al *delincuente* que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito u otros bienes expuestos al decomiso (art.12). Aquí se arroja la carga de la prueba al sujeto activo e indirectamente se libera al Ministerio Público de la obligación de justificar que esos bienes tienen un origen ilícito. El artículo 13 describe cómo deben actuar los Estados cuando reciban una solicitud de otro que tenga jurisdicción para conocer de un delito, con miras al decomiso.

Para la disposición del producto del delito o de los bienes decomisados (art. 14), se da prioridad a la devolución de éstos al Estado Parte requirente, para la indemnización a las víctimas del delito o devolverlos a sus propietarios; aportar el valor de la venta a organismos intergubernamentales; o bien repartirlos con otros Estados.

En cuanto a la Jurisdicción (art. 15), cada Estado Parte adoptará medidas para establecer su jurisdicción respecto a los delitos que se cometan en su territorio; a bordo de un buque o aeronave nacional; se cometa contra uno de sus nacionales; o se cometa por persona nacional o apátrida pero con residencia habitual en su territorio. Asimismo, cuando el delito este tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención, se cometa fuera de su territorio pero con miras a cometer un delito dentro de éste. Sin embargo, existen casos más rigurosos en cuanto al establecimiento de la jurisdicción, que no se basan, como en las anteriores hipótesis, ni en la nacionalidad de las personas involucradas, ni en el lugar de comisión o efectos del delito, sino en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por ser uno de sus nacionales o por cualquiera otra causa. Los Estados Parte deberán consultarse y coordinarse cuando realicen una investigación, proceso o actuación por los mismos hechos.

Establece (art. 16), los casos y requisitos para que proceda la extradición de una persona; así como la posibilidad de celebrar acuerdos o tratados para el traslado, de un Estado a otro, de personas condenadas a pena privativa de libertad (art. 17). Promueve la asistencia judicial recíproca (art. 18) respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, así como cuando se sospeche que el delito es de carácter trascendental; o cuando las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de un delito se encuentren en el Estado Parte requerido y la investigación o proceso se realice en el Estado Parte requirente; sobre todo, para efectos procesales, como recibir testimonios o declaraciones, desahogar pruebas, entregar documentación, entre otros; respetando el carácter confidencial de las pruebas o elementos que se proporcionen, cuando así se haya

solicitado; incluso se puede trasladar a una persona, previo su consentimiento, que esté privada de su libertad en un Estado, para que coadyuve o intervenga en un proceso o actuación judicial que deba realizarse en otro; o en su caso, que su participación se efectúe a través de videoconferencia. Esto puede ser denegado, fundando adecuadamente esta negativa.

Los rubros de investigaciones conjuntas y técnicas especiales de investigación (arts. 19 y 20), indican que debe considerarse la posibilidad de establecer órganos mixtos de investigación cuando éstas, los procesos o actuaciones deban realizarse en más de un Estado; pudiendo utilizar las entregas vigiladas, la vigilancia electrónica o las operaciones encubiertas, entre otras técnicas de cooperación en el plano internacional.

Los Estados Parte pueden remitirse actuaciones penales, “con miras a concentrar las actuaciones del proceso (art.21). Esto implica considerar la invasión de competencias que pudiera presentarse, la vulneración de las garantías de los inculpados y las reglas procesales de derecho interno, pues pareciera ser que pueden acumularse procesos que corresponden a distintas jurisdicciones y se ventilan en Estados diferentes. Sánchez Sandoval ubica aspectos similares, dentro de los que denomina nuevos principios del derecho penal trasnacional, y específicamente en el de la competencia jurídico-penal trasnacional.³ La Convención (art. 22) presenta la posibilidad de tomar en cuenta los antecedentes penales o alguna previa declaración de culpabilidad hecha por una persona en un Estado diferente.

Se pone énfasis en las medidas para proteger a los testigos y sus familiares o allegados del peligro que implica declarar en contra de quienes forman parte de la delincuencia organizada(art. 24), inclusive para reubicar a estas personas, o a las víctimas que actúen como testigos. En este tenor, también se pone énfasis en la asistencia y protección que deben proporcionarse a las víctimas de los delitos a que se refiere la Convención, e igualmente para que obtengan la indemnización o restitución que procedan (art. 25).

Se debe alentar (art. 26) a quienes participan o hayan participado en grupos delictivos organizados para brindar información y ayuda a las autoridades para identificar, ubicar, privar de recursos, etc. a las organizaciones delictivas; a cambio de mitigar la pena que les corresponda o concediéndoles inmunidad; similar a lo que dispone la LFDO en el capítulo séptimo sobre la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada⁴. Para Cruz Gómez, “la colaboración es uno de los instrumentos de investigación penal clave en el combate a la delincuencia organizada, porque ¿quién más pede tener información privilegiada de las estructuras, modos de operación, ámbitos de actuación e identidad de los delincuentes organizados que alguien que haya pertenecido a la delincuencia organizada?”.⁵

³ Este autor expone los que considera nuevos principios del derecho penal posmoderno trasnacional, en Augusto Sánchez Sandoval, “La política criminal trasnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los Estados”, en *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las Políticas trasnacionales de Seguridad*, UNAM posgrado de Derecho, México, 2003, pp. 1 a 11

⁴ Artículos 35 a 39 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁵ María Concepción Cruz Gómez, “Instrumentos de Investigación Penal”, en *Delincuencia Organizada*, Rafael Macedo de la Concha (Coord.), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, pp. 19-35, p.25

4. Medidas de cooperación internacional para procurar el cumplimiento de la Convención y el combate a la delincuencia organizada

Algunas medidas relativas a la cooperación entre los Estados Parte para cumplir los ordenamientos legales y la propia Convención se indican en los artículos 27 a 32, 34 y 35. Colaborar (art. 27) para aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley para combatir los delitos que refiere la Convención, facilitando el intercambio de información; apoyando a otros Estados para realizar indagaciones; intercambiar personal, celebrar acuerdos; y hacer frente a los delitos cometidos a través de elementos tecnológicos.

La colaboración con científicos y académicos para analizar las tendencias de la delincuencia organizada (art. 28); lo que es relevante ya que en la mayoría de los casos los esfuerzos académicos y de investigación científica no son tomados en cuenta, por lo cual quedan exclusivamente en el ámbito de las ideas pero sin reportar beneficios tangibles.

Formular y desarrollar programas de capacitación para el personal y autoridades involucradas en la prevención, detección, vigilancia, acopio de pruebas, protección a víctimas, etc. (art. 29). Promueve (art. 30) la cooperación de los Estados Parte para fortalecer sus capacidades para prevenir y combatir a la delincuencia organizada trasnacional y apoyarse financiera y materialmente. Establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada trasnacional y reducir sus posibilidades de actuación (art. 31); elaborar normas y procedimientos al respecto; prevenir la utilización indebida de personas jurídicas a través, entre otros mecanismos, del establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, gestión y financiación de personas jurídicas, o de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas.

Dispone (art. 32) que se establezca una Conferencia de las Partes en la Convención para mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada trasnacional, y promover y examinar la aplicación de la Convención; señalando las funciones básicas de la Conferencia. Cada Estado Parte deberá tomar las medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención (art. 34).

En el artículo 35 se establece que las controversias que puedan derivar de la interpretación o aplicación de la Convención, deberá resolverse a través de la negociación, o en su caso, someterse a arbitraje u oportunamente a la Corte Internacional de Justicia.

5. Disposiciones administrativas de la Convención

Otras disposiciones pueden considerarse administrativas y no son de particular interés, por lo que sólo señalo que se refieren a los servicios de secretaría que prestará el Secretario General de las Naciones Unidas a la Conferencia de Partes (art. 33); fechas y reglas para la firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión (art. 36); la relación con los protocolos que la puedan complementar (art. 37); el plazo y condiciones para su entrada en vigor (art. 38); los requisitos para proponer enmiendas (art. 39); el procedimiento, plazos y efectos de la denuncia de la Convención (art. 40); y, la designación del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario de la Convención, así

como los idiomas en los cuales se redactaron los textos auténticos de la Convención (art. 41).

Reflexión final

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, establece lineamientos importantes para comprender las tendencias que se marcan en el combate al crimen organizado. El reconocimiento formal de que la delincuencia organizada actúa a nivel trasnacional y que las medidas para contrarrestarla deben igualmente asumirse en un marco de colaboración internacional, es relevante. La Convención incluye una explícita aceptación de algunos aspectos de gran relevancia en el tema, como la trascendencia de la corrupción para la fortaleza de los grupos delictivos organizados; la utilización de personas jurídicas para lograr fines ilícitos; las facultades discretionales de las autoridades; la negación de beneficios de ejecución; el incremento en los plazos para la prescripción; el destino de los bienes o productos del delito; los problemas de jurisdicción; la cooperación que los Estados Parte deben lograr para eficientar la prevención, investigación, proceso, ejecución y demás cuestiones relativas a su actuación contra el crimen organizado; la promoción para que los mismos integrantes de la delincuencia organizada colaboren con las autoridades y como contrapartida se les otorgue protección, disminución de penas e incluso inmunidad; etc.

Falta mucho por hacer, incluso para lograr que el derecho interno de cada Estado Parte sea coherente con los lineamientos de la Convención, un ejemplo se advierte en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en México, que es un ordenamiento anterior a la propia Convención, y que a partir de su publicación⁶ no ha sido sustancialmente reformada; el problema que representa el crimen organizado se incrementa cada día más y el mundo imaginario que señalé al inicio de este articulo es inminente, si no es ya una realidad para algunos o muchos seres humanos, puede parecer exagerado, pero lamentablemente real, en mayor o menor medida, que “la globalización no globaliza los derechos humanos. Lo que hace es globalizar los derechos inhumanos y las injusticias humanas”.⁷ En México, como en el resto del mundo, los límites territoriales no nos protegen ya de este escenario.

⁶ *Diario Oficial de la Federación* de 7 de Noviembre de 1996

⁷ Vandana Shiva, “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en *La globalización de los derechos humanos*, Matthew J. Gibney (editor), Tr. Helena Recassens Pons, Ed. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 95-121, p. 97.

Bibliografía

CONTRERAS LÓPEZ, Miriam Elsa, “La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el contexto global (análisis exploratorio)”, en *Letras Jurídicas*, Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Año 6, número 11, Enero-Junio 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Xalapa, Veracruz.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena Austria, 20 de diciembre de 1988, ratificado por México 11 de Abril de 1990. Diario Oficial de la Federación, 5 de septiembre de 1990.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/55/25, 62^a Sesión plenaria, 15 de noviembre del año 2000.

CRUZ GÓMEZ, María Concepción, “Instrumentos de Investigación Penal”, en *Delincuencia Organizada*, Rafael Macedo de la Concha (Coord.), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René *Política Criminológica Mexicana*, 2^a. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, “La política criminal trasnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los Estados”, en *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las Políticas trasnacionales de Seguridad*, UNAM posgrado de Derecho, México, 2003.

SHIVA, Vandana, “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en *La globalización de los derechos humanos*, Matthew J. Gibney (editor), Tr. Helena Recassens Pons, Ed. Crítica, Barcelona, 2004.

La interdisciplinariedad en la enseñanza del Derecho y en el Derecho Penal

María del Pilar Espinosa Torres *

RESUMEN: En este trabajo se realiza un cuestionamiento sobre la interdisciplinariedad en el derecho, una revisión histórica de los contenidos curriculares en la escuela y facultad de derecho de la Universidad Veracruzana desde el siglo XIX y un esbozo de las posibilidades de ese enfoque en el derecho penal.

Palabras claves: Interdisciplinariedad, transdisciplinariedad.

ABSTRACT: In this paper a questioning about interdisciplinarity in law is made, a historical revision of the curricular contents in the Universidad Veracruzana law school and campus since the XIX century and an outline of the possibilities of that approach in penal law.

Key words: Interdisciplinarity, Transdisciplinarity.

SUMARIO: Introducción. 1. Pluridisciplinariedad, Interdisciplinariedad y transdisciplinariedad. 2. La interdisciplinariedad en la enseñanza del derecho. 3. La interdisciplinariedad en los planes de estudio de la escuela y facultad de derecho de la Universidad Veracruzana. 4. La interdisciplinariedad en el derecho penal. Reflexiones finales.

Introducción

La tendencia a la especialización es muy antigua, Aristóteles ya distinguía entre algunas ciencias como la biología, la física, y como partes de la filosofía, la psicología y la antropología. En la Edad Media se clasifican las disciplinas existentes con una gran sistematización. Jeremías Bentham donó su cuerpo para el estudio científico, desarrollándose la anatomía. Al establecerse las Universidades se fijaron cotos limitantes para cada especialidad. Sin embargo, desde el siglo XVI se intentó compendiar cada una de manera enciclopédica, pudiéndose referir a una tendencia enciclopédica general o por áreas.

* Investigadora Jubilada de la Universidad Veracruzana.

No obstante, ante la extensión de los conocimientos y la imposibilidad de dominar un gran campo de estudio, fue necesario abandonar relativamente el enciclopedismo y optar por la especialización dentro de cada disciplina, recomendando circunscribir un objeto de estudio, ya que según el dicho “quien mucho abarca, poco aprieta”. Ante esta orientación, en muchas ocasiones se pierde de vista el todo. Un oculista solo sabía de ojos, un traumatólogo de huesos lastimados. En el derecho sucedió lo mismo, cada vez se dividieron mas las ramas del saber jurídico. Un penalista podría saber de teoría de la ley, teoría del delito, teoría de la pena o procesal penal, pero no de derecho civil o mercantil. Con la globalización, en cambio, se insiste en el conocimiento holístico e integral. ¿cuál es la situación que prevalece y debe prevalecer en nuestros días? Esto es lo que intentamos dilucidar en este trabajo.

1. Pluridisciplinariedad, interdisciplinariedad y transdisciplinariedad.

Es indispensable clarificar estos tres términos: La pluridisciplinariedad no hace otra cosa que reunir expertos unidisciplinarios, cada uno de los cuáles realiza un diagnóstico y presenta su informe de acuerdo a su ámbito disciplinario. Por otra parte la transdisciplinariedad se da cuando un sistema-objeto puede ser abordado por varias disciplinas que se intersectan unas a otras con sus saberes, discursos y explicaciones. Por ejemplo un estudio de un ecosistema, donde la geología, geografía, climatología, física, química, biología, demografía, sociología y otras convergen hacia la descripción no de un objeto sino de un sistema complejo, de un problema global. Los conocimientos y discursos de ese estudio son transversales. Ejemplos del primer tipo sería un estudio sobre la eutanasia en el cual confluyen los enfoques de un filósofo, de un jurista, de un sociólogo, de un sacerdote, cada uno dando su punto de vista. Esto es lo que por lo general se hace en las mesas redondas.

Según Jaime Francisco Coaguila Valdivia,¹ la pluridisciplinariedad consiste en que a propósito de un objeto de estudio, una serie de disciplinas diferentes desarrollan sus puntos de vista específicos de manera yuxtapuesta. La transdisciplinariedad procura abandonar los puntos de vista particulares de cada disciplina para producir un saber autónomo de donde resulten nuevos objetos y nuevos métodos. La interdisciplinariedad se opera a partir del campo teórico de una de las disciplinas presentes, la cual desarrolla unas problemáticas y unas hipótesis que se entrecruzan parcialmente con aquellas que elabora por su lado la otra disciplina. Manuel Atienza entre otros autores, propone un estudio de este tipo entre el derecho y la antropología, la psicología, la historia, la sociología, el análisis económico, la lógica jurídica y la informática, afirmando que desde las teorías y métodos de esas disciplinas se puede aplicar, desarrollar y sistematizar el derecho positivo. De ahí que Atienza, citado por Coaguila,² afirme que existen cuatro perspectivas desde las cuales estudiar el derecho: la perspectiva estrictamente jurídica (dogmática), la de determinadas ciencias humanas o sociales que dan lugar a otras tantas disciplinas jurídicas y no solo jurídicas (sociología jurídica) y la perspectiva de determinados métodos que no

¹ Internet, voces derecho, transdisciplinariedad, yahoo.com (Consulta del 16 de mayo de 2005)

² La obra a la que se refiere es *Introducción al estudio del derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, una obra esencial para los juristas.

llegan a configurar otra nueva disciplina jurídica sino que tratan de incluirse en las ya constituidas (teoría de los juegos) y finalmente la perspectiva de las ciencias formales, por ejemplo la de la informática y la de la filosofía. Todavía siguiendo a Coaguila Valdivia, encontramos que la corriente de los *critical legal studies*, en el derecho norteamericano está a la búsqueda de articulaciones entre la literatura, la filosofía, el derecho y los problemas políticos institucionales.

Una de las propuestas más prometedoras de interdisciplinariedad ha sido desde el punto de vista de la antropología a través de los estudios de género, los cuales se han enriquecida con la perspectiva del deconstructivismo en el cual se destaca el binomio mujer y se le da voz en la petición de sus demandas, olvidadas por siglos con el predominio del patriarcado.³

Según el Boletín del Instituto de Pensamiento Holístico Planetario,⁴ la pluridisciplinariedad consiste en el estudio del objeto de una sola y misma disciplina por medio de varias disciplinas a la vez. La interdisciplinariedad es la transferencia de métodos de una disciplina a otra. Hay tres grados: a) un grado de aplicación, ejemplo métodos de la física nuclear transferidos a la medicina conducen a la aparición de nuevos tratamientos para el cáncer. B) un grado epistemológico, por ejemplo la transferencia de los métodos de la lógica formal en el campo del derecho. C) un grado de concepción de nuevas disciplinas, ejemplo la transferencia de los métodos de la matemática en el campo de la física ha engendrado la físico-matemáticas; de la física de las partículas a la astrofísica se ha dado la cosmología cuántica; de las matemáticas a los fenómenos meteorológicos o de la bolsa. Tanto la pluri como la interdisciplinariedad sobrepasan las disciplinas pero su finalidad queda inscrita en la investigación disciplinaria. La transdisciplinariedad por su parte concurre a lo que simultáneamente es entre las disciplinas pero va también a través y más allá de ellas. Su finalidad es la comprensión del mundo presente, uno de cuyos imperativos es la unidad del conocimiento. Los tres pilares de la transdisciplinariedad son el nivel de realidad, la lógica del tercero incluido y la complejidad, niveles que determinan la metodología. Al decir de este documento, estas modalidades de la investigación se ponen de manifiesto por ejemplo en el acompañamiento de los moribundos.

La transdisciplinariedad, de acuerdo al documento de trabajo del Fondo de Fomento Institucional,⁵ producción de conocimiento, y siguiendo a Alfonso Borrero, Edgar Morin y Nicolescu, es una perspectiva que propone considerar una realidad multidimensional estructurada en múltiples niveles que sustituye la visión de una realidad unidimensional del pensamiento clásico...se trata de un nivel máximo de integración de las ciencias donde se borran las fronteras de cada una... en este sentido, surgen no sólo nuevos campos de trabajo y nuevos conocimientos sino nuevas disciplinas articuladas, como en el caso de los estudios culturales.⁶

³ Como ejemplo, Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.

⁴ Año 1, no. 2, dic. 2002. Perú bhnzy.8k.com, traducción del francés por Consuelo Falla Garmilla. Escuela Nacional de Trabajo Social, UNAM. (Consulta del 16 de mayo de 2005)

⁵ Concurso 2003, Raul Motta, "Complejidad, educación y transdisciplinariedad", Internet, voz transdisciplinariedad. (Consulta 17 de mayo de 2005)

⁶ Edgar Morin, exponente del pensamiento complejo, para concebir la política contemporánea propone extraer los elementos radicales del marxismo (la producción), del freudismo (la psique), del cristianismo (el amor), de

Como acertadamente señala Leticia Heras Gómez⁷ El problema consiste en cómo construir y restituir las disciplinas de manera que se eliminen sus estructuras fundacionales innecesariamente limitantes y paralelamente retener la vitalidad propia de su campo de investigación para que el conocimiento se amplíe y el rango de sus posibilidades constituyan una actividad intelectual legítima.

2. La interdisciplinariedad en la enseñanza del derecho

La complejidad de los estudios transdisciplinarios nos hace considerarlos como una meta todavía remota en el derecho, calificada por algunos de utópica, sin embargo la interdisciplinariedad ha sido trabajada ya con buenos resultados aunque es un punto pendiente en la revisión de los planes de estudio de las Facultades de Derecho y en especial en la de la Universidad Veracruzana. Las instituciones modernas incluyen un número mayor de materias no jurídicas, con cursos de metodología específica para abordarlos. Ejemplos de estudios interdisciplinarios son los realizados por el doctor en medicina Fernando Cano Valle sobre medicina y derecho en la UNAM, otros se centran en la biodiversidad o la biotecnología (en donde confluyen la psicología, la biología, la ética, la medicina, la antropología cultural y el derecho), alimentos transgénicos, soberanía alimentaria, derecho nuclear, derecho de la comunicación, derecho e información, derecho comunitario (derecho y política), derecho y arte (en sus múltiples manifestaciones, por ejemplo en el cine) y derecho y literatura. Otros ejemplos de estudios interdisciplinarios son los que encontramos entre filosofía y derecho en la colección de la Editorial Fontamara. Ya García Maynez en su *Introducción al derecho*, al ilustrar con sus círculos secantes consideraba tres enfoques en el estudio del derecho: el normativo, el sociológico y el axiológico, mismos puntos de vista de la famosa teoría trialista de Miguel Reale.⁸ Como fenómeno complejo, el derecho debe producirse y estudiarse en relación con otras disciplinas en un plan de interrelación y con miras a la transdisciplinariedad, así lo hace notar Martí de Gidi, siendo materias imprescindibles la antropología, la biología, la psicología, la historia, la economía, la ciencia política, la historia del derecho, la sociología, la lógica, la literatura, las ciencias de la comunicación, la informática y la filosofía, sobre todo la ética.⁹

la ciencia (cientificismo), que considera elementos radicales de una antropo-política. *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Barcelona, España, 2002, p.p. 55,56.

⁷ *La interdisciplinariedad...enfoque imperativo para la educación en México*, Ganadora del 2º lugar, Concurso ANUIS, 1998. Internet, voz transdisciplinariedad.

⁸ Miguel Reale, *Fundamentos del derecho*, Buenos Aires, De Palma, 1976.

⁹ Luz del Carmen Martí de Gidi, “Un ensayo transdisciplinario acerca del derecho a la información, en *Letras Jurídicas*, Colegio de Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, año 2, no. 5, enero-junio de 2002, pp. 121 -137.

3. La interdisciplinariedad en los planes de estudio de la Escuela y Facultad de derecho de la universidad veracruzana

En los planes de estudio de la Escuela, (después Facultad de Derecho de Veracruz, al crearse en 1944 la Universidad Veracruzana), se incluyeron desde el siglo XIX casi exclusivamente materias jurídicas, incluyendo excepcionalmente algunas de otras áreas¹⁰. En 1830 se impartían sólo dos materias, civil y canónico; en 1843, de acuerdo al plan nacional de jurisprudencia pertenecían a la carrera del foro: derecho natural y de gentes, derecho público y principios de legislación, elementos de derecho romano, derecho civil y criminal, derecho canónico y práctica. En 1854, también sujetos a un plan nacional aparecen nuevas materias: introducción al estudio del derecho, derecho patrio, inglés, procedimientos judiciales, internacional privado, *literatura general*, derecho público, administrativo, *elocuencia forense*, (ante la existencia del jurado popular) análisis de obras de este género, derecho mercantil, *economía política*, *filosofía del derecho*, legislación comparada e historia de los tratados. Observamos dentro de este seriado, inglés, la elocuencia forense, la literatura general, la economía política y la filosofía como materias no jurídicas.

En 1872, se promulga un plan estatal de estudios superiores con la siguiente currícula para los estudios de abogado: *economía política*, principios de legislación, derecho natural, internacional, administrativo, constitucional de la república y del estado, romano, civil, penal, militar, mercantil y leyes sobre minería y procedimientos judiciales vigentes. Nótese como predominan las jurídicas, salvo la inclusión del derecho romano, necesariamente interdisciplinaria con la historia. Se reflejan los acontecimientos de las épocas precedentes, se había promulgado la Constitución de 1857 y la minería era una actividad intensa en todo el país. A este plan sigue el de 1875 en la que resurgen materias como derecho patrio, legislación comparada, estudio especial de los códigos del estado, se implantan las de *medicina legal* y derecho marítimo. Desde esa fecha hasta el plan vigente en 1980 hasta la fecha (2006) la materia de medicina legal permanece, siendo una de las pocas disciplinas no jurídicas. En 1883, dentro del último plan del siglo XIX resurge la materia de introducción al estudio del derecho bajo la denominación de prolegómenos de derecho y se implanta la de legislación fiscal, ambas jurídicas.

En el siglo XX, dentro del plan de la Escuela Libre de Derecho, institución particular creada en 1918 ante la desaparición de los planteles oficiales de la enseñanza superior en el estado, se impartían las siguientes materias: derecho civil, *economía política*, *sociología*, prolegómenos de derecho, constitucional y romano. Sociología es la materia no jurídica que aparece ahora. El 25 de junio de 1920, al establecerse la Escuela de Derecho del Estado, en realidad reconocimiento de esa Escuela Libre de Derecho, se promulga el plan de estudios que básicamente perdurará hasta la fecha, con modificaciones leves. Primer Año: *Principios de sociología*, *Economía Política*, Derecho Romano y Derecho Civil; Segundo Año: *Economía social* y legislación obrera, Derecho Romano II, Derecho Civil II; Tercer Año: Derecho civil III, Derecho Penal I, Procedimientos civiles; Cuarto

¹⁰ María del Pilar Espinosa Torres y Marta Silvia Moreno Luce. *Los planes de estudio de la escuela y facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. 1830-2000*. Xalapa, Veracruz, Facultad de Derecho, 2001.

Año: Segundo curso de derecho penal y nociones de derecho militar, derecho mercantil, derecho internacional público, procedimientos penales, mercantiles y federales; Quinto Año: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional privado, filosofía del derecho y *medicina legal*. En el año de 1937 se modifica el plan de estudios, manteniéndose la mayoría de las materias y añadiéndose teoría del estado, derecho agrario y amparo, reaparecen introducción al estudio del derecho y se modifica la denominación de la relativa a legislación obrera a derecho obrero. El plan de estudios de 1940 fragmenta los cursos sin adiciones importantes en relación a inclusión de materias no jurídicas; en la reforma de 1954 sólo se adiciona una materia de seminario de tesis, requisito existente desde 1883. En 1964, otra reforma cambia el sistema de enseñanza anual por semestral, con la pretensión de fraccionar la información en bloques. En 1967 se realiza una reforma al plan del 64, incluyéndose la asignatura de *dentología jurídica*, suprimiéndose al siguiente año, ante los criterios cambiantes de la Junta Académica de la Institución, misma que al inicio consideró que correspondía a la facultad la formación ética del estudiante y después se pensó que era innecesario en este nivel profesional. También se adicionó la materia de teoría del proceso, eminentemente jurídica. Se suprime otras y se añade a la de sociología el calificativo de jurídica.

Un nuevo plan se aprueba en el año de 1969 regresando al plan anual e implantando dos materias optativas, entre las cuales aparecen algunas novedosas como patentes y marcas y una no jurídica, criminología. En 1973 se da un nuevo viraje hacia el plan semestral con 35 materias, 24 obligatorias y 11 optativas distribuidas en 53 cursos en ocho semestres, ya que se implanta un Año Propedéutico General para el Área de Humanidades. Este plan fue realmente novedoso tanto en técnicas de enseñanza como en contenidos, impulsando la orientación hacia estudios de postgrado.¹¹ La inclusión de las opciones iba encaminada preferentemente, al decir de los autores del proyecto a ofrecer áreas de especialización dentro de la carrera. Algo muy bueno, pero con la desventaja de no existir coherencia ni estudios de oferta de trabajo, por lo cual al egresar, no era posible encontrar acomodo en aquello en lo que se había supuestamente especializado. Aquí encontramos la pretensión de cambio hacia la especialización, aún cuando todavía predomina el enciclopedismo. Dentro de las nuevas materias incluidas en el bloque obligatorio, las no jurídicas fueron teoría económica, sociología jurídica, historia del derecho y teoría política (ésta en sustitución de la de teoría del estado, en la cuál se hacían breves alusiones al pensamiento político desde la antigüedad hasta la época moderna). Se establecieron cuatro bloques de materias opcionales, en las cuales había varias no jurídicas: derecho privado, derecho público y ciencias políticas, derecho social y derecho penal. Mencionamos sólo algunas demostrativas de la interdisciplinariedad: partidos políticos y grupos de presión, derecho de integración, teoría del poder, propaganda y opinión pública, política exterior, clases sociales, estadística criminal. Se mantuvieron criminología e historia del derecho.

Finalmente, en 1980 se aprobó un nuevo plan de estudios, que volvió a la tendencia enciclopedista, con ocho semestres de estudio. Se mantiene teoría económica, teoría política y medicina forense como materias no jurídicas. Historia del derecho se cambia a derecho romano. En este recorrido observamos un intento gradual por incluir disciplinas no jurídicas, pero al final predomina el estudio especializado. ¿dónde quedan los estudios

¹¹ Cfr. María del Pilar Espinosa Torres y Marta Silvia Moreno Luce, *Los planes de estudio...p. 47 y ss.*

interdisciplinarios? Dentro de cada una de las materias, aun cuando la inclusión sea forzada o no pertinente, por ejemplo derecho del consumidor dentro del derecho mercantil, si es que el maestro ha hecho estudios de ese tipo. Se consideró en ese entonces que era en los postgrados en donde se debían hacer esas especializaciones. Consideramos urgente hacer una reforma al plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y a similitud con el programa de CENEVAL, incluir materias novedosas, jurídicas y de otros campos relacionados. En este programa, a nivel nacional, se incluyen dentro de la materia de filosofía del derecho argumentación y lógica jurídica, separadamente historia del derecho mexicano y denominándolas “ciencias auxiliares” las de sociología y economía.

Haciendo un resumen de las materias no jurídicas e interdisciplinarias dentro de los planes de estudio mencionados, encontramos las siguientes: literatura general, elocuencia forense, economía política, filosofía del derecho, medicina legal, sociología, economía social, sociología jurídica, criminología, historia del derecho y teoría política. Debemos recalcar la ausencia en el plan vigente de la materia de sociología general o sociología jurídica. La problemática de la interdisciplinariedad entre el derecho y otra disciplina es que surgen dos visiones, cada una desde el punto de vista del especialista, dificultándose en muchas ocasiones la integración o el énfasis entre la utilidad de dichos estudios.

En la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, ha habido pocos profesionistas no licenciados en derecho, sobre todo médicos y algún economista. Hace poco ingresaron algunos filósofos y sociólogos. Durante los años 40 fue famoso un doctor, Gustavo Rodríguez, quien impartía la clase de medicina legal y difundía las teorías lombrosianas, apenas llegadas a México. Sus disertaciones eran muy aceptadas por los estudiantes, además de establecer relaciones de cordialidad con ellos. Desgraciadamente los aportes hacia el derecho penal no eran muy afortunadas. Predominaban las creencias en que dependiendo de la presencia de determinados rasgos se estaba predispuesto al crimen. Fue famosa su versión de la teoría del color verde, en la cual el maestro afirmaba que si un hombre (y tal vez mujer) tenía predilección por ese color era homosexual y este por *anormal* tenía tendencias delictivas.

La clasificación tradicional del derecho en dos grandes ámbitos, público y privado y después la adición del social, no ha resistido el embate actual de la crítica hacia la dificultad de delimitar esas esferas, algunas propuestas van en el sentido de hablar de ramas o tener en cuenta la institución principal o los sujetos protegidos, por ejemplo derechos humanos, derecho empresarial, derecho corporativo, derecho notarial o derecho del consumidor. Algunos posgrados del país ofrecen estas opciones, sin embargo a nivel de planes de estudio en las universidades se mantiene dicha clasificación, incluyendo nuevas materias de cuestionada autonomía.

Es parte de la historia notable de los estudios de derecho en Veracruz, hacer mención de un doctorado instaurado en 1942 en la Escuela de Derecho del Estado, de efímera vida. Según el reglamento para dichos cursos, el denominado Doctorado Jurídico se cursaría en un período mínimo de dos años, con tantas especialidades como se requirieran. Se debería constituir una Escuela Superior de Ciencias Jurídicas, denominada Escuela Doctoral en Derecho. Solo funcionó el Doctorado en Ciencias Penales y por una sola generación. En el Primer Año se llevaron las siguientes materias: Criminología, biología criminal, endocrinología, historia del derecho penal mexicano y comparado, penología, parte general de derecho penal y parte especial de derecho penal. En el Segundo Año:

Procedimientos penales, policía científica, delincuencia infantil y juvenil y medicina legal.

¹² Como puede observarse, se incluyeron algunas materias *no jurídicas*, medicina y criminología.

En el año de 1976 se crearon en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana una Maestría en Ciencias Penales y dos especialidades, una en Negociación Colectiva y otra en Derecho Fiscal. Estas últimas con contenido eminentemente jurídico. La Maestría, ofrecida al igual que las especialidades a licenciados en Derecho, Contabilidad, Administración, Antropología Social, Trabajo Social, Medicina, Psicología y Sociología incluyó desde la segunda generación un semestre propedéutico para proporcionar a los participantes elementos de estudio en áreas no cursadas. Este postgrado sí fue interdisciplinario. En el semestre propedéutico se llevaba: *estadística*, técnicas y métodos de investigación, *anatomía* y *fisiología humanas*, *psicología*, derecho constitucional e introducción al estudio del derecho. En el Primer Semestre: metodología, garantías constitucionales en derecho penal, principios fundamentales de derecho penal y *criminología*. En el Segundo Semestre: teoría del delito, teoría general del proceso penal, penología y *medicina forense*. En el Tercer Semestre: Derecho de ejecución de sanciones penales, parte especial de derecho penal, teoría de la prueba en materia penal, *criminalística* y seminario de tesis. En el Cuarto Semestre: Problemática de los menores de conducta social irregular, *sociología criminal*, *psicología criminal*, técnicas de enseñanza y seminario de *política criminal*. Los alumnos de los postgrados de esos años en su mayoría fueron licenciados en derecho, excepcionalmente cursaron alguna especialidad una antropóloga y egresaron y se recibieron de la maestría dos licenciados en medicina.

Muchos años después, en 1995, se volverían a instaurar en Veracruz los estudios del doctorado, “en Derecho Público” de la Universidad Veracruzana, siendo impartidos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, los cuales abren su panorama a estudios interdisciplinarios. La currícula contiene las siguientes materias: Primer semestre: técnicas de investigación, informática jurídica y metodología jurídica; Segundo semestre: filosofía del derecho, sociología jurídica e historia del derecho; Tercer semestre: 6 seminarios de contenido variable en cada generación. En la segunda (1995-1997) se llevó: Revisión de protocolos, tendencias en el intercambio comercial, sistemas jurídicos contemporáneos, derechos de la personalidad, vinculación de la investigación jurídica con los problemas nacionales y el estado, perspectiva histórica, jurídica y filosófico-política. En el cuarto semestre se llevan 5 seminarios, también de contenido cambiante: En esa misma segunda generación se dieron los siguientes: revisión de fuentes, teoría de la constitución, revisión metodológica, reforma política electoral y teoría jurídica. Habiendo cursado ese posgrado podemos opinar que se privilegió el enfoque filosófico-jurídico, sin embargo en ocasiones resulta difícil integrar los temas particulares de cada alumno con esas variantes.

4. La interdisciplinariedad en el derecho penal

En derecho penal se superó muy lentamente el estudio de la ley por los estudios hechos al delincuente (son célebres los estudios de Jiménez de Ásua), luego se desarrolló más intensamente la relación con la criminología en sus diversas variantes: etiológica (causas

¹² Ma. del Pilar Espinosa Torres y Marta Silvia Moreno Luce, *Los planes de estudio ...*, pp. 42-43.

del delito), multifactorial, liberal, crítica, radical, etc. Posteriormente predominó la sociología jurídica, antes considerada dentro de la criminología. (Ahora se considera que ésta es en realidad sociología criminal) Gracias a estos estudios se rescató el papel de la víctima en el proceso penal y se resaltó el alto papel de la selección de la maquinaria penal. También hubo un énfasis en los estudios de política criminal, o sea las medidas para prevenir y combatir el delito. Siempre ha estado presente la filosofía, pero últimamente con mayor intensidad al plantearse cuestionamientos sobre la importancia de las relaciones del derecho con la moral y la justificación de la pena. Íntimamente unido a la filosofía está la vinculación con los derechos humanos. También han abundado los prestamos de métodos de otras disciplinas resultando materias como el análisis económico del derecho y aplicaciones de teorías sistémicas y funcionalistas. Así, en estos albores del siglo XXI hemos pasado del estudio preferente de la norma y del delincuente al de la víctima. Lo anterior por resaltar las relaciones interdisciplinarias externas, por cuanto a las internas, el derecho penal está entrelazado con el derecho constitucional, los derechos humanos, el administrativo, el civil, el penitenciario o de ejecución de sanciones, el procesal y el de menores. En un tiempo, proliferaron estudios desde otras disciplinas, por ejemplo de criminología o política criminal, sin integrarse con el derecho penal.

El traslado de enfoque desde la mera letra de la ley hacia otras disciplinas ha hecho complejo el abordaje de los materiales. Siguiendo la producción jurídica, se dio, al menos en mí, un desconcierto notable cuando leíamos algún material sobre criminología, después ante las numerosas referencias a la filosofía (axiomas, postulados, funcionalismo, teoría de sistemas) o bien a estudios sociológicos sobre el papel de los abogados o ensayos de política criminal. Entendimos entonces, la postura de aquellos que se encierran en el positivismo “sólo la letra de la ley, cuando mucho su interpretación, mas allá no llegamos”. El reduccionismo jurídico simplifica el panorama y aparentemente soluciona la complejidad. Sin embargo saltan como liebres, a la menor provocación problemas no superables en el mero estudio de las normas. Se impone, entonces, abordar el enfoque interdisciplinario y seguir indagando ante las posibilidades de la transdisciplinariedad.

Los estudios de la posmodernidad nos ofrecen un buen ejemplo. Jacques Derridá, desarrolló lo que se conoce como desconstrucción, un método para analizar cualquier texto. De manera simple podemos decir que se devela lo oculto por un discurso. A partir de los binomios se resucita lo que no se había detectado. Por ejemplo hombre-mujer. Como ya mencionamos, el derecho siempre ha mantenido una voz masculina tanto en la letra como en la interpretación y aplicación de la ley. Ahora se pretende darles la voz a las mujeres, desarrollándose los estudios de género.¹³

Un penalista experto en el manejo de la interdisciplinariedad es el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, él nos ha llevado por varias relaciones, primero sus libros fueron más dogmáticos: *Teoría del delito*, *Tratado de derecho penal*, posteriormente fuimos a la criminología, a la política criminal y a la sociología por varios textos hasta llegar a *En busca de las penas perdidas*.¹⁴ En sus libros recientes *Derecho penal. Parte general*, y

¹³ Como ejemplo, Haydee Birgin (comp) *Las trampas del poder punitivo, El género del derecho penal*. Tercer volumen, Biblos, Buenos Aires, Argentina, 2000.

¹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

Manual de derecho penal, en coautoría con Alagia y Slokar,¹⁵ logra una síntesis muy clara, en la cual notamos las características de la interdisciplinariedad. Desde el derecho penal, circunscribe el problema, recurre a las aportaciones de otros *saberes*, sobre todo la sociología y regresa a lo jurídico, para criticar y receptar argumentos y aportar soluciones. Así abandona la teoría de la prevención especial positiva, la cual sostuvo en sus primeras obras y postula ahora la denominada por él *teoría agnóstica de la pena*, afirmando que los estudios sociológicos, sobre todo los del interaccionismo simbólico o etiquetamiento, demostraron la falsedad tanto de la prevención general, como de la prevención especial, ambas en sus dos vertientes positivas y negativas, por lo que es necesario, siendo realistas, reconocer que la pena no tiene ni cumple ninguna función, siendo un mero ejercicio de poder, mismo que hay que limitar, reduciendo el dolor de las sanciones, a través de la aplicación de reglas y principios. Otra aportación destacada de la sociología al derecho penal es la del papel de la selección del supuesto criminal. De todos los hechos realizados, la maquinaria ejecutiva solo atrapa a algunos cuantos implicados. A ellos habría que aplicar la teoría de la vulnerabilidad, desarrollada por Zaffaroni, consistente en apreciar tanto el estado como la situación de vulnerabilidad en que se encontraba el procesado. Por supuesto que desde los primeros libros de este autor está inmerso en la filosofía, primero para tener un aporte antropológico y luego para rebatir las corrientes funcionalistas, que atribuyen al hombre un significado biológico sin dignidad humana.

Luigi Ferrajoli, filósofo penalista muy difundido en México y en el extranjero en estos últimos años, vuelve al racionalismo de la ilustración para resaltar la importancia de los principios en materia penal y procesal, ofreciendo un rico material interdisciplinario entre filosofía y derecho y también con la sociología, demostrando la distancia entre la norma y la realidad.¹⁶ Günter Jakobs, autor alemán, adoptó la teoría de sistemas de Niklas Luhmann para llevarlo al derecho penal, en donde se han difundido sus versiones del funcionalismo sistémico.¹⁷

Algunos penalistas sostienen que la delincuencia organizada requiere un estudio no tan solo interdisciplinario, sino transdisciplinario. Si aplicamos lo expuesto en el apartado 1 creemos que puede aplicarse a este tema lo realizado por el doctor Zaffaroni, irse a lo sociológico y a lo económico y regresar al penal para integrarlas en la elaboración e interpretación de las normas.

Reflexiones finales

El estudio e investigación del derecho necesariamente debe en nuestros días considerar las relaciones con otras disciplinas o saberes. Tal vez el punto más problemático es el de la aplicación por parte de los juzgadores. ¿Cómo considerar aspectos sociológicos o históricos dentro de una resolución sin perder la certeza jurídica o la legalidad? Enorme

¹⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni et. al., *Derecho penal. Parte general*, Porrúa, México, 2000. *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

¹⁶ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 1995; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

¹⁷ Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2^a, ed, Marcial Pons, Madrid, 1997.

reto para los jueces que tendrían que convertir su día en 48 horas para resolver sus expedientes y estudiar los aportes de los académicos, suponiendo que puedan abordarlos, ya que algunos son altamente especializados y de difícil lectura. Una ventaja es la positivización de muchos avances, (por ejemplo, casi todos los principios penales se encuentran en la legislación, salvo el de racionalidad que es un imperativo ideal para el poder legislativo) sin embargo también se requiere estudios para una correcta interpretación. Este es el reto para los juristas de siglo XXI.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, *Introducción al estudio del derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
- BIRGIN, Haydee, (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Tercer volumen, Biblos, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- ESPINOSA TORRES, María del Pilar y MORENO LUCE, Marta S., *Los planes de estudio de la escuela y facultad de derecho de la Universidad Veracruzana, 1830-2000*, Facultad de Derecho. U. V., Jalapa, Enríquez, Veracruz, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- _____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2^a. Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- MARTI DE GIDI, Luz del Carmen, “Un ensayo transdisciplinario acerca del derecho a la información”, *Letras Jurídicas*, Colegio de Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.V., año 2, no. 5, enero-junio de 2002, pp. 121-137.
- MORIN, Edgar, *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Barcelona, España, 2002.
- PITH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.
- REALE, Miguel, *Fundamentos del derecho*, De Palma, Buenos Aires, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- _____, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Porrúa, México, 2000.
- _____, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

Internet:

A.A.V.V. *Boletín de Pensamiento Holístico Planterario*, Año 1, no. 2, diciembre de 2002.
Yahoo. Voz transdisciplinariedad. (Consulta de 16 de mayo de 2005)

COAGUILA VALDIVIA, Francisco, “Derecho y transdisciplinariedad”, Yahoo, voces: derecho, transdisciplinariedad. (Consulta 16 de mayo de 2005)

HERAS GOMEZ, Leticia, “La interdisciplinariedad...enfoque imperativo para la educación en México”. Ganadora del 2º. Lugar Concurso ANUIS, 1998. Yahoo, voz interdisciplinariedad. (Consulta 16 de mayo de 2005)

MOTA, Raúl, , “Complejidad, educación y transdisciplinariedad”. *Documento del Fondo de Fomento Institucional* Concurso 2003. Yahoo. Voz transdisciplinariedad. (Consulta 17 de mayo de 2005)

Legalidad en el consumo de las drogas

Ana Gamboa de Trejo*

RESUMEN: La violencia en nuestro país pareciera que es un tema inacabado. El consumo de la droga ha contribuido en gran medida a ello. Esto, ha orillado al Estado a asumir actitudes de pánico ante la idea de no encontrar solución a este problema. La prohibición de una ley que permitía a los adictos consumir libremente la droga, con el fin de evitar el alto costo y su clandestinidad, suscitó comentarios encontrados. Unos, la reprocharon; otros, ya anticipadamente habían previsto que legalizar la droga era lo conveniente.

Palabras clave: drogas, alcohol, política

ABSTRACT: *Violence in our country seems to be an unfinished subject. Drug consumption has contributed in great measure to it. This has bordered the State to assume panic attitudes before the idea of not finding solution to this problem. The prohibition of a law that allowed addicts to consume drugs freely, with the purpose of avoiding its high cost and secrecy, provoked colliding commentaries. Some reproached it; others, had already anticipated that legalizing drugs was the advisable thing to do.*

Key words: *drugs, alcohol, politics*

SUMARIO: Introducción. 1. ¿El fin de la violencia? 1.1. Se actualizan dos discursos. 2. La aceptación del alcohol. Conclusión. Bibliografía.

Introducción.

La *Criminalidad violenta de nuestra época*, título del libro de Wolf Middendorff, se actualiza cuando nos enteramos de los índices de criminalidad que acontecen en las ciudades fronterizas y en el centro del país. La gran mayoría son ajustes de cuentas, así lo reseñan los comentaristas y así lo muestran las imágenes. Ráfagas de balas proyectadas con armas de alto poder. Crímenes que se repiten una y otra vez y que cada día se ven multiplicados, provocando la desazón y la inseguridad – palabra que se ha hecho cotidiana-, todo a causa del que vende y compra droga, del que distribuye y traiciona, del que consume y no paga. La drogadicción es un problema de salud pública

* Doctora en Derecho Público. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

que se pretende resolver con represión, sin tomar en cuenta que quien es adicto se le debe atender, y que aplicar la ley penal en su contra es un error.

1. ¿El fin de la violencia?

Pudiera pensarse que a raíz de que en fecha reciente, el Congreso de la Unión aprobara un proyecto de ley que autoriza el consumo de marihuana, éxtasis, cocaína y heroína, en cantidades para uso personal, la noticia causó un gran revuelo, generando opiniones encontradas, en el sentido de que dicha propuesta; por un lado, acarrearía mayor consumo, por otro, sería tal vez la punta de la madeja, para de una vez por todas permitir a quien deseara consumir lo hiciera libremente, y con esta medida tal vez se aminoraría el narcomenudeo. El proyecto de ley fue aprobado por el Senado por 53 votos a favor y 26 en contra, con una abstención. Lo único que restaba era la promulgación presidencial. La respuesta se hizo de manera rápida, siendo el proyecto de ley rechazado por el Presidente¹. Tal vez, con esta medida se pretendía contrarrestar la violencia que ha desatado el tráfico y la venta clandestina, la lucha de quienes se ocupan de transportarla y quienes desean evitar su compra, la corrupción de los cuerpos policíacos, que permiten la introducción de las sustancias prohibidas; y lo que se ha hecho público y notorio: la venta al menudeo. Fenómeno incontrolable por la diseminación de sus distribuidores y por lo inimaginable de los lugares en donde se expende la droga: repartidores de tortillas, taxis, vendedores ambulantes, pequeños comercios, boleros y hasta quien en los parques públicos invita a las personas a que el “pajarito saque el papel de la suerte”, en este caso es la dosis de cocaína.

Tal vez, el problema sea evitar que se venda, pero a esta acción se le resta efectividad en tanto no se prevenga a quien la compra. Mucho se ha dicho del daño que causa a la salud el consumo de cualquiera de las drogas que anotamos al inicio de este escrito. Sin embargo, miles y tal vez millones de personas son consumidores. Pero ¿Cuál es la razón por la que otros no lo son? Cultura, educación, cuidado familiar, pueden ser las respuestas que hacen la diferencia, del que sí decide consumir. Sin embargo, se presume que los jóvenes norteamericanos verían abierta una puerta más para trasladarse a la frontera mexicana, y abastecerse de la droga de su preferencia sin

¹ “El Presidente Vicente Fox se retractó el miércoles de firmar un proyecto de ley que despenaliza el consumo de drogas para uso personal, y lo regresó al Congreso para que le hagan cambios.

El día anterior su oficina había indicado que el mandatario sí lo firmaría. Con la medida Fox pareció ceder ante las críticas de los Estados Unidos y las solicitudes de Washington de que la medida sufriera modificaciones con el fin de ‘evitar el turismo para el consumo de narcóticos’.

Sin embargo, su despacho no hizo ninguna mención a Estados Unidos al anunciar el cambio en la postura presidencial la noche del miércoles.

‘Sin dejar de valorar los avances alcanzados en la materia y siendo sensible a las expresiones de diversos sectores de la sociedad, el Gobierno de la República ha decidido hacer observaciones al contenido de los mencionados instrumentos legales’, destacó el comunicado.

Y agregó que con la medida Fox espera que el Congreso ‘realice las correcciones necesarias para que sea absolutamente claro que en nuestro país la posesión de drogas y su consumo, son y seguirán siendo delitos’.

El martes, el vocero de la presidencia había calificado la ley de representar ‘un avance’ y anunció que Fox refrendaría el texto. Desde su aprobación el viernes por el Congreso, la medida desató una ola de críticas al permitir la portación de hasta 25 miligramos de heroína, cinco gramos de marihuana, o medio gramo de cocaína.

Además incluye al LSD, MDA, MDMA (éxtasis, dos píldoras) y anfetaminas entre las drogas permitidas en pequeñas cantidades variables.” *El Universal online*, en WWW.alcalorpolitico.com

ningún problema. Tal y como lo hacen con las medicinas que son prohibidas en su país y que libremente pueden adquirir en las ciudades fronterizas.²

1.1 Se actualizan dos discursos

Con la aprobación en la Cámara de Diputados sobre la legalización del consumo de drogas, se actualizan dos discursos: uno que data de hace trece años y que proviene de varios intelectuales; y otro reciente, del jurista mexicano René González de la Vega. Ambos, coinciden en algunos puntos de vista. González de la Vega habla sobre el *mundialismo* y dice que,

...encuentra su razón de ser en la posibilidad real de movimientos muy rápidos y eficaces a través de redes privadas de flujos financieros, ideológicos y culturales, que permiten transacciones privadas de individuos, grupos o asociaciones de personas en materias como la migración, banca, comercio, cultura, ideología, etcétera.

Este nuevo efecto mundial, ha hecho innecesarios los mecanismos institucionales de gobierno, pues los rebasa y logra lo que se conoce como el *spill over*, o sea, transacciones fuera de convenciones hasta hoy útiles y muy formales.

De lo anterior, el éxito de ONGs y de grupos privados de toda naturaleza, que se mueven por las redes electrónicas sin control ni cortapisas alguna. Entre estos grupos privados que logran actuar con gran libertad de movimiento y de impunidad, se encuentran los grupos del crimen organizado internacional, que basa sus acciones en dos premisas fundamentales: la obtención y manejo de grandes recursos financieros y en la abolición de fronteras políticas, dada su alta porosidad.³

La propuesta de González de la Vega va por el lado de analizar cuáles serían las alternativas que pudiera ofrecer el gobierno para abatir este problema, para lo que sugiere un proyecto basado en:

1. Experiencia de Gobierno.
2. Conocimiento exhaustivo del problema.
3. Capacidad de respuesta para cada vertiente del crimen organizado y
4. Información y contactos internacionales válidos.⁴

Las políticas criminales obligan al diseño de estrategias viables para desatrancar el problema. El cual, al menos en México, se encuentra sumergido en un mar de confusiones. Entre las medidas que a nivel internacional se han venido planteando y con singular apoyo criminológico, que como sabemos, permite hacer prospectiva; se advierte que dichas medidas, no todas han sido exitosas ni factibles:

- Expansión del Derecho Penal, buscándose mejores medios de control e inhibición de lo antisocial;
- Cancelación o restricción de garantías o Derechos fundamentales, buscándose facilitar a la autoridad su función represora;
- Legalización de la droga, como medio para evitar el alto costo de la oferta clandestina y con ello, destruir las hegemomías criminales;⁵
- Controles financieros y cancelación de instituciones bancarias y mercantiles, como el llamado secreto bancario;

² Véase: AOL News-Méjico, <http://articles.aol.com>, 01/05/06

³ René González de la Vega, *La lucha contra el delito*, Editorial Porrúa, México 2000, p. 81

⁴ *Idem.*

⁵ El subrayado es nuestro.

- Establecimiento de regímenes supranacionales de prevención y combate, que aun cuando afectan seriamente las soberanías nacionales, permiten un combate más eficaz.

Como podemos observar, varias de estas acciones se han aplicado en nuestro país, como sería el caso de la expansión del derecho penal y la legalización de la droga, esta última como mero proyecto, como ya vimos. La tercera propuesta, como podemos observar, es coincidente con la propuesta del Congreso. Otro jurista que opina al respecto, es el Doctor Diego Valadés, quien rotundamente se opone a la legalización de las drogas afirmando que “la legalización del consumo personal de drogas que aprobó la Cámara de Diputados, es altamente contraproducente y generaría más corrupción”⁶, en otra parte de la entrevista que nos parece interesante por los datos que arroja dice:

En algunos lugares se han adoptado medidas semejantes, pero no son países de narcotráfico, como es el caso de Francia, Inglaterra o España. Se entienden esas decisiones, pero no son fuentes ni puentes de narcotráfico, recalcó; por tanto, alertó: Son dos riesgos. El primero es que se puede generar una nueva fuente de corrupción policial, porque a título de personar la posesión de drogas estarán muchas personas dispuestas a recibir gratificaciones y decir que las personas detenidas llevan sólo lo que está legalmente autorizado.

En ese sentido, se abre una vertiente para la corrupción, apuntó.⁷

Otro punto que consideramos importante de rescatar de la entrevista que se le hiciera al Doctor Valadés, y que desde nuestro particular punto de vista creemos que en parte le asiste la razón, por lo que toca a los menores de edad:

...un segundo riesgo es que es lícito tener droga, según la reforma de la Cámara de Diputados, estar en posesión de droga que ha sido comprada de una manera ilegal.

Es una gran contradicción, dijo, porque se legitima la posesión, ¿pero cómo se hace la adquisición?, ¿se va a legalizar también? Preguntó el académico.

Dijo que la legalización de la droga, donde se haya producido, siempre generará resultados negativos porque se pone a disposición progresivamente de una población más amplia, particularmente de menores de edad.

Hasta qué punto los menores de edad no van a ser ahora usados para transportar pequeñas dosis.⁸

El otro discurso que proviene de un grupo de intelectuales difiere de esta última aseveración. Habremos de aclarar que estos hombres dedicados unos a la ciencia, y otros a las letras, opinaron al respecto hace trece años, preocupados por lo que era ya en aquélla época un problema que hoy alcanza grandes dimensiones, sobre todo dentro de la población joven.

Gabriel García Márquez, premio Nóbel de literatura:

Creo que el primer paso para una solución realista del problema de las drogas en el mundo es reconocer el fracaso de los métodos con que se está combatiendo. Son esos métodos más que la droga misma, los que han causado, complicado o agravado los males mayores que padecen tanto los países productores como los consumidores.

Ha habido tiempo de sobra para comprobarlo. En realidad esos métodos fueron impuestos por el presidente Ronald Reagan en 1982, cuando proclamó la cocaína como uno de los Sátanos más útiles para su política de seguridad nacional, y le declaró la guerra armada. El presidente George Bush había de continuarla, y de llevarla a sus extremos con las tentativas constantes de involucrar a Cuba en el tráfico de droga y la invasión de Panamá para secuestrar al general Manuel Antonio Noriega. Al cabo de 11 años hay razones de sobra para creer que ambos

⁶ Gabriel Xantomilla, “Legalizar el consumo personal de drogas disparará la corrupción: Valadés”, *Diario de Xalapa*, Sección B, viernes 28 de abril de 2006.

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

presidentes sólo pensaban en los intereses de sus gobiernos y que su guerra contra la droga no ha sido mucho más que un instrumento de intervención en América Latina, como tantas veces lo han sido ciertas ayudas económicas y humanitarias, o la defensa de los derechos humanos.

...la única opción contra la droga, a partir de entonces, fue la guerra santa del presidente Ronald Reagan. Los sucesivos gobiernos de Colombia impidieron el envío de tropas norteamericanas para luchar al mismo tiempo contra el tráfico y las guerrillas. Pero la intolerancia se impuso sobre cualquier otra alternativa. El resultado, al cabo de 11 años amargos, es la delincuencia a gran escala, el terror ciego, la industria del secuestro, la corrupción generalizada, y todo ello dentro de una violencia sin precedentes. Una droga más perversa que las otras se introdujo en la cultura nacional: el dinero fácil, que ha formado la idea de que la ley es obstáculo para la felicidad, que no vale la pena aprender a leer y a escribir, que se vive mejor y más seguro como sicario que como juez. En fin, el estado de perversión propio de toda guerra.

...la polémica sobre la droga no debiera seguir atascada entre la guerra y la libertad, sino agarrar de una vez al toro por los cuernos y centrarse en los diversos modos posibles de administrar la legalización. Es decir, poner término a la guerra interesada, perniciosa e inútil que nos han impuesto los países consumidores y afrontar el problema de la droga en el mundo como un asunto primordial de naturaleza ética y de carácter político, que sólo puede definirse por un acuerdo universal con Estados Unidos en primera línea. Y, por supuesto, con compromisos serios de los países consumidores para con los países productores. Pues no sería justo, aunque sí muy probable, que quienes sufrimos las consecuencias terribles de la guerra nos quedemos después sin los beneficios de la paz...⁹

Fernando Savater, filósofo y escritor:

De los más graves problemas que tiene nuestra sociedad, sólo dos pueden ser directamente resueltos por la autoridad. Y ello por la sencilla razón de que ambos problemas vienen causados por un abuso de la autoridad en su ejercicio político. El primero es el problema de los objetores de conciencia e insumisos al servicio militar obligatorio, que puede resolverse (y no puede resolverse de ningún otro modo) convirtiendo el servicio militar en una opción profesional como cualquiera de las demás. El segundo, es el problema de las drogas ilegales, con sus males concomitantes de gangsterismo, adulteración, sobredosis, seducción suicida por la prohibición, etc...que puede resolverse (y no puede resolverse de ningún otro modo) si dichas sustancias son despenalizadas. El servicio militar obligatorio creará problemas mientras sea obligatorio, no por ser militar; las drogas ilegales seguirán siendo un problema insoluble mientras sean ilegales, no por ser drogas.

En nombre del ‘peligro’ de las drogas, los gobiernos llevan a cabo desde hace décadas una serie de espectaculares abusos contra los ciudadanos: abusos de control, de propaganda, de penalización de la intimidad hasta agresiones internacionales de corte bélico. El verdadero *abuso* referido a las drogas es el que cometen quienes las proscriben, no quienes las toman...¹⁰

Milton Friedman, premio Nóbel de Economía.

Soy economista de profesión, pero las razones que me llevan a inclinarme por la legalización de la droga no son, de ninguna manera, económicas. La prohibición de las drogas es un proceso costoso en términos económicos, pero para un país rico ése es un problema secundario.

La razón por la cual me opongo a la prohibición de las drogas es de orden moral. Pienso que prohibir su uso es una actitud altamente inmoral por parte de un Estado. Y con Colombia se ha producido una inmensa inmoralidad. Estados Unidos está imponiéndole un enorme costo a Colombia, Perú y otros países, asesinando literalmente a miles y miles de personas, y todo eso sólo porque no podemos fortalecer nuestras propias leyes. Por esa razón acabamos con miles de vidas, y ponemos a esos países en una situación en la cual no pueden mantener verdaderas democracias. ¿Cómo se pueden justificar? Le he hecho esa pregunta a mucha gente, y hasta ahora no he encontrado la primera respuesta.

Pero la inmoralidad no está únicamente en lo que hacemos en países extranjeros. También está en casa. Para empezar, ¿cómo puede un gobierno decirme lo que puedo o no ingerir? Somos supuestamente una sociedad libre, donde cada uno es responsable de sí mismo...

⁹ Gabriel García Márquez, “Apuntes para un debate nuevo sobre las drogas”, en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, N° 1.150 p. 11-12

¹⁰ Fernando Savater, “Seducción por lo prohibido”, en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, N° 1.150 p. 12.

Incluso personas que no están de acuerdo con mis puntos de vista éticos y que originalmente apoyan la prohibición, coinciden conmigo en el sentido de que la prohibición ocasiona más daño del que causa la droga. Y si vamos a hablar de los estragos que causa, no el consumo, sino la prohibición tomemos en cuenta que el Gobierno estadounidense gasta entre 20.000 y 30.000 millones de dólares anuales para impedir que las personas la consuman. La sola prohibición origina un sinnúmero de crímenes que causan miles de víctimas inocentes. Y, sin embargo, las únicas víctimas verdaderamente inocentes de consumo – y no de la prohibición – de droga son, probablemente, los hijos de las madres adictas al *crack*.

Es más: el criminalizar la droga y las actividades que con ella se relacionan, lo único que se está logrando es hacer costosa la distribución de droga. El resultado es un alza en el precio, y eso hace sumamente caro para la gente mantener el consumo. Por ello los adictos terminan convirtiéndose en criminales, pues es la única manera de conseguir dinero suficiente para obtener su dosis...¹¹

Juan Tomás de Salas, director de la revista Cambio 16:

...lo que mata es la prohibición y no la droga. Lo que mata es la porquería adulterada de ladrillo o matarratas que se meten nuestros jóvenes en las narices y las venas – a causa de la prohibición – y no la droga en sí.

Quienes creemos en la necesidad de legalizar controladamente el consumo de venta en farmacias de la droga estamos convencidos de que esta medida traería consigo de inmediato una drástica disminución del número de muertos piltrafas humanas provocados por la droga adulterada. Aún habrá algún muerto por sobredosis, pero sería una minúscula cifra si lo comparamos con la situación actual.¹²

Tal y como dijimos, las opiniones son encontradas. Existe el temor de que los jóvenes y los niños sean utilizados de manera libre para comerciar con la droga, pero, ¿acaso no lo hacen? Son los jóvenes los que se encargan de distribuirla en las escuelas y facultades, también los niños lo hacen a la hora del recreo o a la salida de la primaria. Lo saben las autoridades, lo saben algunos padres de familia a quienes sus hijos se los comentan, porque tal vez, quien distribuye la droga es un compañero de banca y se la ha ofrecido. También jóvenes universitarios lo hacen. Pero hay muchos que ni la consumen, ni la compran, ni la distribuyen, y están en el medio. ¿A qué obedece este rechazo? ¿Qué es lo que los hace no acceder al ofrecimiento? Simple y sencillamente tienen una defensa ante estos embates: proceden de una familia cimentada, fuerte en valores y con padres atentos a ellos, aun cuando tengan que estar en el lugar en donde el peligro es inminente, son refractarios a él. Esa es la única razón que encontramos. Porque aunque en la televisión, en la radio y el periódico, permanentemente se le está señalando a esta población los peligros, las sanciones y el deterioro en la salud que ocasiona la drogadicción, para la gran mayoría, el discurso se ha convertido en algo cotidiano y sin efecto alguno. Es en la familia en donde está la solución. O también, la que los impulsa a buscar en otras personas y en otras substancias el referente de la misma: ser escuchados, ser tomados en cuenta, formar parte de un grupo y por supuesto, contar con el afecto. Esto, también lo encuentran muchos niños y jóvenes al interior del grupo que los acoge para drogarse, y en él suplen de manera ficticia a cambio de dinero y salud, lo que en el seno familiar no han encontrado, y de donde muchos han sido expulsados no sólo a través de agresiones sino por medio de la indiferencia, la cual hace que muchos sean en su propio hogar seres invisibles.

¹¹ Miltos Friedman, "Para vivir en una sociedad realmente democrática", en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, N°. 1.150, p. 13

¹² Juan Tomás de Salas, "Prohibido prohibir", en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, No. 1.150, Carta del Director, p. 3

La legalización de las drogas, tal vez impida operar de manera clandestina y evite la corrupción en cuanto a su distribución. Pero los niños y los jóvenes que actualmente se drogan, lo continuarán haciendo. Y tal vez otros, engrosen las listas bastante numerosa de los drogadictos, porque la libertad en comprar una dosis no sea considerada como delito. Pero ¿realmente esto sería lo principal, o sólo es una acción populista en época de elecciones? Lo que interesa es que estos niños y jóvenes tengan la capacidad de autodeterminarse, y rechacen la marihuana o la cocaína. Lo único que podrá hacerlo será lo que hayan aprendido en su hogar y lo que el Estado se preocupe por enseñarles. Si esto es así, posiblemente habrá menos drogadictos, menos problemas con la justicia y tal vez menos negocios ilegales.

2. La aceptación del alcohol

Es del dominio público los estragos que provoca el alcohol en el organismo, además de la pérdida de imagen social, accidentes, delitos imprudentes y pérdidas cuantiosas en dinero por daños, en cuanto hace a los accidentes automovilísticos. Habrá que recordar que el alcohol también produce adicción.

Las cifras proporcionadas por el Consejo Nacional de Prevención de Accidentes, durante el año de 2004 se registraron 67 mil 51 accidentes de transporte en vehículos de motor, siendo los más afectados los grupos entre 20 y 24 años, así como de 45 a 49 años.

Las entidades que rebasan el promedio nacional en accidentes de transporte en vehículo motor son: Aguascalientes, Distrito Federal, Nuevo León, Tabasco y Campeche. Las entidades con menor número de accidentes son: Morelos, Colima, Guerrero y Chiapas.¹³

A raíz de la entrada en vigor de la ley Voltead en Estados Unidos de 1920, que fue el antecedente de la ley General de Salud en México, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de febrero de 1984, en donde de alguna manera se acepta que en el país existen consumidores de alcohol y que hay que prevenirlos de las enfermedades que esto acarrea, pero en ningún momento dice que se prohíba su consumo.

Fue la terminación exitosa de una agitación de muchos años...el mecanismo legislativo que puso en vigencia la decimoctava enmienda de la constitución- norteamericana, prohibió la fabricación o importación de licores. No prohibía su compra, y el adquiriente no era punible por conspiración. Así, los pobres que bebían y se reunían en bares estaban sujetos a que sus lugares de reunión se clausuraran mientras que los ricos seguían divirtiéndose en sus casas con lo que tenían en las bodegas que habían abarrotado entre la ratificación de la decimoctava enmienda y la aprobación de la ley o consumiendo licores de que se abastecían sin otro riesgo que los del contrabandista.¹⁴

La Ley Voltead o Ley Seca, señala: “la venta y fabricación de todo tipo de alcohol se castiga con multa y prisión. Sólo el vinagre y la sidra quedan exentos, mientras que se autoriza la utilización de vino para la ‘santa misa’ y (aquí viene lo interesante:) el ‘uso médico’ de las demás bebidas alcohólica”¹⁵

¹³ Cámara de Diputados al Congreso de la Unión, “Los accidentes viales son la segunda causa de muerte a nivel nacional de jóvenes de 20 a 24 años los más propensos”, Boletín No. 2508, 26 de diciembre de 2005.

¹⁴ Frank Pearce, *Los crímenes de los poderosos*, Tr. Nicolás Grab, Editorial Siglo XXI, México, 1976, p. 176

¹⁵ Karen Malpica, “Las drogas tal cual”, www.mind-surf.net/drogas/alcohol.htm

Al dejar abierta una gran puerta para el consumo del alcohol éste se ve incrementado. La legalidad con que procedían los médicos para prescribirlo, dio pié para que fueran ellos los que se encargaran de incluir una variedad de vinos y licores en la *pharmacopeia*, y solicitar licencia para recetar. “Con la Enmienda XXI, vuelve a admitirse, la fabricación, el tráfico y el consumo público de alcohol. Convencidos de que la Ley Seca lejos de rendir los resultados esperados, provocó una abrumadora corrupción, injusticia e hipocresía, la creación de grandes cantidades de nuevos delincuentes y la fundación del crimen organizado”¹⁶

Conclusión

Con el intento de legitimar el consumo de las drogas en pequeñas cantidades, se abría la posibilidad de que quien deseara ingerir, lo hiciera sin entrar al círculo de la corrupción, y por consecuencia de la delincuencia. Sin embargo, al dar marcha atrás a la propuesta hecha por el Congreso y por el Senado, se está ante la posibilidad de entablar una guerra entre generaciones, en donde se adolece de lo indispensable para entender a la juventud de hoy. ¿Por qué si se admitió el consumo de alcohol, hoy no se admite el consumo de las drogas? La actitud hipócrita de las autoridades provocará que en un futuro próximo estemos ante un gran número de jóvenes inmersos en las redes del crimen organizado. Evadiendo la justicia y convirtiéndose en un número más de un expediente judicial.

La creación de una Secretaría para la Juventud podría prever la ‘cultura del gato frío’ del que habla Finestone y de quien hace alusión Elías Neuman, que la explica de la siguiente manera: “Por la frialdad con la que asumen los adictos no sólo frente al peligro que la droga implica en sí, sino por los medios y métodos utilizados en su procura. Esa habilidad felina para manipular y escurrirse astutamente o esa muelle forma de acercarse que en un segundo puede ser tensa, según la conveniencia...”¹⁷ En este sentido, el Estado debe tomar en sus manos un problema que ya existe, que está ahí, otros países lo han hecho para darle atención adecuada a miles de jóvenes que ingieren alcohol y se drogan, pero que hay que rescatar, para bien de su propio país y de ellos mismos. Tal es el caso de España con la Ley [Comunidad Autónoma de la Rioja]5/2001, de 17 de octubre, sobre drogodependencia y otras adicciones, que de manera popular se le conoce como la Ley del Botellón. La cual es una ley eminentemente preventiva, en donde se privilegia la atención hacia la población joven. De esta manera, se da respuesta a este problema, apoyado en una ley que permite instrumentar los suficientes programas que hagan tomar conciencia a esta población, sobre el consumo de las drogas. No será ni con el aumento de las penas, ni con la construcción de más cárceles, ni con el acoso policiaco con lo que se resolverá este problema. Sino con una política criminal coherente.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Elías Neuman, *Drogas y Criminología*, Editorial Siglo XXI, México, 1984, p. 48

Bibliografía:

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, “Los accidentes viales son la segunda causa de muerte a nivel nacional de jóvenes de 20 a 24 años los más propensos”, Boletín No. 2508, 26 de diciembre de 2005.

FRIEDMAN, Milton “Para vivir en una sociedad realmente democrática”, en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, N°. 1.150.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel “Apuntes para un debate nuevo sobre las drogas”, en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, N° 1.150.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René *La lucha contra el delito*, Editorial Porrúa, México 2000.

NEUMAN, Elías, *Drogas y Criminología*, Editorial Siglo XXI, México 1984.

PEARCE, Frank, *Los crímenes de los poderosos*, Editorial Siglo XXI, Tr. Nicolás Grab, México, 1976.

SAVATER, Fernando, “Seducción por lo prohibido”, en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, N° 1.150.

TOMÁS de Salas, Juan, “Prohibido prohibir”, en *Cambio 16, México*, diciembre de 1993, No. 1.150, Carta del Director.

XANTOMILLA, Gabriel, “Legalizar el consumo personal de drogas disparará la corrupción: Valadés”, *Diario de Xalapa*, Sección B, viernes 28 de abril de 2006

Internet

El Universal online, en www.alcalorpolitico.com

AOL News-México, <http://articles.aol.com>, 01/05/06

El Confinamiento de la Justicia Estadual

Ma. del Rosario Huerta Lara*

“Cada pueblo tiene el derecho de hacer juzgar por sus propios tribunales todas las cuestiones que se relacionan con la ejecución de sus propias leyes”

A. Tocqueville

RESUMEN: En menoscabo de las garantías inherentes a la tutela de la autonomía que reserva la Constitución a los poderes públicos de las entidades federativas, en México, el federalismo, herencia del proyecto liberal del S. XIX, concentró, para si, innúmeras facultades y atribuciones, más allá de las esenciales de la Soberanía nacional.

En este artículo se aborda el problema de la impartición de justicia local y federal en el marco del federalismo y el grado de independencia y autonomía de los órganos jurisdiccionales.

Palabras claves: Entidad federativa, Federación, Justicia federal y local, Independencia judicial.

ABSTRACT: *In discredit of the guarantees inherent to the tutorship of autonomy that the Constitution reserves to the public powers of the federal entities in Mexico, federalism, inheritance of the liberal project of the XIX century, concentrated, for itself, innumerable faculties and attributions, far beyond the essentials of national Sovereignty.*

This article discusses the problem of imparting local and federal justice in the frame of federalism and the degree of independence and autonomy of the jurisdictional organs.

Key Words: *Federative Entity, Federation, Local and Federal Justice, Judicial Independence.*

SUMARIO: 1. Introducción, 2. El amparo judicial y la justicia local, 3. Justicia local e independencia judicial

1. Introducción

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

La competencia de la Federación y los Estados se determina (Art. 124 de la Constitución Federal), mediante un sistema basado en la exclusión de atribuciones que origina, en el plano de la organización política del Estado, que las actividades del gobierno se dividan en gobiernos locales y gobierno central. De modo que cada uno retiene ciertas actividades, y la toma de decisiones finales ocurre en un ámbito de autonomía propia e intransferible.

El mapa de la distribución del poder público en México (a propósito de su división en judicial, legislativo y ejecutivo, y su distribución en federación, estados y municipios) se refiere a la Soberanía nacional, que es explícitamente Federal para toda las partes de la Nación y Autónoma, en el ámbito del gobierno interior de cada uno de los Estados y municipios que la componen.

En México la expresión más nítida de la división del poder público nacional, ha sido el predominio del ejecutivo federal sobre el legislativo y judicial. En el pasado siglo, el Federalismo adquirió perfiles muy peculiares tras la expedición de la Constitución de 1917, debido al régimen presidencialista que se instauró en detrimento de la independencia de los otros poderes federales.

El predominio del Ejecutivo vuelve aparecer en la división vertical, estado-federación. La expansión progresiva de lo federal sobre lo estadal, subyace a los conflictos del ámbito de la soberanía federal y las autonomías de las entidades federativas. Controversias que suscitan las invasiones a la esfera del derecho local, en todas las materias jurídicas que concurren la Federación con sus entidades federativas.

Quizá la nota crítica de este proceso sea el doble carácter que comporta el sistema nacional, esto es, su ejercicio horizontal en detrimento de la distribución vertical del poder público, fuente de históricas desigualdades y desequilibrios entre las partes de la federación.

Esta parcelación del poder público en México, originariamente inspirada en el modelo federal de la Constitución norteamericana, debe decirse, nunca adquirió carta de naturaleza en la formación de las instituciones nacionales, debido a las evidentes diferencias de historia, cultura, tradiciones jurídicas y la permanente inestabilidad de la vida social y política del S. XIX.

Modelo, ciertamente distante, del federalismo que instruían, unos siglos atrás, Hamilton y Jefferson a propósito del modelo federal, más tarde descrito por Thocqeville en su Democracia en América. Pero, más apartado fue la forma estatal, asumido en las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917, en lo relativo a la subsunción de las autonomías locales al ámbito de la competencia federal.

2. El amparo judicial y la justicia local

El papel del poder judicial, federal y local, al revés del esquema clásico de la división de poderes, consistió en someterse a la órbita del ejecutivo, debido a una atribución legal o usos y costumbres, que atribuyeron desmesuradas facultades al poder ejecutivo, para nombrar y cesar a jueces y magistrados, con o sin la intervención del legislativo,

Otro de los factores que apuraron el descrédito de las resoluciones jurisdiccionales dictadas por los órganos de la justicia local, fue el establecimiento del llamado amparo judicial. De entonces, a la Suprema Corte de Justicia de la nación se le atribuyó la función de control de la legalidad; con la facultad de intervenir en todos los juicios en los que se considerara que la ley había sido inexactamente aplicada por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, distorsionando con ello sus funciones de

control constitucional, que es distinto a los procedimientos y fines establecidos para el control de la legalidad.

Sin embargo, en este entramado, el sistema de justicia Federal vulneró la función de los poderes judiciales locales, mediante las sentencias dictadas por los tribunales de la Federación, como consecuencia del control de la legalidad que ejercen estos últimos sobre los actos de los tribunales estatales.

Para el Constituyente del 17 era necesario reducir la autoridad judicial de los estados, debido al papel de los jueces, convertidos “...en instrumentos ciegos de los gobernadores, que descaradamente se inmisciúan en asuntos que estaban por completo fuera del alcance de sus atribuciones. Se hacía preciso tener un recurso, acudiendo a la autoridad federal para reprimir tantos excesos.”.¹

Se instauró el control de la legalidad, para ello se estableció el Amparo Directo, precisamente, setenta años después que el Indirecto, creado mediante el acta de Reformas Constitucionales de 1847. A decir del ministro Juan Díaz Romero², el surgimiento de la acción de Amparo directo fue visto, en los debates previos a su promulgación, no sólo como una garantía para los justiciables, agraviados por el exceso de los poderes locales a los que había que limitar. Pero la acción fue más allá de las previsiones constitucionales, debido a que se eliminó el carácter *definitivo* a las sentencias dictadas por los jueces estatales.

Estos razonamientos no fueron compartidos por todos los constituyentes. Hilario Medina y Heriberto Jara, quienes disintieron del proyecto de la mayoría y formularon voto particular. Empero, en la 55^a sesión ordinaria, celebrada el 22 de enero de 1917, Medina explicaba:

El dictamen de la comisión que está de acuerdo con el proyecto del primer jefe concede el amparo contra sentencias definitivas que pronuncien los tribunales, esto es, se conserva la pésima tradición que nulifica la justicia local [...] La justicia común de los estados, de esta manera, nunca ha existido ni nunca existirá si van a seguir las cosas como están en materia de litigios [...] La Constitución de México de 1824 tenía un artículo que es muy exacto, pues decía que todos los juicios civiles y criminales que se tramitan en un estado, deberían fallarse allí mismo en primera instancia, y allí debería dictarse la sentencia. Esta es la justicia local bien entendida. Quiero que se considere cuál es la soberanía del estado cuando un estado no tiene la última palabra en esta cuestión y que se somete a sus tribunales; efectivamente la soberanía del estado en este caso queda mutilada [...] La diferencia consiste en esto: el proyecto centraliza la administración de justicia, da a la corte la última palabra; nosotros pretendemos que haya justicia y se imparta en cada estado, que cada uno tenga su jurisprudencia y sus tribunales. La corte sólo falla en cuestiones constitucionales [...] Mis ideas fundamentales son éstas: respetemos la soberanía local, la justicia local, el prestigio de los tribunales locales, y que ellos den su última palabra, dicten la sentencia y no haya poder humano que venga a revocarlas, tanto en materias civiles como penales, ya que constitucional es la Corte si debe conocer esos asuntos.³

Jara, por su parte, sostuvo el voto particular que conjuntamente con Medina suscribió, al tenor de los siguientes argumentos:

Señores diputados: yo considero que estando los estados de la Federación constituidos en su régimen gubernamental lo mismo que está la Federación, es decir, teniendo sus tres poderes,

¹ *Actas de la Asamblea Constituyente de 1917*

² Juan Díaz Romero, *El Amparo Directo y los Tribunales ordinarios. ¿La simbiosis debe continuar?*, SCJN, México, 2003.

³ *Actas de la Asamblea Constituyente de 1917*

legislativo, ejecutivo y judicial, a esos tres poderes se les debe dejar toda la amplitud de su funcionamiento, a esos tres poderes se les debe conceder todo el respeto de que son acreedores. El pacto federal lo entiendo a base de un respeto mutuo, a base de una verdadera concordia y no a base de una invasión a la soberanía [...] Por otra parte, señores, nosotros sabemos que los estados tienen su propia legislación en consonancia con el código fundamental de la República, en consonancia con nuestra carta magna; pero supuesto que están facultados para tener legislación propia son distintos los procedimientos empleados para administrar justicia en los diversos estados, y ninguna más apropiado para administrar justicia que el que conoce a fondo lo que ha hecho, que el que conoce la propia ley⁴.

En síntesis, los principales argumentos contra la función concentradora y centralizadora de la justicia de la federación que se enderezaron contra el proyecto de Carranza, con motivo de la instauración del llamado amparo directo: a saber:

- “El amparo contra sentencias definitivas civiles y penales nulifica la administración de justicia de los tribunales de los Estados, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrá la facultad de revisarlas y se desprestigia a los órganos de justicia local,
- Si los Estados son soberanos y sus habitantes están sometidos a su soberanía, es claro que la justicia que les corresponde administrar no debe quedar en manos ajena, sino en la de sus propios tribunales.
- Con el amparo contra sentencias definitivas se multiplican las instancias y se mina la confianza en la justicia local”⁵

Sin embargo, debido a los antecedentes y el momento histórico del país, una larga y prolongada historia de despotismo en la formación y gestación de los poderes locales, requerían y debían fortalecer la única fuente de justicia capaz de limitar el exceso de los poderes regionales. Era la justicia federal, el poder competente para reparar la influencia nociva que tanto daño y desprestigio causaba entre los justiciables, la parcial y sometida justicia que se administraba en las entidades federativas y municipales. De modo que la discusión fue pospuesta. No fueron considerados los argumentos de la oposición al proyecto, y este fue aprobado por una franca mayoría de 103 votos contra cuatro.

Muchas fueron las razones de peso que culminaron en la creación del Amparo directo, pero sobretodo, la influencia indebida que los ejecutivos locales gozaban en los tribunales de los Estados, lo que justificaba la defensa extraordinaria de la justicia federal.

Las consideraciones del Constituyente que sirvieron de base para la creación de este instrumento de control de la legalidad se fundaron esencialmente en los siguientes argumentos:

- Mientras los tribunales estatales tienen como objetivo la aplicación de la ley para resolver controversias civiles o penales sometidas a su consideración, el juicio de amparo solo se limita a resolver si en la sentencia reclamada se invade la esfera de competencia de la Federación por los Estados, o la de éstos por la

⁴ *Actas de la Asamblea Constituyente de 1917.*

⁵ Juan Díaz Romero, *El Amparo Directo y los Tribunales ordinarios. ¿La simbiosis debe continuar?*, SCJN, México, 2003.

Federación, o si dicha sentencia es violatoria de garantías individuales. Ambas determinaciones no pueden ser resueltas por los tribunales comunes, como tampoco pueden declarar la constitucionalidad de las leyes que aplican, actividad reservada al más alto Tribunal federal.

- Asimismo, no es exacto que el juicio de amparo sea otra instancia que revise las sentencias de los tribunales estatales. Sólo resuelve si la sentencia violó garantías individuales, aplicó una ley anticonstitucional o desconoció los principios federativos. En estos casos así se declara y será el Tribunal estatal quien dicte el nuevo fallo dentro de la esfera de su competencia.
- Que sea el Poder Judicial de la Federación quien examine las sentencias de los tribunales estatales, para verificar si se violaron o no las garantías individuales. No perjudica la soberanía de los Estados, en virtud de que éstos, mediante el pacto federal, encomendaron al Poder Judicial de la Federación hacerse cargo de esas garantías.

3. Justicia local e independencia judicial

Las anteriores, fueron las principales precisiones esgrimidas en el Congreso Constituyente para justificar o denostar la creación del amparo directo. Sin embargo, debe hacerse notar que todos estos argumentos justificados, en cuanto al necesario control legal de los actos o leyes de las autoridades comunes y la tradición despótica de los gobiernos locales, no abordaron el problema de la independencia de los poderes judiciales de los estados, que en el plano local, muy alejados de su autonomía, subsistían bajo la influencia del ejecutivo y del legislativo, en menor grado.

Estos órganos locales de justicia no establecieron fundamentos estructurales. Al punto que las verdaderas reformas al sistema judicial han ocurrido en sede federal, no así en los estados, donde permanecen intocadas estructuras del antiguo derecho, intactas costumbres de provincia. La falta de condiciones jurídicas, políticas y económicas, no permiten la independencia material y formal de los tribunales locales. Sin embargo, a falta de ella, ha prevalecido este recurso protector de la legalidad, basado en la sumisión jurisdiccional de los tribunales locales a los tribunales federales en materia de amparo.

La implantación progresiva del llamado amparo judicial, como control de la legalidad y la concentración judicial de los asuntos de mayor trascendencia, se debieron a la falta de integración de los tribunales superiores de las entidades federativas, como ordenaba la Constitución de 1824. Esta deficiencia de los poderes locales, sobretodo su falta de independencia, fortaleció la tendencia a centralizar los asuntos judiciales del país, en última instancia ante la Suprema Corte de Justicia.

Esta tendencia ha persistido en las leyes actuales, como consecuencia de una interpretación extensiva del Art. 14 Constitucional, provocando que el derecho de amparo se concentrara en la impugnación de las resoluciones judiciales, transformando de manera creciente la institución del Amparo en un recurso de casación federal, como lo recogieron los códigos de procedimiento civiles de 1897 y 1908. Esto permitió no solo impugnar las sentencias definitivas, sino también las violaciones procesales en el momento que se cometían. De manera que en un solo proceso, era posible promover diversos juicios de amparo.

Es en este contexto que aparece el interesante ensayo jurídico “*El Artículo 14, Estudio Constitucional*”, de Emilio Rabasa que propone la supresión del amparo contra resoluciones judiciales cuando se reclamaba la indebida aplicación de disposiciones legales secundarias, lo que sugería una reforma del 14 constitucional.

Este debate continua todo el S. XIX hasta el Constituyente de 1917, que pese a reconocer que la centralización de la justicia, tal y como se venía practicando desde el periodo colonial, el México independiente, durante la Reforma, la Revolución, el México contemporáneo, como consecuencia de la interposición del juicio de amparo contra las resoluciones judiciales, que para los defensores del Derecho local, era la causa que limitaba la autonomía de los Estados, y más grave que no optara por una reforma que dispusiera plenas garantías para los justiciables, en el marco de un federalismo que garantizara el libre desenvolvimiento de las instituciones judiciales de las entidades federativas. Por el contrario, se siguió considerando la idoneidad de dicho medio de impugnación federal, a falta de independencia de los tribunales locales.⁶

De manera que la regulación del amparo judicial, tal y como quedó establecido en el Art. 107 de la Carta Federal y en las leyes reglamentarias de 1919 y 1936, fue innovada en lo relativo a la división del proceso de amparo. En los de una sola instancia, cuando se tratara de la impugnación de las sentencias judiciales, que a decir del profesor Héctor Fix-Zamudio, de manera imprecisa se le ha llamado amparo directo. Por otra parte, el de doble grado, en los supuestos que se combaten actos o disposiciones generales contra otras autoridades, al que se ha denominado como amparo indirecto.

En la actualidad, el amparo contra resoluciones judiciales es el instrumento más importante que comprende la impugnación de todas las resoluciones de los tribunales del país, locales y federales.

No existen verdaderas limitaciones para su interposición, con independencia de su cuantía o la importancia trascendental de las controversias, como si se tratara de un instrumento constitucional que tiene como objeto la tutela de derechos fundamentales. A decir del constitucionalista Fix-Zamudio, una verdadera ficción, ya que la violación de los Art. 14 y 16 de la carta federal no constituye una verdadera infracción directa, sino un mecanismo para transformar artificialmente una cuestión de estricta legalidad, en una de carácter fundamental. Como lo dispuso el constituyente de 1917, se trató de una medida política acorde a los tiempos aquellos, que una funcionalidad constitucional o una consecuencia de la evolución natural del derecho nacional.

Esta situación, debe corregirse, la independencia de los poderes judiciales estatales debe restaurarse de pleno derecho, se trata de la misma crítica jurídica emprendida desde el S. XIX por Emilio Rabasa, Silvestre Moreno Cora y continuada todo el S. XX, por otros constitucionalistas. La misma que aparece cuando los estados de la federación mexicana, reclaman la recuperación de sus funciones autónomas, mediante la reforma de las leyes y las instituciones jurídicas.

⁶ Héctór Fix-Zamudio, Héctor, “Tribunales locales y Federales”, en *Las Entidades Federativas y el Derecho Constitucional*, M. Gámiz Parral (coordinador), UNAM, México 2003.

Bibliografía

AFONSO DA SILVA, J, *Aplicabilidad de las Normas Constitucionales*, Traduce. Nuria González Martín, UNAM, México, 2003.

ASTUDILLO REYES, César, *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, UNAM, México, 2004.

BENÍTEZ TREVIÑO, Humberto, *La Sala Constitucional del Estado de México como expresión del federalismo del S. XXI*, UNAM. México, 2005.

CONCHA CANTÚ H.A. y CABALLERO JUÁREZ, J.A, *Diagnóstico sobre la Administración de Justicia de las Entidades Federativas*, National Center for State Courts, USA, I.I.J. UNAM, México, 2001.

DÍAZ ROMERO, Juan, *El Amparo Directo y los Tribunales ordinarios. ¿La simbiosis debe continuar?*, SCJN, México, 2003.

FIX-ZAMUDIO, H., *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, Porrúa-UNAM, México, 1999.

GÁMIZ PARRAL, M.J., *Derecho Constitucional y Administrativo de las entidades federativas*, UNAM, México, 2003.

_____, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. LIMUSA, México, 2003

_____, *Las Entidades Federativas y el derecho constitucional*, UNAM, México, 2003.

Libro de actas de la Asamblea Constituyente de 1917, Edición del Congreso de la Unión, México s/f

RABASA, Emilio, *El artículo 14, El Juicio Constitucional*, Segunda Edición, Ed. Porrúa, México, 1955.

TRUEBA URBINA, A. y otros, *Nueva legislación de Amparo reformada*, Ed. Porrúa, México, 2003.

La seguridad nacional y el acceso a la Información pública en México

Luz del Carmen Martí de Gidi*

RESUMEN: En el presente trabajo la autora analiza las definiciones tradicionales de seguridad nacional que aluden al uso y control de la fuerza militar de los Estados y las más modernas que hacen referencia a las amenazas tanto militares como políticas, económicas, sociales y ambientales. Sostiene la conveniencia de utilizar una definición específica para cada país, en la que prevalezca la claridad y la precisión. La delimitación correcta de este concepto ayudará a reducir los márgenes de discrecionalidad en el derecho de acceso a la información en nuestro país.

Palabras claves: seguridad nacional, seguridad del Estado, acceso a la información.

ABSTRACT: In this essay the author analyzes the traditional definitions of national security that allude to the use and control of the State's military force, and the more modern that make reference to military, as well as political, economical, social and environmental threats. She sustains the convenience of using a specific definition for every country, in which clarity and precision prevails. The correct delimitation of this concept will help reduce discretionary margins in the information access right in our country.

Key words: national security, State's security, information access.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Aproximación al concepto. 3.- La seguridad nacional en Latinoamérica. 4.- La seguridad nacional en México. Reflexión final

1.- Introducción

El concepto de “seguridad nacional” confronta tanto en el plano teórico como en el campo del derecho comparado y en su aplicación concreta en la legislación mexicana, diferentes problemas que es menester abordar, con la pretensión de proponer para el caso de México, alternativas para superarlos.

Estamos frente a un término cuyo significado no es único, de tal manera que al enunciarlo es posible hacer referencia a una amplia variedad de contenidos, y como se verá en el desarrollo de este trabajo, con facilidad se alcanza la conclusión de que ha

* Doctora en Derecho Público. Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

constituido a lo largo de su desarrollo un “concepto vacío”, en la medida en que a su interior ha sido posible colocar una gran variedad de temas, según sea el lugar y el momento en que ha pretendido precisarse. Así, desde el período llamado de la “guerra fría” en que cobró vigencia dicho concepto, se convirtió en un concepto multifacético.

Es posible distinguir entre las definiciones tradicionales de seguridad nacional que tienden a focalizarse en las capacidades materiales y en el uso y control de la fuerza militar por los Estados, y las concepciones recientes que aluden a amenazas militares, políticas, económicas, sociales y ambientales, que afectan no sólo a los Estados sino a los grupos e individuos. En estas últimas es la noción de “amenaza” la que constituye el aspecto central y conduce al Estado a dar forma a una agenda de seguridad nacional que rebasa con mucho las cuestiones meramente militares, para incorporar los peligros para la economía, el medio ambiente, los recursos naturales, políticos y culturales.

La idea de seguridad nacional toma un derrotero más específico para el caso de los países latinoamericanos, especialmente en aquellos que durante una parte importante del siglo XX fueron gobernados por regímenes militares, en donde seguridad nacional y régimen de gobierno se identifican el uno con el otro.

Por último, abordaré el concepto de “seguridad nacional” establecido por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI) vigente en nuestro país,¹ el cual constituye una de las diferentes razones para clasificar con el carácter de reservada a la información que se encuentra en poder de los sujetos obligados de ese derecho, aunque está concebido de una manera vaga, lo cual permite una aplicación con discrecionalidad excesiva por parte de la autoridad, en detrimento del derecho de los gobernados a buscar y obtener información pública.

2.- Aproximación al concepto

Previamente a revisar la manera en que se ha comportado el concepto de seguridad nacional, por lo que a su significado se refiere, es conveniente conocer algunas nociones vertidas sobre la idea de seguridad a secas, esto es, seguridad sin adjetivos y por supuesto, mencionar de cuántas formas puede ser calificada, con lo que a cada nuevo adjetivo que se le aplique, se origina un concepto diferente.

Es obligado distinguir primero el sentido lingüístico de dicho término, toda vez que forma parte del lenguaje común y es utilizado para referirse a determinadas condiciones subjetivas y objetivas.

Desde el punto de vista de su etimología, la palabra “seguridad” proviene del latín *securitas* que a su vez se deriva del adjetivo *securus*, que se compone de las voces *se* que equivale al privativo “sin” y *cura* que corresponde a cuidado, lo cual da lugar al sentido de estar despreocupado, sin temor; y como definición implica la calidad de seguro, estar libre y exento de todo peligro.

El diccionario de la Lengua Española de la Real Academia recoge “seguridad” como “cualidad de seguro”, y “de seguridad” como locución “que se aplica a un ramo de la administración pública cuyo fin es velar por la seguridad de los ciudadanos”.

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 11 de junio de 2002, entró en vigor en junio de 2003.

Como adjetivo “seguro” se define como “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo; cierto, indubitable y en cierta manera infalible; firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse; desprevenido, ajeno de sospecha”. Aparecen así dos ideas genéricas: a) la de certitud (estar seguro de alguna cosa); y b) la de seguridad física, ya real ya percibida (estar seguro o sentirse seguro).²

Seguridad es un concepto controvertido (no hay una definición universalmente aceptada), ya que, como sostienen algunos teóricos, las definiciones están influidas por la ideología, el marco temporal en el que se formulan y la unidad de análisis identificada. Las definiciones más comunes usualmente se refieren a la defensa de las fronteras territoriales de los Estados y la protección de su núcleo de valores.³

Sánchez Cano explica que el término seguridad, además, es propio del discurso de las entidades políticas, las cuales lo utilizan para calificar ciertas actuaciones; dicho de otra manera, se convierte en una calificación o etiqueta que los gobiernos utilizan para calificar determinadas cuestiones en relación a las cuales se permiten realizar acciones que consideran prioritarias, que posibilitan la aplicación de recursos importantes y que además reclaman la reducción en los niveles de control e información acerca de las decisiones tomadas y las gestiones políticas que a su amparo llevan a cabo.⁴ Es en este ámbito en donde surgen expresiones como las de “seguridad nacional”, “seguridad pública”, “seguridad social”, “seguridad del Estado”, “seguridad ecológica” y “seguridad económica”, entre otras.

Veamos ahora de qué manera se ha comportado el concepto de seguridad nacional por lo que a su significado se refiere: más allá de las tesis geopolíticas que en su momento fueron planteadas por Alfred T. Mahan, Halford McKinder y Karl Haushoffer; varios autores coinciden en que es después de la segunda guerra mundial cuando se generaliza este concepto.

Con el fin de la “guerra fría” y la desintegración de la Unión Soviética, el clima político e intelectual ha cambiado. El concepto de amenaza se encuentra ligado al concepto de seguridad. Es posible distinguir entre definiciones tradicionales y restringidas de seguridad⁵ que tienden a focalizarse en las capacidades materiales y en el uso y control de la fuerza militar por los Estados, y las concepciones recientes y amplias⁶ que han distinguido entre las amenazas militares, políticas, económicas,

² Javier Sánchez Cano, *El debate sobre el concepto de seguridad (1980-1997)*, Institut de Ciències Polítiques i socials, Barcelona, 1999, p. 13.

³ Caroline Thomas, “Third World Security”, en *International Security in the modern world*, Roger Carey and Trevor C. Salmon, editors, reprinted first edition, MacMillan Press Ltd., London, 1996, p. 93.

⁴ *Idem*, p. 14.

⁵ Como la desarrollada en los principios de los años ochenta del siglo pasado por Richard Ullman en “Redefining Security” *International Security* 8, num. 1(Summer 1983), “National security is threatened by the consequences of events that quickly degrade the quality of life of state and nonstate actors alike, thus narrowing significantly the future range of political choice”, pp. 130-135, citado por Peter J. Katzenstein, *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics*, Peter J. Katzenstein, editor, Columbia University Press, Nueva York, 1996, p. 8.

⁶ Ver Barry Buzan, *People, States and Fear: The National Security Problem in International Relations*, Wheatsheaf Books, London. 1983; “The case for a Comprehensive Definition of Security and the Institutional Consequences of Accepting It”, *Working Paper* 4, 1990, Centre for Peace and Conflict Research, Copenhagen. 1990; “New Patterns of Global Security in the Twenty-first Century”, *International Affairs* 67, núm. 3, 1991; Edward A. Kolodziej, “Renaissance in Security Studies? Caveat Lector!”

sociales y ambientales, que afectan no sólo a los Estados sino a los grupos e individuos también.

En ese sentido Robert Mandel, en su libro *The changing face of national security*, sostiene que aun cuando algunos autores afirman que prácticamente desde el nacimiento mismo del Estado-nación, el asunto de la seguridad nacional se convirtió en una cuestión de la mayor preocupación, no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial y particularmente durante el período llamado de la “guerra fría” que cobró vigencia dicho concepto, convirtiéndose desde su origen en un concepto multifacético. De ese modo, renunciando expresamente a la posibilidad de proponer una noción de validez universal, lo define de la siguiente manera: “*National security entails the pursuit of psychological and physical safety, which is largely the responsibility of national governments, to prevent direct threats primarily from abroad from endangering the survival of these regimes, their citizenry, or they way of life.*”⁷

Destaca en la definición propuesta la responsabilidad que corresponde al gobierno del Estado de proteger al régimen, a sus ciudadanos y su modo de vida, de las amenazas provenientes principalmente del exterior, procurando su seguridad tanto física como psicológica, la cual puede verse también amenazada, y no solamente la integridad territorial del Estado. Debe evidenciarse que el enfoque del concepto elaborado por Mandel hace énfasis en las amenazas provenientes del exterior, no haciendo alusión a los peligros que puedan surgir del interior del Estado de que se trate, las cuales estima de mayor interés y preocupación para aquellos Estados que son llamados del “tercer mundo”.

Es la noción de “amenaza” la que constituye el aspecto central de la definición transcrita que es entendida por el autor que nos ocupa como un enemigo multifacético e inespecífico, lo cual conduce al Estado a dar forma a una agenda de seguridad nacional que rebasa con mucho las cuestiones meramente militares, para incorporar los peligros de naturaleza económica, del medio ambiente, derivados de los recursos del Estado, políticos y culturales, en tanto constituyan una amenaza directa a los bienes que deben ser protegidos.

En todo caso, advierte que las naciones son inconsistentes al identificar tales amenazas, de tal manera que a ciertas acciones provenientes del exterior, como pueden ser las maniobras militares, les atribuyen un mayor peligro aun sin serlo, que en tratándose de otras que pueden tenerlo en mayor medida. En todo caso, son guiados por su percepción de lo que la sociedad estima peligroso y le provoca temor, lo cual puede resultar irracional y contradictorio.

Por su parte, Cathryn Thorup coincide con el autor antes citado en cuanto a que el concepto de la seguridad nacional surgió por primera vez en los Estados Unidos con posterioridad a la segunda guerra mundial y más específicamente en el contexto de la llamada “guerra fría”, circunscribiéndose principalmente a las amenazas externas que ponían en riesgo la estabilidad del Estado, “...y por lo tanto, se definía en términos de la

International Studies Quarterly 36, núm. 4 (December 1992); citado por Peter J. Katzenstein, *The Culture of National Security, op. cit.*, p. 9.

⁷ Robert Mandel, *The changing face of national security. A conceptual analysis*, Greenwood Press, London, 1989, p. 21.

disuasión nuclear, superioridad en armamento, inteligencia militar, alianzas, contención de las naciones agresoras y estabilidad en la relación Estados Unidos-Unión Soviética.”⁸

Sin embargo, a la caída del socialismo real y consecuentemente con el debilitamiento de la idea de un enemigo externo poderoso, el contenido exclusivamente militar de la seguridad nacional empezó a parecer desactualizado, dando paso a la necesidad de reconsiderar acerca de la naturaleza de su contenido; así, “...se argumenta que las amenazas ‘reales’ a la seguridad que enfrentan al mundo en desarrollo -y por extensión, a la seguridad nacional de Estados Unidos- tienen su origen en el atraso económico. En consecuencia, la amenaza no se origina en un enemigo externo, sino en causas internas creadas por los profundos problemas del desarrollo. Ante esta situación [...] deben tomarse en cuenta las condiciones económicas y sociales de un país.”⁹

A pesar de postular lo anterior, la autora advierte que la definición de seguridad nacional debe ser específica para cada país, en la medida en que debe reflejar los diferentes intereses nacionales; que constituye un riesgo potencial el incorporarle demasiados contenidos que la vuelvan inmanejable, recomendando por tanto que en su elaboración prevalezca la claridad y la precisión.

Conviene recordar aquí que, en la actualidad, en los Estados Unidos de América el concepto de seguridad nacional conserva el mismo contenido que le atribuyó la *executive order* 12,356 del Presidente Ronald Reagan de abril de 1982, consistente en la defensa de la nación y las relaciones extranjeras de los Estados Unidos.¹⁰

La exigencia de precisión y claridad en la posible nueva definición de seguridad nacional la hace suya Gene Sharp, quien, aunque considera necesario que se acuñe de nueva cuenta, claro está, refiriéndose al caso de los Estados Unidos, hace hincapié en el hecho de que al utilizar en esos intentos términos abstractos, se abre la puerta para que se cometan errores de reflexión, juicio y acción:

Si se incluye ‘interés nacional’ dentro de ‘seguridad nacional’, se deja abierta la posibilidad de la represión de grupos internos que supuestamente ponen en peligro los intereses del país, así como de la intervención militar en países con los que se tengan diferencias económicas, políticas o de cualquier índole. Si también se incluye, como lo hace Richard Ullman, cualquier ‘amenaza drástica que degrade la calidad de vida’ o ‘que reduzca el rango de opciones políticas del gobierno de un Estado o de entidades privadas no gubernamentales’, esto eleva el interés económico de la iniciativa privada al nivel de prioridad nacional y se abre la puerta a diversos tipos de intervención militar en otros países, en nombre de la seguridad nacional.¹¹

⁸ Cathryn L. Thorup, “La formulación de la agenda de seguridad nacional para la década de los noventa; el dilema de la redefinición”, en: *En busca de la seguridad perdida. Aproximaciones a la seguridad nacional mexicana*, Sergio Aguayo Quezada y Bruce Michael Bagley (compiladores), segunda edición, Siglo XXI editores, México, 2002, p. 97.

⁹ Cathryn L. Thorup, “La formulación de la agenda de seguridad nacional para la década de los noventa; el dilema de la redefinición”, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰ Ver sobre este tema Paul G. Chevigny, “Information, the Executive and the Politics of Information”, en *Free Speech and National Security*, Simón Shetreet editor, , Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands 1991, p. 139 y ss.; Luz del Carmen Martí de Gidi, “Acceso a la información y seguridad nacional en los Estados Unidos”, en *Revista Letras Jurídicas*, año 5, número 9, enero-junio de 2004, Xalapa, Ver., México, pp. 195-222.

¹¹ Gene Sharp, “En torno a la definición de seguridad nacional”, en: *En busca de la seguridad perdida. Aproximaciones a la seguridad nacional mexicana*, *op.cit.*, p. 97.

Por lo que se refiere a la manera en que el sistema británico aborda las cuestiones de seguridad nacional destaca el hecho de que los alcances que se le atribuyen a dicho concepto se lleva a cabo aplicando en extremo las facultades discrecionales, lo cual contribuye a corroborar la afirmación de que es recurrente el hecho de que se le atribuyan diversos contenidos.

Miguel Revenga Sánchez, en un trabajo publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional, analiza el caso de Inglaterra en esta materia, resaltando para ilustrar sus características un fragmento de la sentencia pronunciada por la Cámara de los Lores en un caso de reclamación civil planteado en el año de 1916, que es del tenor siguiente: “Aquellos sobre quienes recae la responsabilidad de garantizar la seguridad nacional deben ser los únicos con capacidad para decidir qué es lo que la seguridad demanda. Sería en extremo improcedente que los asuntos de esa índole fueran objeto de prueba ante los tribunales, o se convirtieran en materia de discusión pública.”¹²

El criterio expresado en la resolución de que se trata no fue aislado, ya que se conservó a lo largo del siglo XX en diferentes resoluciones pronunciadas por la Cámara en cuestión; ello hace decir al autor español que se comenta lo siguiente:

En los cuatro casos que acabamos de mencionar se registra el conflicto, bien característico, entre derechos constitucionales y exigencias de la seguridad nacional. Los cuatro proceden de un mismo país, lo que no da diversidad de ámbito geográfico al argumento, pero es difícil no tener la impresión de que la coexistencia de un sistema de derechos con el límite de la seguridad, llámeselo nacional o de Estado, da lugar a conflictos que se asemejan como dos gotas de agua. Estamos ante una idea subdesarrollada en el plano conceptual, y cargada de emotividad e irracionalismo en su plasmación práctica. La seguridad nacional es, como se ha dicho, una utilísima herramienta multiuso adaptable a las necesidades de cualquier tipo de Estado (Buzan, 1991). En último extremo corresponde simple y llanamente, a la idea de poder.¹³

Independientemente de los matices que se pretenda atribuir a la idea de seguridad nacional, las características de diversidad e imprecisión aparecen en todos los intentos que se hagan por atraparla en un concepto.

Comento ahora el planteamiento que hace al respecto el académico mexicano Orozco Henríquez acerca del tema: de inicio debe destacar que se trata de un concepto que no tiene un significado claramente establecido, y al elaborar el suyo elige circunscribirlo a la cuestión concreta de la estabilidad de ciertos órganos de gobierno que no llega a identificar con claridad; así sostiene que la seguridad nacional: “...se refiere a todos aquellos programas, medidas o instrumentos que cierto Estado adopta para defender a sus órganos supremos de un eventual derrocamiento violento por un movimiento subversivo interno o por una agresión externa.”¹⁴

Sin embargo, a pesar de que la definición transcrita delimita considerablemente los alcances del concepto que nos ocupa al señalar en él como efecto concreto el derrocamiento de lo que llama “autoridades supremas”, un poco más adelante afirma:

¹² Miguel Revenga Sánchez, “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1998, p. 63; *Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 40 y ss.

¹³ *Idem*, p. 64.

¹⁴ J. Jesús Orozco Henríquez, voz: “Seguridad Nacional”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 2886.

“...también implica la habilidad del gobierno de funcionar eficientemente y satisfacer los intereses públicos; virtualmente cualquier programa gubernamental, desde la capacitación militar hasta la construcción de vías generales de comunicación y la educación misma...puede justificarse, en parte, por proteger la seguridad nacional.”¹⁵

Por su parte Martín Hernández Bastar, aplicando fundamentalmente el significado etimológico del concepto seguridad que vimos arriba, sostiene: “Ahora bien semánticamente seguridad nacional significa...que, una ‘nación se encuentra libre de todo peligro daño o riesgo’. Por lo tanto, seguridad nacional pertenece al resguardo de una nación...”¹⁶

3. La seguridad nacional en Latinoamérica

La idea de seguridad nacional toma un derrotero más específico para el caso de los países latinoamericanos, especialmente en aquellos que durante una parte importante del siglo XX fueron gobernados por regímenes militares, en donde seguridad nacional y régimen de gobierno se identifican el uno con el otro, a tal grado que Lorenzo Hernández Franco asevera que: “...nos encontramos con un nuevo tipo de Régimen Político que denominamos como Regímenes Políticos de Seguridad Nacional.”¹⁷ Así, el concepto de que se habla envuelve directa o indirectamente a todas las actividades del Estado.

Refiriéndose de manera específica al caso de Brasil, respalda su postura en la noción que de seguridad nacional tiene el autor brasileño Amaral Gurgel, quien afirma que la seguridad nacional es la garantía proporcionada por el Estado para la conquista y/o la conservación de los objetivos nacionales, a pesar de los antagonismos o resistencias que ofrezcan las personas.¹⁸

Por lo que se refiere a Chile, Fernández Franco cita en su trabajo el concepto de seguridad nacional elaborado por Medina Lois, el cual concibe a la seguridad nacional como: “...la capacidad del Estado para garantizar su supervivencia, manteniendo su soberanía e independencia material y espiritual, preservando su forma de vida y posibilitando el logro de sus objetivos fundamentales.”¹⁹

Coincide en lo esencial con los conceptos anteriores el elaborado por Edgardo Mercado Jarrín, quien señala que la seguridad nacional puede expresarse como: “La garantía que el Estado otorga a la Nación mediante acciones políticas, económicas, sociales y militares para la obtención y mantenimiento de los Objetivos Nacionales, a pesar de las presiones dominantes existentes.”²⁰

Como puede advertirse de las ideas apuntadas, destaca que subyacen en la noción que se estudia prácticamente todas las acciones que considere pertinente llevar a

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Martín Hernández Bastar, *El contexto actual de la seguridad nacional en México. Una propuesta de agenda institucional*, INAP, México 2001, p. 8.

¹⁷ Lorenzo Fernández Franco, *La doctrina de la seguridad nacional en América Latina. El caso brasileño*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 13.

¹⁸ *Idem*, p. 49.

¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

²⁰ *Ibidem*, p. 63.

cabo la autoridad del Estado, para alcanzar y preservar metas que carecen de precisión conceptual dada su naturaleza relativa, como pueden ser los “objetivos nacionales” o los “intereses nacionales”.

A semejantes conclusiones llega Augusto Sánchez Sandoval después de analizar la legislación de la seguridad nacional en distintos países latinoamericanos, sosteniendo que: “La doctrina de la seguridad nacional se caracteriza por su total indeterminación y en ella cabe cualquier capricho tendente a la defensa del poder. Por eso en las legislaciones referidas [...] todo puede ser considerado de seguridad nacional y de ello se deriva que cualquier medio legal o ilegal sea idóneo para mantener el *status quo*. Por tal motivo, los gobiernos han creído necesario crear leyes que permitan su acción discrecional para reprimir toda oposición que se presente y prevenir cualquier manifestación de disidencia.”²¹

Para concluir con esta panorámica de la idea de seguridad nacional en los países de Latinoamérica, que puede pecar de hacer énfasis en una época en que una parte importante de ellos se encontraban sometidos a régimenes militares, cuyo autoritarismo les es connatural, me parece ilustrativo transcribir los conceptos recientemente vertidos por la Defensoría del Pueblo del Perú acerca de la seguridad nacional, como una de las excepciones existentes actualmente en ese país, al acceso a la información pública. Al respecto, sostiene que se trata de una expresión que ha sido frecuentemente empleada para mantener en reserva la información, mediante un concepto amplio que ha desnaturalizado el derecho de acceso a la información y fomentado la “cultura del secreto”. Por ello, creemos que debe avanzarse hacia un concepto restringido que sólo permita denegar información cuando se afecte en forma directa y manifiesta la independencia, soberanía e integridad del país, interna o externamente. Un aporte al respecto se aprecia en los “Principios de Lima” cuando señalan que:

Es inaceptable que bajo un concepto amplio de seguridad nacional se mantenga el secreto a la información. Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto.²²

4.- La seguridad nacional en México

La expresión “seguridad nacional” aparece en nuestro país en los Planes Nacionales de Desarrollo y se mantiene en ellos por un periodo prolongado que va de 1980 al año 2002 en que se publicó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Sin embargo, el sentido que se le atribuye no permanece igual a lo largo de esas dos décadas; en efecto, en un principio se identificó con las fuerzas armadas del país y el papel que les corresponde en la defensa exterior e interior, en tanto que en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006 se le identifica con la protección y preservación del interés colectivo, ya que tiene como propósito evitar o minimizar en lo posible cualquier riesgo o amenaza a la integridad física de la población y de las instituciones, en donde “las verdaderas amenazas a las instituciones y a la seguridad

²¹ Augusto Sánchez Sandoval, *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2000, p. 89.

²² Defensoría del Pueblo, *El acceso a la información pública. No a la cultura del secreto*, Lima, 2001, p. 13.

nacional las representan la pobreza y la desigualdad, la vulnerabilidad de la población frente a los desastres naturales, la destrucción ambiental, el crimen, la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”.

Después de la publicación del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, es posible identificar cinco cuerpos de normas que constituyen el marco normativo de la seguridad nacional: el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el Reglamento de esta Ley, la reforma constitucional a los artículos 73 y 89, y la Ley de Seguridad Nacional.

En el artículo 3º de la Ley de Seguridad Nacional que entró en vigor en febrero de 2005, se incluye un concepto muy extenso, ya que por seguridad nacional se entienden “las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano”, las cuales se detallan en las cinco fracciones que comprende este artículo.²³

Dentro de la definición se incluyen conceptos demasiado extensos como: “fortalecer las instituciones democráticas de gobierno” y “la preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico, social y político del país y sus habitantes”, y en esos conceptos será perfectamente posible insertar cualquier acción gubernamental, habida cuenta que todas “las instituciones del gobierno” son por definición democráticas, y fortalecerlas, cuyo sentido debe ser figurado, no puede identificar mas que el hacerlas operar con apego a las leyes que las rigen; o que “el desarrollo económico, social y político del país y sus habitantes”, es por su importancia, extensión y grado de complejidad, la razón de ser del Estado y el reto por excelencia de las instituciones gubernamentales. Lo anterior permite reiterar la idea que se ha venido planteando, en el sentido de que el término de seguridad nacional no ha podido ser delineado con precisión.

La Ley de Seguridad Nacional recién aprobada es muy clara en señalar que el concepto de seguridad nacional ahí consignado, de acuerdo al artículo 3º se aplica exclusivamente a la materia regulada por dicha ley. En tales condiciones, si normalmente por la aplicación del principio general de derecho que indica que toda ley posterior deroga a la anterior, en aquellos aspectos que sean total o parcialmente incompatibles, quedaría derogada la definición de seguridad nacional plasmada en la fracción XII del artículo 3º de la LAI, sin embargo, en este caso, debe subsistir esa

²³ De conformidad con el artículo 3º de la Ley de Seguridad Nacional, para efectos de esta Ley: Por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a:

- I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;
- II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;
- III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;
- IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional;
y
- VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y de sus habitantes.

definición de seguridad nacional como límite del derecho de acceso a la información, ya que se trata de una legislación específica sobre la materia.

La Ley de Seguridad Nacional da lugar además a un sistema normativo paralelo en materia del derecho de acceso a la información pública gubernamental (Capítulo III: Del acceso a la información en materia de seguridad nacional) especialmente por lo que hace a la información reservada y a la información calificada como confidencial. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley de Seguridad Nacional se puede reservar información, además de las causas señaladas en la LAI, en atención a lo dispuesto por las fracciones I y II del artículo citado, llamando la atención que a través de la fracción II están en posibilidad de invocar para la reserva, todas las hipótesis de amenaza que regula el artículo 5º de la Ley de Seguridad Nacional.

En el caso específico de la legislación general vigente en materia de acceso a la información pública gubernamental, el término “seguridad nacional” se encuentra plasmado en la norma de una manera altamente imprecisa, lo cual da lugar a que para su aplicación concreta sea necesario una discrecionalidad extrema por parte de la autoridad administrativa, en detrimento del derecho del gobernado.

La definición de seguridad nacional la encontramos en el artículo 3º de la LAI, que contiene un glosario de los diferentes términos utilizados en la ley; así, en el inciso XII señala: “XII. Seguridad Nacional: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado Constitucional.”

El primer señalamiento que debe hacerse es en relación a la ubicación del concepto que nos ocupa; en efecto, considero que la LAI no es la indicada para establecerlo, habida cuenta de que su finalidad es la de estructurar el derecho de acceso a la información, reglamentando la parte final del artículo 6º constitucional, y parece evidente que la seguridad nacional, aunque puede ser considerada una limitante al derecho de acceso, su magnitud y complejidad es tal, que requiere de un instrumento normativo propio que defina sus alcances con la debida extensión y amplitud, lo cual rebasaría, con mucho, una definición ubicada entre muchas otras, sin que se le desarrolle debidamente.

Por lo que hace a la afirmación que le atribuye una mala redacción a la fracción XII del artículo 3º, se apoya en el hecho de que el núcleo del concepto de seguridad nacional no se hace consistir, por ejemplo, en la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, sino como se desprende de su redacción literal, en las acciones destinadas a protegerlas; si ello fuera así, el nivel de imprecisión se agudizaría, en tanto que resultaría fácil argumentar que toda la actividad de una Secretaría como puede ser la de Defensa o la de Marina, está “destinada” a “proteger” la “integridad” del Estado mexicano y consecuentemente quedaría colocada dentro del concepto de seguridad nacional, y al margen del derecho de acceso a la información pública que se encuentra en su poder.

Se trata de términos tan extensos que en su nombre puede sustraerse del derecho de acceso más información de la debida. A más de ello, la parte final de la fracción XII no es susceptible de ser interpretada de igual forma, no quedando otra alternativa que

entender que para el legislador son de seguridad nacional las “Acciones... orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional”, dentro de lo cual se puede colocar cualquier actividad de los órganos estatales y por ende la información relacionada con esa actividad.

El concepto de seguridad nacional incorporado en la LAI está muy lejos de satisfacer los principios y recomendaciones requeridos en diferentes instrumentos internacionales que se han venido proponiendo desde hace muchos años.

Tal vez el primero de ellos es el que se conoce como Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, producto de una conferencia celebrada en la ciudad de Italia que le da nombre, celebrada del 30 de abril al 4 de mayo de 1984 y que estuvo patrocinada por la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a la que asistieron treinta y un expertos de diecisiete países. En la citada reunión se tuvo como objetivo principal el realizar un minucioso examen de las condiciones y los motivos para las limitaciones permisibles enunciadas en el Pacto, a fin de lograr una aplicación efectiva de los derechos que postula.

Así, en el tema relativo a la seguridad nacional se sostuvo:

Artículo 29. Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza.

Artículo 30. No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público.

Artículo 31. No se podrá utilizar la seguridad nacional como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos.²⁴

Años más tarde, en octubre de 1995, un grupo de expertos reunidos en la ciudad sudafricana de Johannesburgo, adoptó una serie de principios sobre la seguridad nacional, libertad de expresión y acceso a la información, que parten de la base de reiterar su respaldo a los principios de Siracusa ya mencionados. En su Capítulo III se estudian las restricciones a la libertad de información y se postulan los siguientes principios:

PRINCIPIO 11: Ley General sobre el acceso a la información.

Todos tienen derecho a obtener información de las autoridades públicas, incluyendo información relacionada con la seguridad nacional. No se puede imponer restricción alguna a este derecho por motivos de seguridad nacional, a menos que el gobierno pueda demostrar que la restricción está prescrita por la ley y que es necesario en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo.

PRINCIPIO 12. Designación restrictiva de la dispensa por motivos de seguridad.

Un Estado no puede denegar categóricamente el acceso a toda información relacionada con la seguridad nacional, sino que debe mas bien designar en la ley sólo aquellas categorías de información específicas y puntuales que deben denegarse para proteger un interés de seguridad nacional legítimo.²⁵

²⁴ http://www.juschubut.gov.ar/centro_capacita/talleres/siracusa.htm

²⁵ http://www.consejoprensaperuana.org.pe/htmls/principios_johannesburgo.html

Cinco años más tarde, el 16 de noviembre del año 2000, promovidos por el Consejo de la Prensa Peruana y con el respaldo de los Relatores para la Libertad de Opinión y Expresión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA), se adoptaron los llamados Principios de Lima, en los cuales se reitera que la seguridad nacional nunca justifica las restricciones a la libertad de expresión y acceso a la información contrarias al interés público, y se dedica el apartado 8 del citado documento a precisar cuáles son las excepciones al acceso a la información que se estiman justificadas, de las cuales destaca la siguiente: “Es inaceptable que bajo un concepto amplio e impreciso de seguridad nacional se mantenga el secreto de la información. Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático.” Estas restricciones solamente serán aplicables si se encuentran reguladas por “....normas legítimas de nivel constitucional o con rango de ley....”²⁶

Reflexión final

Existe coincidencia en la doctrina en que la definición de seguridad nacional debe ser específica para cada país, en la medida en que debe reflejar los diferentes intereses nacionales; asimismo, que constituye un riesgo incorporarle demasiados contenidos que la hagan inmanejable, proponiendo que en su elaboración prevalezca, además, la claridad y la precisión.

La definición de seguridad nacional debe ser restringida, debe identificarse con la idea de protección del Estado frente a amenazas actuales y de relevante magnitud y peligro, provenientes especialmente del exterior, sin descartar aquellas que gestadas en el interior tengan la fuerza suficiente para romper la integridad del Estado.

El concepto de seguridad nacional incorporado en la LAI está muy lejos de satisfacer los principios y recomendaciones requeridos en diferentes instrumentos internacionales que se han venido proponiendo desde hace muchos años.

El concepto de seguridad nacional contemplado por la fracción XII del artículo 3º de la LAI carece de la concreción necesaria para servir de punto de apoyo para limitar derechos fundamentales como lo es el de acceso a la información pública gubernamental, lo cual permite una excesiva discrecionalidad en favor de la autoridad administrativa, que decide al clasificar los expedientes en base a sus percepciones personales lo que constituye una amenaza a la seguridad nacional.

²⁶ <http://www.cajpe.org.pe/guia/lima.htm>

Bibliografía

- BUZAN, Barry, *People, States and Fear: The National Security Problem in International Relations*, Wheatsheaf Books, London. 1983
- _____ “The case for a Comprehensive Definition of Security and the Institutional Consequences of Accepting It”, *Working Paper 4*, 1990, Centre for Peace and Conflict Research, Copenhagen. 1990.
- _____ “New Patterns of Global Security in the Twenty-first Century”, *International Affairs* 67, núm. 3, 1991.
- CHEVIGNY, Paul G., “Information, the Executive and the Politics of Information, en *Free Speech and National Security*, Simón SHETREET editor, , Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1991.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El acceso a la información pública. No a la cultura del secreto*, Lima, 2001.
- FERNÁNDEZ FRANCO, Lorenzo, *La doctrina de la seguridad nacional en América Latina. El caso brasileño*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid,
- HERNÁNDEZ BASTAR, Martín, *El contexto actual de la seguridad nacional en México. Una propuesta de agenda institucional*, INAP, México 2001.
- KATZENSTEIN, Peter J., *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics*, Peter J. KATZENSTEIN, editor, Columbia University Press, Nueva York, 1996.
- KOLODZIEJ, Edward A. “Renaissance in Security Studies? Caveat Lector!” *International Studies Quarterly* 36, núm. 4 (December 1992).
- MANDEL, Robert, *The changing face of national security. A conceptual analysis*, Greenwood Press, London, 1989.
- MARTÍ DE GIDI, Luz del Carmen, “Acceso a la información y seguridad nacional en los Estados Unidos”, en *Revista Letras Jurídicas*, año 5, número 9, enero-junio de 2004, Xalapa, Ver., México.
- PLAN GLOBAL DE DESARROLLO 1980-1982, Secretaría de Programación y Presupuesto, México, 1980.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1983-1988, *Diario Oficial de la Federación*, Segunda Sección, México, 1983.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1989-1994, *Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección, 31 de mayo de 1989.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1995-2000, *Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección, México, mayo de 1995.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2001-2006, *Diario Oficial de la Federación*, segunda sección, México, mayo de 2001.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, voz: “Seguridad Nacional”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 2886.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1998.
- _____ *Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 40 y ss.
- SÁNCHEZ CANO, Javier, *El debate sobre el concepto de seguridad (1980-1997)*, Institut de Ciències Polítiques i socials, Barcelona, 1999.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2000, p. 89.

SHARP, Gene, “En torno a la definición de seguridad nacional”, en: *En busca de la seguridad perdida. Aproximaciones a la seguridad nacional mexicana*, , Sergio AGUAYO QUEZADA y Bruce MICHAEL BAGLEY (compiladores), segunda edición, Siglo XXI editores, México, 2002.

THOMAS, Caroline, “Third World Security”, en *International Security in the modern world*, Roger CAREY and Trevor C. SALMON, editors, reprinted first edition, MacMillan Press Ltd., London, 1996.

THORUP, Cathryn L., “La formulación de la agenda de seguridad nacional para la década de los noventa; el dilema de la redefinición”, en: *En busca de la seguridad perdida. Aproximaciones a la seguridad nacional mexicana*, Sergio AGUAYO QUEZADA y Bruce MICHAEL BAGLEY (compiladores), segunda edición, Siglo XXI editores, México, 2002.

ULLMAN, Richard, “Redefining Security”, en *International Security* 8, num. 1(Summer 1983).

Legislación:

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 11 de junio de 2002.

Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de enero de 2005.

Reglamento de la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, Diario Oficial de la Federación de 11 de junio de 2003.

Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de julio de 2002.

La relación de trabajo y sus variantes

Josefa Montalvo Romero*

RESUMEN: En la actualidad asistimos a una importante transformación de las relaciones de trabajo. La tensión entre tradición y modernidad cada vez más evidente en nuestra legislación laboral producto de la presencia de operadores económicos que demandan posturas desregulatorias y de flexibilización, están provocando la erupción de variantes que guían las relaciones de trabajo.

Palabras Claves: Relación de Trabajo, Desregulación y Flexibilidad.

ABSTRACT: *In present times we assist to an important transformation of work relationships. The tension between tradition and modernity each time more evident in our labor legislation product of the presence of economic operators that demand irregulatory and flexibilization postures, are provoking the eruption of variables that guide work relationships.*

Key words: *Work Relationship, Irregulation and Flexibility.*

SUMARIO: 1. Lo líquido y lo sólido del trabajo. 2. La legislación laboral en México. 3. Teletrabajo y outsourcing.

Para abordar este tema, tenemos que ubicarnos necesariamente en el siglo XVIII, cuna de la modernidad, donde la organización social de la época sufre cambios drásticos al ser excluidos en los modos de vida elementos como la racionalidad, la secularización, la supremacía del sujeto o del individuo y toda una serie de consecuencias como los derechos humanos, la libertad, la democracia etc.

1. Lo líquido y lo sólido del trabajo

Se vincula la modernidad con la racionalidad en el sentido de ser el elemento que permite la organización de la vida social. López Ayllón considera que una de las

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana en México e Investigadora Nacional Nivel I.

consecuencias más importantes de la racionalidad es “el lugar predominante que tendrá la ciencia y la técnica en la organización y la transformación del mundo”.¹

Esta modernidad sólida, permanente y rígida está llegando a su fin. Los sólidos a diferencia de los líquidos, conservan su forma y persisten en el tiempo, duran. En cambio los líquidos se transforman constantemente, fluyen. Por eso la metáfora de la liquidez es la adecuada para entender la naturaleza de la fase. Los sólidos que se están derritiendo en este momento de la modernidad líquida, son los vínculos entre las elecciones individuales y las acciones colectivas.

Este fenómeno es visible al analizar el tema del trabajo y su regulación. Estamos asistiendo a una etapa en la que se acentúan y redistribuye los poderes de disolución de la modernidad. Ha cambiado la condición humana de modo radical y exige repensar los viejos conceptos que solían enmarcar su discurso normativo.

Lo sólido de los conceptos y de las instituciones del Derecho del trabajo caracterizadas por la permanencia y la rigidez, evolucionan hacia un estado líquido, ligero, inseguro e impredecible. La idea tradicional, sólida de los sistemas de producción Taylorista-Fordista ha cambiado y en la actualidad nos enfrentamos a sistemas flexibles tendientes a la desregulación jurídica en aras de mayor productividad y competitividad.

La idea de una relación firme y estable entre el capital y el trabajo se diluye. Antes la supervivencia de los trabajadores dependía de que fueran contratados; la reproducción y el crecimiento del capital dependían de esa contratación. Ese compromiso mutuo entre empresarios y trabajadores hoy ha sido desplazado por la idea de flexibilidad; “la actual versión licuada, fluida, dispersa, diseminada y desregulada de la modernidad, presagia el advenimiento de un capitalismo liviano y flotante signado por el desprendimiento y el debilitamiento de los lazos entre capital y trabajo. Si el permanecer juntos era el resultado del acuerdo reciproco y del compromiso mutuo, el desprendimiento es unilateral, el capital se soltó de la dependencia que lo ataba al trabajo”.²

De este modo, las amplias posibilidades de desplazamiento del capital que han permitido hablar de *globalización económica* producen efectos fuertemente *localizadores* en aquellos que quedan aferrados a territorios que de la noche a la mañana son considerados improductivos.

A esto se suma una insistente prédica que hace responsable al individuo no a la estructura social en que está inserto por sus éxitos y fracasos. Sí cada cual debe convertirse en artífice de sí mismo, si no hay modelos estables por imitar ni instituciones encargadas de asumir responsabilidades sociales, es el individuo el que carga con el peso de encontrar los caminos que lo lleven a alcanzar una vida digna. Barman advierte que “existe una enorme y creciente brecha entre nuestra condición de individuos de iure y nuestras posibilidades de transformarnos en individuos de facto, esa brecha, sin embargo, no puede ser zanjada por el esfuerzo individual únicamente, pues no hay individuos autónomos sin una sociedad autónoma, y la autonomía de la sociedad exige una autoconstrucción deliberada y reflexiva, algo que sólo puede ser alcanzado por el conjunto de sus miembros”³.

¹ Sergio López Ayllón, *Las transformaciones del Sistema Jurídico y lo significados sociales del derecho en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1997, P. 10

² Zygmunt Barman, *Modernidad Líquida*, FCE, México 2002.

³ Ídem.

Conquistar el espacio con la fluidez de esta líquida modernidad pasa por evadir, y si no, destruir los obstáculos heredados por la estructura sólida anterior, y los obstáculos son los límites, las barreras, desde los territorios de las naciones, con sus límites demarcados en fronteras, pasando por las barreras institucionales de aquellas estructuras políticas y leyes demasiado estáticas, producto de ideologías rígidas que no se adaptan a esta nueva realidad.

Aquí la pregunta sería si ¿en esta era líquida o posmoderna los conceptos del trabajo conservan aún su potencia o es necesario cambiarlos por otros?

La respuesta no es sencilla. Venimos de una tradición de lucha que nos incita a conservar principios e instituciones que fueron logradas con mucho esfuerzo y que definitivamente no podríamos abandonar tan fácilmente.

Sin embargo, el cambio y la transformación es necesaria si queremos conservar un derecho del trabajo actual y acorde a las necesidades de los trabajadores del presente y del futuro.

2. La legislación laboral en México

En los últimos años, la legislación laboral de nuestro país se ha visto afectada por una clara tensión entre la conservación de su perfil tradicional –protector del trabajador y de fuente preponderantemente heterónoma- y su claudicación ante las demandas de operadores económicos que reclaman el abatimiento de aquellas normas (desregulación) o su adaptación (flexibilización), para disminuir los costos de producción, aumentar el empleo o disminuir el desempleo. La notoria disminución de la ocupación en el país, ha fortalecido estas pretensiones.

En general, los cambios previstos en la legislación laboral pueden ser en dos formas:

1. Inspirados en las propuestas económicas neoliberales que impongan por ley o decreto, la desregulación o flexibilización de la protección tradicional.
2. Los que en el extremo opuesto, intenten reafirmar o solidificar el modelo clásico, manteniendo – y en algunos casos acentuando- la protección heterónoma del trabajador y con algún intento, tal vez más formal que sustancial, de apuntar a una flexibilización negociada.

Lo que debe quedar claro es que no es la protección laboral la que destruye el empleo.. En rigor, es el sistema económico – y la moderna producción altamente tecnologizada- los que destruyen puestos de trabajo. Son ellos los que requieren cada vez menos cantidad de trabajadores para producir las mismas o mayor cantidad y calidad de bienes. Por lo demás, el costo de la protección laboral, es una ínfima parte del costo total de producción.

Así es que recientemente la OIT ha manifestado con claridad que la legislación del trabajo no parece afectar la competitividad ni el empleo, que las medidas reguladoras no habían contribuido sensiblemente a aumentar la ocupación y que, en cambio, tal vez habrían afectado la calidad del empleo.

Pero por otro lado, la necesaria desculpabilización del derecho laboral por las inefficiencias de la economía no significa que toda demanda de flexibilización sea injustificada. Cierta forma de poli funcionalidad, de movilidad funcional, de adaptación del tiempo de trabajo, pueden ser útiles a la eficaz gestión productiva y a la vez facilitadoras de la permanencia del trabajador en la empresa.

Esta continuidad no es solo un principio del Derecho laboral clásico: también es necesaria para cumplir dos axiomas de la moderna gerencia de personal: la capacitación del personal y el involucramiento del trabajador en los objetivos de la empresa; de igual forma, la autonomía colectiva –a través de la concertación social y la negociación colectiva- puede ser una fuente muy apropiada de las flexibilizaciones necesarias y justificadas, pero siempre que las concesiones de los trabajadores tengan una contraprestación real y mesurable de parte del empleador, jurídicamente exigible y cuyo incumplimiento haga caer todo el acuerdo.

Esta modernidad líquida a la que se viene haciendo alusión, se ve reflejada en varias tendencias:

- a) Una notoria tendencia a sustituir el salario por día por un salario que tome en cuenta, solamente, la productividad. En el fondo, el regreso al destajo.
- b) La cancelación, con intensidades diferentes, del derecho a la estabilidad en el empleo.
- c) La ruptura del principio de inamovilidad, a través de mecanismos que permiten al empleador disponer de sus recursos humanos con movimientos horizontales y verticales (cambios de lugar de trabajo o de categoría), de acuerdo a sus necesidades.
- d) La sustitución de la idea de justicia social por la de productividad.
- e) El resurgimiento del contractualismo en sustitución de la institucionalización de los derechos y obligaciones laborales.

Lo que es evidente es que ya no existe el trabajo como categoría uniforme, no existe un solo tipo de trabajador sino diversos tipos de trabajadores. Entonces el derecho del trabajo, así como los sindicatos, tienen que adaptarse esa nueva realidad.

En este contexto surge el concepto de flexiculidad que es flexibilidad con seguridad, de manera que un trabajador acude al mercado de trabajo para contratar no con un único empresario sino con muchos empresarios y distintas actividades. Entonces, siempre que se logre la flexibilidad para el empresario y la seguridad para el trabajador, podríamos encontrar un punto de equilibrio.

Ante los cambios que presenta la evolución de una modernidad sólida a otra líquida el mundo del trabajo se revela con varias interrogantes: ¿Hasta qué punto puede condicionar la economía al derecho del trabajo?, ¿Podrá permanecer inmóvil la tradición laboral ante los embates flexibilizadores del mundo globalizado? ¿En qué forma podrá coexistir el trabajo dependiente con el trabajo por cuenta propia?, por mencionar solo algunas.

Ante las características de esta categoría de modernidad líquida no hay marcha atrás y las relaciones laborales tienen que ajustarse a esas exigencias, contribuyendo a ser más eficientes la producción, pero en el contexto de la justicia social. La pretensión debe

ser situar en un mismo plano los requerimientos de modernidad de las empresas y la modernidad de los trabajadores; y como una derivación de todo ello, la modernidad del derecho del trabajo que nos conduzca a una sociedad incluyente.

3.-Teletrabajo y Outsourcing

En este contexto existen dos modalidades de trabajo que han venido a revolucionar y a preocupar al mundo productivo, el teletrabajo y el outsourcing.

El teletrabajo puede definirse como el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías⁴

Aquí estamos frente a un conjunto completamente distinto de calificaciones profesionales, modos de organización y enlace con la sede del empleador. Puede tener varias modalidades, pero la más común es el trabajo electrónico a domicilio, aunque se puede dar el trabajo de centros satélites que son unidades separadas de la empresa pero en constante comunicación con la misma. También puede darse a través de centros vecinales que proporcionan instalaciones informáticas compartidas con otros usuarios y pertenecen a diversas empresas, o por medio del trabajo móvil donde los profesionistas que tienen que viajar mantienen comunicación constante con la empresa.⁵

Es un hecho que el teletrabajo se ha enfocado a Internet; varias empresas y corporaciones digitales sin domicilio físico sino con presencia solo en la red que funcionan gracias a las telecomunicaciones están demandando nuevos puestos: coordinador de contenidos, director de proyectos multimedia, asesor y consultor de nuevas tecnologías, consultor de proyectos multimedia, asesor y consultor de nuevas tecnologías, consultor de proyectos en line, postmaster, periodista digital o ciberperiodista, editor de contenidos, asesor de red de telecentros y por supuesto, diseñador de páginas web y moderador de foros y comunidades virtuales.

Independientemente de la profesión, lo importante para el teletrabajador es que tenga sentido de confidencialidad, disponibilidad, creatividad y actualización permanente⁶.

Si tuviéramos que establecer ventajas del teletrabajo serían las siguientes:

⁴ Vittorio Wirth y Linda de Martino_ Revista Internacional del Trabajo, OIT 1990/4, P.469.

⁵ También suele definirse como una actividad que no requiere la presencia física del empleado en la compañía, ya que tiene la libertad de desempeñar sus tareas desde el lugar que prefiera. Aquí es importante que el empresario cambie sus parámetros y aprenda a valorar la productividad del trabajador por la calidad de su trabajo y no por las horas que se pase en su puesto.

⁶ Debe quedar claro que el teletrabajo no es una nueva profesión sino una manera diferente de desarrollar determinadas tareas, de ahí que en Europa lo definan como cualquier actividad realizada a distancia, mediante las tecnologías de información y comunicación y que genera valor económico añadido. Cfr. Vicente Moren, "Teletrabajo, mucho más que comodidad", www.empresae.com.

Ventajas para la empresa:

- Reducción de costos
- Dirección dirigida a resultados
- Mayor productividad, calidad y eficacia del teletrabajador
- Mayores posibilidades de retención de personal calificado
- Menor ausentismo
- Amplia gama de trabajadores
- Mínimo espacio para oficinas
- Menores gastos en las instalaciones.

Ventajas para los trabajadores

- Flexibilidad de horario laboral
- Reducción de gastos de desplazamiento
- Independencia y libertad
- Mejor calidad de vida (menos estrés)
- Inexistencia de barreras geográficas.

Desventajas para la empresa

- No ejercer control directo sobre el trabajador
- Reducción de trabajo en equipo
- Mayores costos en comunicaciones
- Desarrollo de . sistemas de seguridad y confidencialidad de la información.

Desventajas para el trabajador

- Escasas posibilidades y promoción y ascenso
- Aislamiento
- Desconfianza del empresario por la falta de vigilancia.

Esta actividad puede abarcar formas de trabajo individual y colectivo. En el individual encontramos el que se realiza desde la casa o el que se realiza de tiempo completo o parcial, en una empresa o en varias empresas, en forma dependiente o en forma independiente.

Por otro lado, el colectivo se refiere al que se realiza en apoyo de oficinas o sucursales de empresas a través de los llamados "call center" que pueden estar ubicados en diversos países. También podemos encontrar las llamadas oficinas virtuales⁷ donde el personal de la empresa trabaja a distancia entregando soporte a los clientes a través del uso de las

⁷ Mayoritariamente utilizadas por las empresas vinculadas al sector financiero, comercial y de telecomunicaciones. Su objetivo es otorgar a los clientes un mejor servicio las 24 horas y clarificar los procesos empresariales, con énfasis en la gestión por objetivos.

tecnologías de información y comunicación⁸.

En opinión de Sulmer Paola Ramírez⁹ se pueden identificar dos elementos esenciales del teletrabajo:

1. La prestación del servicio fuera de la sede de la empresa. Prestar el servicio fuera de la empresa implica ejecutarlo a distancia lo que nos hace pensar que no puede haber vigilancia física sobre la realización del mismo. Sin embargo, esta limitación física, no debe asimilarse a falta de control, debido a que la utilización de medios telemáticos e informáticos permiten ejercer en la mayoría de los casos, un mayor control sobre la prestación del servicio del teletrabajador.

2. La utilización de medios telemáticos y/o informáticos. Es indispensable para aportar valor a la actividad desempeñada, el uso intensivo del teléfono , fax, correo electrónico, video terminal, video conferencia, entre otras.

Generalmente se considera que no toda prestación de servicios a distancia, realizada con los medios telemáticos, merece la calificación de teletrabajo, ya que puede ser que la mayor parte de esa actividad no se preste a distancia, o bien porque el uso del ordenador con el software aplicativo instalado en el mismo por la empresa, se aplica durante menos del 50% del horario del trabajo y durante el resto de la jornada se dedica a otra actividad. De esta manera el teletrabajo consiste fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del trabajo a domicilio, basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles¹⁰

Respecto del outsourcing es importante precisar que este anglicismo no es otra cosa que lo que nosotros conocemos como subcontratación, literalmente se puede traducir como suministro externo, es decir, un abastecimiento de bienes y servicios que provienen de fuera de la propia empresa, siendo una estrategia de reingeniería empresarial que conduce a una forma diferente de hacer mejores negocios.

Esta es una práctica que data desde el inicio de la era moderna y en México se empieza a utilizar a partir de 1995 para adaptarse a lo que el mercado y los clientes necesitaban.

Recientemente, la Consultora Internacional ACCENTURE en un estudio de mayo del 2003, revela que la subcontratación consiste en esternalizar aquellos servicios que no son el corazón de un negocio. Los resultados del estudio hacen hincapié en que externalizar no es en absoluto sinónimo de reducción de costos.

En definitiva, no es contrato a corto plazo, no se limita a una accesoria puntual en el área de especialidad determinada y tampoco consiste en la contratación de personal experto por un breve lapso para mejorar puntos específicos del servicio.

A pesar que en ninguno de los proyectos de reformas a la LFT se incluye el tema, la ley del Seguro Social vislumbra alguna protección al trabajador en su artículo 15-A que señala:

cuando en la contratación de trabajadores para un patrón, a fin de que ejecuten trabajos o presten servicios para él, participe un intermediario laboral, cualquiera que sea la

⁸ No debemos perder de vista que toda prestación de servicio en la que se beneficia una persona distinta al prestador del mismo, genera derechos y obligaciones para cada una de sus partes, nace entonces la necesidad de establecer jurídicamente su existencia, ya sea que se trate de teletrabajo subordinado o autónomo.

⁹ "El Teletrabajo, encuadramiento jurídico y su sujeción a la Ley del Trabajo Venezolana", en ALFA-REDI. Revista de Derecho Informático ISSN 1681-5726, www.alfa-redi.org, marzo de 2004, p. 3.

¹⁰ Idem.

denominación que patrón e intermediario asuman, ambos serán responsables solidarios entre sí y en relación con el trabajador, respecto al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley.

Sin embargo, tendríamos que considerar la posibilidad de una regulación más precisa en aras de una mayor certeza jurídica.

Bibliografía

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Las transformaciones del Sistema Jurídico y lo significados sociales del derecho en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.

MOREN, Vicente, "Teletrabajo, mucho más que comodidad", www.empresa-e.com.

RAMÍREZ, Paola Soulmer, "El Teletrabajo, encuadramiento jurídico y su sujeción a la Ley del Trabajo Venezolana", en ALFA-REDI. *Revista de Derecho Informático* ISSN 1681-5726, www.alfa-redi.org, marzo de 2004.

WIRTH Vittorio y Linda de MARTINO, *Revista Internacional del Trabajo*, OIT, 1990/4.

El Proyecto Genoma Humano

Marta S. Moreno Luce*

RESUMEN: El Proyecto Genoma Humano, puso al alcance del hombre la posibilidad de conocer su ADN, lo que le permite saber las enfermedades de las que es portador y las que va a desarrollar. Esta tecnología genética puede beneficiar o perjudicar a la humanidad. Nuevos derechos humanos han surgido por lo que el Derecho y la moral tienen nuevos retos a resolver.

Palabras claves: Proyecto Genoma Humano, Bioética, Genética, Ingeniería Genética, Biomedicina, Ética, Derechos Humanos

ABSTRACT: *The Human Genome Project, put within the reach of man, the possibility of knowing his DNA, allowing him to know the diseases he is carrying, and those that he's going to develop. This genetic technology can benefit or harm humanity. New human rights have risen, reason why, Law and moral have new challenges to solve.*

Key words: *Human Genome Project, Bioethics, Genetics, Genetic Engineering, Biomedicine, Ethics, Human Rights.*

SUMARIO: Introducción. 1. El Genoma Humano 2. Su repercusión en la Ética 3. La relación con los Derechos Humanos 4. La problemática surgida con el descubrimiento del genoma humano. 5. El Genoma Humano un tema importante para el Derecho. Conclusiones.

Introducción

Los avances de las ciencias a fines del siglo pasado han dado lugar a una serie de descubrimientos científicos considerados de mayor trascendencia de los que hasta ahora habían sido logrados por el hombre. La investigación científica se encuentra en un punto culminante que ha cambiado radicalmente la idea que teníamos de la naturaleza y del hombre.

Anteriormente los científicos habían logrado descubrir algunos secretos de la naturaleza y tenían un conocimiento limitado del hombre, ahora con el descubrimiento del

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Genoma Humano, la ciencia ha tenido un avance incalculable, al grado de que ahora es el ser humano el que está capacitado científicamente para realizar cambios a la naturaleza.

Pero, ¿podemos confiar plenamente en que un instrumento de tal magnitud va a ser utilizado exclusivamente con fines científicos y para el bien de la humanidad? ¿O existe como siempre el lado puro y limpio del científico y los intereses egoístas del hombre que ha utilizado los avances científicos, a través de la historia, para sus propios fines? ¿Los intereses políticos y económicos que mueven al mundo no van a utilizar estos conocimientos para defender sus ideologías? Estamos frente a nuevos dilemas morales y nuevos problemas jurídicos que requieren de planteamientos diferentes a los tradicionales y de una actualización en los sistemas normativos de muchos países que aún no han legislado en esta materia.

1. El Genoma Humano

Tenemos que empezar por mencionar algunos aspectos de lo que es el genoma humano, la primera afirmación al respecto es el concepto que los científicos han dado a conocer: “Todos los seres vivos poseen un genoma (contenido total de genes diferentes cuyo número y calidad es específico de cada especie) que determina sus características morfológicas y funcionales, es decir, hombres, plantas, animales y microbios están determinados por genes”¹ La Genética estudia todo lo relacionado con los genes, como se transmiten, como funcionan y lo mas importante, su variabilidad porque es la que determina las diferencias entre las distintas especies y las diferencias entre los individuos de una misma especie.

La disciplina que ha tenido un notable desarrollo es la Medicina Genética, está basada en el conocimiento de todo tipo de genes, del hombre, de las bacterias, de los virus, de los parásitos y de las plantas que son las que aportan los medicamentos, “mientras que la Genética humana, en sí estudia su modo de herencia y cómo se determinan los caracteres biológicos y físicos de la especie”²

También ha habido un amplio desarrollo de la llamada Ingeniería Genética y las nuevas metodologías del ADN, gracias a ellas se ha logrado “abordar el análisis de la estructura del genoma humano, determinar el contenido de los genes, averiguar las causas de muchas enfermedades genéticas e incidir por primera vez, en un campo de aplicación directa en el mundo del diagnóstico, prevención y terapéutica”³

Según el especialista Carlos María Romero Casabona, las técnicas genéticas ofrecen ciertos peligros para la vida, la salud, la integridad personal y la integridad genética. “La ingeniería genética está dando lugar a diversas intervenciones en los componentes genéticos del ser humano, entre los que destaca la potencialidad que ya revela para el futuro la propia terapia genética que se refiere a la curación o prevención de enfermedades o defectos graves debidos a causas genéticas actuando directamente en los genes, mediante la adición, modificación, sustitución o supresión de genes; por el momento las intervenciones

¹ José María Cantú y Salvador Darío Bergel, organizadores, *Bioética y Genética*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 82

² *Ibidem* P. 81

³ Roser González Duarte y María Casado, “Bioética y Genética” en *Materiales de Bioética y Derecho*, Cedecs, Barcelona, 1996.

se realizan introduciendo en el organismo del paciente, células genéticamente manipuladas con el fin de que reemplacen la función de las defectuosas⁴

Todas las aportaciones en materia de Genética son el resultado de la investigación científica conocida como “El Proyecto del Genoma Humano” compuesto por un conjunto de subproyectos de investigación de diferentes países, encaminados a encontrar la secuencia completa de toda la información de la genética humana que se encuentra contenida en los cromosomas.

De acuerdo al Doctor Miguel Osset Hernández, los tres principales objetivos del Proyecto Genoma Humano son:

- “1.- La creación de mapas genéticos (a fin de identificar cuáles son los genes existentes.)
- 2.- El desarrollo de mapas físicos (a fin de situar a los genes en los cromosomas)
- 3.- La determinación de la secuencia completa del genoma humano (más de 100,000 genes)”⁵

Este Proyecto es de la mayor importancia, por ejemplo, entre los datos de mayor importancia que ha aportado, es el conocimiento para la identificación de genes implicados, parcialmente según el Dr. Osset, en la enfermedad de Alzheimer y en el cáncer de mama.

Debido a la importancia que los conocimientos sobre el genoma humano han aportado las ciencias biomédicas, la sociedad en general, no solamente la comunidad científica, se interesaron, por la gran repercusión que podía tener por lo que se convocó a una Conferencia General de la UNESCO el día 11 de noviembre de 1997, en la que se adoptó por unanimidad la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

En este documento internacional, se conjuntaron dos disciplinas la Biología y la Medicina, la motivación de este texto surge por los adelantos que esas dos ciencias alcanzaron casi cincuenta años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, surgiendo la necesidad de proteger nuevos derechos humanos que en esa época no se imaginaban pudieran existir, a pesar de los grandes avances científicos ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial.

Los progresos en la tecnología y en la nueva disciplina llamada Biomedicina, han sido considerables y han cambiado el conocimiento que el hombre tenía de si mismo en relación sobre todo con los datos científicos relacionados con la genética.

Es importante destacar que debido a su importancia, el Derecho Internacional proclama en la Declaración de 1997 al Genoma Humano como patrimonio común de la humanidad, “y el objeto que persigue tal iniciativa es claro e inequívoco: destacar la responsabilidad de la humanidad ante el genoma humano, en tanto que elemento constitutivo de la identidad de cada uno, así como la identidad misma de toda la humanidad”⁶

La ciencia ha llegado a tal grado de avance que como dijimos en la Introducción, el hombre no sólo es capaz de conocer la naturaleza sino que tiene posibilidades científicas de

⁴ Carlos María Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1994, p. 266.

⁵ Miguel Osset Hernández, *Ingeniería Genética y Derechos Humanos*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 2000, p. 47

⁶ Javier Blázquez Ruiz, *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*, Canares S.L. Granada, 1999, p. 2

modificarla. Dentro de los avances en la Biología Molecular, la Bioquímica, la Informática y su aplicación en el ámbito de la reproducción, han provocado una revolución en la Medicina, considerándose un avance mas notable el obtenido en los últimos años que en todos los siglos anteriores desde que comenzó a desarrollarse la medicina, como lo afirma Javier Blázquez Ruiz en su libro *Derechos Humanos y Proyecto genoma*:

“en un genuino contexto impregnado de racionalidad y progreso tecnológico, ha surgido en torno a los años 90 un megaproyecto científico, con diversas ramificaciones en el ámbito biomédico, el Proyecto Genoma Humano, cuyo objetivo inicial no es otro que establecer la cartografía y secuenciación del DNA. Es decir, se trata de configurar el mapa genético humano con los aproximadamente 100,000 genes que constituyen el genoma, el programa genético del individuo”⁷

2. Su repercusión en la Ética

Respecto al Genoma Humano y a la posibilidad que ahora tenemos de conocer nuestra herencia genética, las posibles enfermedades que se nos van a desarrollar mas tarde, las enfermedades que podemos transmitir a nuestra descendencia, de las que somos portadores, etcétera, ha originado nuevos dilemas para la Ética.

Con el estado actual de los conocimientos científicos se pueden hacer muchas cosas que desde el punto de vista ético ameritan una reflexión seria. El conflicto entre la libertad de la investigación científica y su aplicación a nuevas situaciones, imposibles de llevar a cabo con los conocimientos médicos de hace menos de 20 años, propicia graves dilemas morales a los que hay que tratar de resolver con criterios éticos.

Actualmente, por ejemplo, se pueden eliminar embriones fecundados artificialmente que sean portadores de genes con ciertas enfermedades genéticas como la hemofilia o el síndrome de Dawn, lo que algunos autores consideran positivo y benéfico porque así se evitan un buen número de abortos, pero no se resuelve el problema ético, porque se evita el nacimiento de un ser humano que aun en estado embrionario, tiene derecho a la vida. Dichos científicos, son partidarios de las técnicas genéticas que se utilicen sólo para evitar el nacimiento de niños con enfermedades hereditarias, para evitar traer al mundo a un ser con una mala calidad de vida.

Muy diferente es el caso de utilizar estas técnicas con el propósito de cambiar los rasgos físicos y mentales, considerados como normales, sólo para mejorarllos, como lo han pretendido las ideologías racistas por razones eugenésicas, en este caso la situación cambia radicalmente, surgiendo un grave problema moral y una cuestión que, en caso de permitirse, tendría que estar regulada por el ordenamiento jurídico.

También existe ahora la posibilidad de programar el embarazo antes de la concepción para elegir el sexo del futuro bebé, lo cual se considera desde el punto de vista de la medicina como eugenesia positiva, pero conlleva el peligro de producir una variación genética en la especie humana “y el problema de la discriminación de grandes grupos sociales, en los que los mas pobres, no tienen las posibilidades económicas para recurrir a estos avances, creándose una gran diferencia de clases y por lo mismo de desigualdades,

⁷ *Idem*

quedando una minoría en ventaja ante la sociedad globalizada y competitiva que se vive actualmente”⁸

Las ciencias biomédicas nos colocan ante una nueva situación frente a los valores fundamentales del ser humano: la vida, la muerte, la salud, la integridad personal, la reproducción y el patrimonio genético, las cuales se enfrentan ahora a una decisión del individuo, creándose un conflicto con los conceptos tradicionales de la moral y la religión. Es necesaria la reflexión sobre nuevos valores ético-sociales, para enfrentarlos a esa nueva realidad social, esta situación no es totalmente nueva, en realidad, la Medicina siempre ha estado ligada estrechamente a la moral.

La moral es inherente a la vida del hombre, es su característica fundamental como ser humano, así quienes se dedican al estudio de la genética, están de acuerdo en que “las manipulaciones genéticas que traigan consigo una posibilidad de orientar los comportamientos humanos, infringen la libertad de elección y deben ser prohibidas, porque intervienen en el punto de partida de la moralidad y porque suponen cosificar a las personas”⁹

Es evidente que aunque un derecho positivo (sin fundamentación ética) despenalice ciertas conductas como el aborto, o no considere delito a la eutanasia, una persona con sólidos principios morales o religiosos no practicará ninguna de las dos, aunque no constituyan un delito. Por el contrario aunque ambas conductas se tipifiquen como delitos y tengan una sanción muy alta, la persona que quiere practicarse un aborto o ayudar a alguien a realizar la eutanasia lo harán, en forma clandestina, porque todo lo relacionado con estos temas de la Medicina y del Derecho, constituyen siempre un problema moral, independientemente de lo que establezcan las leyes.

Que posición toma el Derecho ante estas nuevas posibles conductas, tiene ante si el problema, de legislar adelantándose en lo posible a las conductas que se puedan producir con el conocimiento del genoma humano, cuáles tiene que prohibir y cuáles permitir, “es entonces cuando se plantea la relación entre Ética y Derecho, y en qué forma puede ser aquélla fuente de la reelaboración jurídica y de la producción formativa, dejando sentada la independencia de ambas y de las formas propias con las que opera el derecho”

3. La relación con los Derechos Humanos

Dentro del catálogo cada vez más amplio de Derechos Humanos reconocidos por la Legislación Internacional y las Nacionales, podemos añadir en relación con el genoma humano el derecho a saber y el derecho a no saber, nuestra situación genética, este nuevo derecho humano se encuentra protegido, en la Unión Europea, en un Organismo llamado Consejo de las Comunidades Europeas, a través de un Programa específico de investigación y Desarrollo Tecnológico en el campo de la salud, en relación al análisis del genoma humano, en uno de sus Documentos establece: “Procede garantizar el derecho del individuo

⁸ Carmen María García Miranda, *Perspectiva Ética y Jurídica del Proyecto del Genoma Humano*, Universidad de la Coruña, 1999, p. 58

⁹ Rafael Mendizábal y Allende, “Entre el mito y la ciencia. La Genética y los Derechos Humanos” en *El Genoma Humano y el Derecho*, Xunta de Galicia, Madrid, 2001, p. 335

a elegir, con pleno conocimiento de causa, si desea o no ser informado de sus características genéticas”¹⁰

En cuanto a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO, establece en el artículo 5:

- a) Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entraña y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional.
- b) En todos los casos se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado.
- c) Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

Por lo tanto, el individuo es quien tiene el derecho de decidir libremente si desea saber cual es su herencia genética, porque puede darse el caso de que una persona en vez de mejorar su calidad de vida, sufra al enterarse de su herencia genética, sobre todo en aquellos casos en los que una enfermedad proveniente de su legado genético, sea de tal magnitud que le produzca depresión o estados de ansiedad, sobre todo cuando se trata de enfermedades que constando en su expediente genético, no se va a librar de ellas, y si además no tienen curación, el conocer su situación le puede acarrear problemas psicológicos innecesarios, por ejemplo, existe una enfermedad poco conocida, “la enfermedad de Huntington, no muy habitual, pero de máxima gravedad y de carácter irreversible. Se manifiesta a los 40 años y expone al enfermo a padecer una decrepitud neurológica que finalmente termina en la muerte”¹¹

En un caso como éste, es moralmente preferible que una persona desconozca su futuro, es decir, que se respete su derecho a no saber. La solución jurídica de proteger del riesgo del uso indebido de la información genética es protegiendo la confidencialidad de los datos.

“Pero puede utilizarse también con fines eugenésicos como los que pretendió el n ciertas ideologías, pueden violar derechos humanos como la dignidad, identidad, privacidad, confidencialidad, igualdad, discriminación, injusticia genética, cuya defensa no implica de ninguna manera un freno a la investigación científica”.¹²

El fundamento de los derechos humanos surgidos del Proyecto Genoma Humano, está basado en el principio general de libertad, entendido como libre desarrollo de la personalidad, la genética puede repercutir en un auténtico derecho fundamental: el derecho a la intimidad genética, como modalidad del derecho general a la intimidad. La información genética “es el conjunto de mensajes hereditarios contenidos en el material genético de un

¹⁰ Javier Blázquez Ruiz, *Op. Cit.*, p. 151

¹¹ Ibidem. p. 204

¹² José Ulises Hernández Placencia, “Bases de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en *Genética y Derecho*, No. 36, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p.45

individuo y que a su vez, el material genético se caracteriza como el conjunto de estructuras moleculares portadoras de información hereditaria”¹³

Han surgido una serie de derechos humanos, que algunos autores clasifican como de la cuarta generación, entre los que se mencionan: el cuidado del mapa genético humano y sobre el planeta, la no contaminación del espacio extraterrestre. El Derecho tiene aquí una tarea pendiente para la protección y garantía de estos nuevos derechos.

4. La problemática surgida con el descubrimiento del genoma humano

Han surgido en el campo científico, en el de la moral, el derecho y la sociología, graves problemas ocasionados por el conocimiento del genoma humano. Los conocimientos actuales sobre genética, propician como todo conocimiento, tal como ha ocurrido a lo largo de la historia, la obtención de un poder, que puede ser utilizado con fines diversos a la ciencia biomédica, cuyas aportaciones científicas, tienen como meta la curación de las enfermedades que constituyen uno de los problemas mas graves para la humanidad como el cáncer, el sida, etcétera.

Lo que nos interesa enfatizar son las nuevas situaciones jurídicas que han surgido y que requieren de una seria reflexión de los juristas, como cual sería el status jurídico del patrimonio genético, o el concepto preciso de la dignidad humana, ya que esta no sólo es un Derecho Fundamental sino que es la base y fundamento de los derechos humanos, para evitar revivir políticas tendentes a la perfección genética del hombre como la pureza de raza que lleva implícita la xenofobia y el racismo y con ello la discriminación por lo que existe el peligro grave de nuevas violaciones a los derechos humanos que se añadirían a todos aquéllas que no se han podido erradicar, como el maltrato a las mujeres y a los menores, o situaciones tan graves como las que ocurren actualmente en China en relación con la pena de muerte, en la que están seleccionando personas sanas para ejecutarlas y vender sus órganos para trasplantes, estas situaciones realizadas por los propios gobiernos, son tan graves como el exterminio de los judíos en la Segunda Guerra Mundial, éste por motivos ideológicos de eugenesia y en China por motivos económicos, ambos son una violación a las mínimas normas morales y jurídicas.

El descubrimiento científico de descifrar los genes y su funcionalidad para prevenir y diagnosticar el tratamiento de enfermedades no solo tiene interés biológico para especialistas. “El valor que engendra el genoma humano se proyecta más allá de la órbita científica de la salud o la vida. El conocimiento del genoma humano interesa a todos los grupos humanos que no pertenecen a esas ciencias empíricas; interesa al individuo como tal, interesa a otras ramas del saber e incluso se extiende a foros regionales”¹⁴

De uno de esos foros surgió por ejemplo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos el 11 de noviembre de 1997, cuyo tema principal era la dignidad humana y el genoma humano.

¹³ Francisco Etxeberria Guride, “La ausencia de garantías en las bases de datos del ADN en la investigación penal” en *Derechos Humanos y nuevas tecnologías* Ararteko, Colección Jornadas sobre derechos humanos, Vitoria, 2002, p. 112

¹⁴ José Ulises Hernández Placencia, *Op.Cit.* p. 58

Ante la importancia del hallazgo científico de mayor trascendencia en los últimos años, se propone la intervención de los juristas para legislar sobre la protección a los nuevos derechos humanos.

5. El genoma humano un tema importante para el derecho

Las Ciencias Biomédicas han cambiado la visión del mundo y sobre todo el futuro del hombre, el genoma humano exige un constante replanteamiento de los enfoques y soluciones, reconocemos que el Derecho no puede dar siempre respuestas plenamente satisfactorias.

El Derecho desde el reconocimiento de los Derechos Humanos, ha protegido la vida, la salud, pero nunca se había enfrentado a una situación como la ocasionada por los adelantos de la Biomedicina, con el descubrimiento del Genoma Humano.

“La ingeniería genética, junto con la enorme cantidad de información que el Proyecto Genoma aporta sobre el ámbito más íntimo del individuo, se ha convertido en un reto para el derecho, aunque como siempre ha ocurrido, “la característica inherente e inmanente a lo jurídico es que éste va siempre detrás de la realidad por su propia esencia. Las decisiones Judiciales son respuestas a una problemática social”¹⁵

El derecho, debe buscar las soluciones a los problemas sociales ocasionados por todas las formas de conducta del hombre, en este caso, la manipulación genética puede afectar directamente a los individuos concretos, pero también puede llegar a afectar a la especie humana. El derecho tiene que regular las posibles conductas que han beneficiado a la humanidad, por lo que al Genoma Humano se le ha considerado patrimonio de la humanidad, pero también tiene que prevenir aquellas conductas negativas que con estos nuevos conocimientos pueden ser usados en su perjuicio.

El conocimiento del mapa genético de una persona tiene implicaciones jurídicas que es necesario proteger, por ejemplo, si una persona es portadora de una enfermedad y esto se hace público, puede ocasionarle discriminaciones o problemas en su trabajo, impedirle acceder a algún trabajo o la imposibilidad de contar con los servicios de las Compañías Aseguradoras o en su caso, se les puede exigir el pago de primas muy superiores a las de las demás personas, cuya situación genética se desconoce.

Por esta razón, es indispensable proteger el derecho humano a la confidencialidad, el cual está íntimamente ligado con el de la intimidad, se debe distinguir perfectamente bien, cuando se trata de un diagnóstico médico habitual, que no ocasiona problemas jurídicos, con los análisis genéticos que aportan datos no sólo del individuo que se sometió a ellos, sino que trasciende y puede afectar a todos los integrantes de su familia. En el caso de una enfermedad genética grave, se afecta no sólo a la familia con parentesco directo, sino a las generaciones futuras, por lo que surgen otros problemas en relación con el respeto a los principios de solidaridad y responsabilidad.

El acceso y control de la información genética genera graves problemas en el ámbito jurídico “uno de los riesgos posibles que surgen tras las posibilidades de

¹⁵ Rafael Mendizábal Allende, “Entre el mito y la ciencia. La genética y los Derechos Humanos” en *El Genoma Humano y el Derecho*, Xunta de Galicia, Madrid, 2001, p. 325

información que ofrecen los test genéticos, es que por ejemplo, las decisiones relativas a la procreación corran el peligro de padecer presiones sociales o de política sanitaria”¹⁶

La legislación mexicana es de las mas pobres en materia de Bioética, no existe disposición específica en la Constitución General. La Ley General de Salud regula las reglas para las donaciones de órganos y las experimentaciones con seres humanos, específicamente en materia de reproducción asistida de forma muy general. En materia penal se tipifica el aborto como delito, con la despenalización en los casos de malformaciones congénitas graves, de inseminación artificial no consentida o de violación. Y en materia civil, sólo el Código de Tabasco acepta la maternidad subrogada, en la mayoría de los Códigos se ha empezado a tratar el tema pero en relación con la filiación, por lo que tenemos un campo muy amplio de problemas para interesar a los legisladores, los juristas y todas las personas interesadas en el derecho, para formular proyectos de leyes en los innumerables temas relacionados con el Proyecto Genoma Humano.

Conclusiones

El desarrollo del Proyecto Genoma Humano, ha proporcionado a la humanidad un gran número de conocimientos sobre nosotros mismos, que puede tener dos clases de aplicaciones: La primera, la genética positiva, que constituye un gran avance en uno de los problemas mas graves que han afectado siempre al ser humano, el gran número de enfermedades genéticas cuya curación puede ser posible desde la etapa embrionaria, el conocimiento del ADN que permite resolver incógnitas que anteriormente carecían de respuesta. El permitir evitar el desarrollo de una posible enfermedad, antes de que se manifieste.

Por el contrario, la manipulación del Código Genético puede provocar consecuencias nefastas para el futuro de la humanidad.

Las ciencias se hayan unidas en un diálogo permanente porque la mayoría se encuentran implicadas en los grandes avances de la Biomedicina: la filosofía, antropología, sociología, ética y derecho, tienen ante si grandes problemas para estudiar. El derecho tiene que caminar al ritmo de la investigación científica, debe proteger los Derechos Humanos que se puedan violar y ante todo regular las conductas posibles que resulten favorables o negativas para la humanidad.

¹⁶ Javier Blázquez, *Op. Cit.* p. 161

Bibliografía

- BENÍTEZ ORTIZ, Javier, “Los estudios sobre el genoma humano y su capacidad predictiva” en *Genética y Derecho* No. 40, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- BLÁZQUEZ RUIZ, Javier *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*, Biblioteca de Derecho y ciencia de la vida, Camares, Granada, 1999.
- CANTÚ, José María y BERGEL, Salvador Darío, (organizadores) *Bioética y Genética*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- GARCÍA MIRANDA, Carmen María, *Perspectiva Ética y Jurídica del Genoma Humano*, Universidad de la Coruña, 1997.
- GONZÁLEZ DUARTE, Roser, “Bioética y Gneética” en *Materiales de Bioética y Derecho*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- HERNÁNDEZ PLACENCIA. José Ulises, “Bases de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humanos y los Derechos Humanos” en *Genética y Derecho*, No. 36, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- MENDIZÁBAL Y ALLENDE, Rafael, “Entre el mito y la ciencia. La Genética y los Derechos Humanos” en *El Genoma Humano y el Derecho*, Xunta de Galicia, Madrid, 2001.
- MONTORO, María de Jesús, “Bioética, Medio Ambiente y Derecho” en *Materiales de Bioética y Derecho*, Edición a cargo de María Casado, Cedecs Editorial S.L. Barcelona 1996.
- OSSET HERNÁNDEZ, Miguel, *Ingeniería Genética y Derechos Humanos*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 2000.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1999.

Las transiciones del Derecho en la investigación jurídica

Sara Luz Quiroz Ruiz*

RESUMEN: El Derecho se encuentra en un proceso de transición, debido al impacto recibido del proceso de globalización económica, complejidad que abre la investigación jurídica para generar cosmovisiones.

Palabras claves: Globalización y Derecho, derecho flexible, línea de investigación jurídica.

ABSTRACT: Law finds itself in a process of transition, due to the impact received from the economical globalization process, complexity that opens legal investigation to generate Cosmovisions.

Key words: Globalization and Law, flexible law, line of legal research.

SUMARIO: 1. El Derecho en el proceso de globalización. 2. El derecho flexible. 3. Las fuentes del conocimiento jurídico. 4. De la metodología interdisciplinaria hacia la perspectiva transdisciplinaria en la investigación jurídica. 4.1. La metodología interdisciplinaria. 4.2 En torno a la transdisciplinariedad. 5. La investigación jurídica y la política científica en México. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

Desde que México impulsa el desarrollo regional a través de los Tratados de Libre Comercio, incursiona en el sistema económico mundial, cambio estructural que coloca al Derecho en un momento de transición, que involucra a la investigación jurídica. Algunos autores prefieren para referirse a dichas mutaciones, emplear el término transformaciones, sin embargo opto por utilizar el de transiciones, porque dicho proceso implica una construcción no una imagen, como el vocablo transformación. El término transición proviene del latín transitio-onis, que significa acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto.//Paso más o menos rápido de una prueba a otra, idea o materia a otra, en discursos o escritos. //Cambio repentino de tono y expresión.¹

Por ello al responder la cuestión sobre ¿en qué consiste la transición ocasionada a la investigación jurídica por el proceso de globalización?, se pretende establecer, que para comprender la génesis y el desarrollo del derecho flexible presente en nuestros

* Candidata a Doctora en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Campus Xalapa.

¹ Diccionario Básico Espasa T. 14, 6^a.ed., Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1987. pp. 4666-4667.

días, deben llevarse a cabo reflexiones vinculadas con otros saberes, por medio de las líneas de generación y aplicación del conocimiento.

Propósito que a continuación se desarrollará, iniciando por establecer el concepto de Derecho, para continuar destacando la flexibilidad que actualmente caracteriza al Derecho, llevándolo enseguida al manejo de las fuentes del conocimiento jurídico en el trabajo de investigación, para dar como resultado, cosmovisiones construidas a través de líneas de generación y aplicación del conocimiento.

Con lo cual se muestra, la prevalencia de grupos de trabajo académico, interesados por desarrollar el trabajo colaborativo con sus pares, para abatir las asimetrías en el manejo de la información.

1. El Derecho en el proceso de globalización

En torno al proceso de globalización han sido expresados diversos conceptos, resaltando el contenido económico, político o cultural del mismo, extendiéndose hasta la protección al ambiente. Al respecto el Premio Nóbel en Economía 2002 Joseph E. Stiglitz² ha expresado, que ese proceso es fundamentalmente "la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras".

El que el autor en cita se preocupe por las asimetrías en la información incluyendo en su concepto al conocimiento, toca un aspecto sumamente controvertido pero que es parte de la realidad, es decir, nos ubica en la tendencia más reciente del proceso, cuya pretensión es corregir las fallas y las brechas ocasionadas, esto es, atender a la persona y a su personalidad, reconociendo con ello la trascendencia de su interacción a la realidad planetaria.³

² Stiglitz ha sido pionero en la moderna economía de la información, desarrollando conceptos tales como "selección adversa", "riesgo moral" y "asimetrías en la información" que actualmente son centrales en el neo-institucionalismo. Ha hecho también importantes contribuciones a la macroeconomía y la teoría monetaria y a la economía del comercio internacional y del desarrollo.

³ Cfr. En torno a las teorías sobre la globalización, pueden consultarse las obras siguientes de Octavio Ianni, *Teorías de la globalización*, 3^a ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en ciencias y humanidades de la UNAM, Siglo XXI, México, 1998; *La sociedad global*, tr. Leonardo Herrera González, Ed. Siglo XXI, Colec. Sociología y Política México, 1998; *La era del globalismo*, 2^a ed., Ed. Siglo XXI, Colec. Sociología y Política, 2001.

Es ahí, en esa sociedad global,⁴ aldea global⁵,sociedad abierta,⁶ o sea un espacio desterritorializado donde se originan la mutaciones del Estado-nación, que colocan al Derecho en una constante deconstrucción y reconstrucción, reorientaciones o bifurcaciones que representan la garantía del nexo irrenunciable del sistema derecho con la sociedad trascendida por los flujos de información, aprovechando las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), o sea con la informatización de la sociedad, de donde proviene esa intensa flexibilidad que actualmente le caracteriza.

Sobre esa confluencia de intereses manifestados por la personas según su personalidad, con la función reguladora por parte del Estado, afirma Marcos Kaplan que, “El Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria. Por una parte, las fuerzas y tendencias de su debilitamiento y decadencia, las profecías sobre su extinción. Por la otra parte, se dan la continuidad y el fortalecimiento del Estado soberano e intervencionista, aunque transformado. Ambas opciones coexisten y se entrelazan, se oponen y se refuerzan mutuamente, sin un desenlace que dé la primacía a una sobre la otra.”⁷

De tal manera surge la coexistencia de diversos órdenes jurídicos en un mismo Estado, o sea la yuxtaposición de sistemas jurídicos, que se rebelan a la pretensión exclusivista del Estado, inclinándose por conformar un régimen basado en la sistematización de corresponsabilidades; “...Se construye la concepción de la concomitancia de órdenes jurídicos en el mismo espacio-tiempo y, a partir de ahí, se niega la pretensión de “omnipresencia del Estado.”⁸, trayendo como consecuencia, las bifurcaciones o cambios en el sistema jurídico.

Así el derecho abandona su rigidez y asume los significados emanados de la glocalización, en su propósito de aportar el equilibrio entre los intereses surgidos y los que surjan, en esa la interacción de los sujetos de manera local-regional-global-regional-local, sin que ello represente el fin del Estado-nación, sino su expresión corresponsable en su función reguladora, lo que también frecuentemente se expresa, como la presencia indirecta del Estado, para alcanzar el bienestar público.

⁴ Octavio Ianni denomina sociedad global, a la que se va construyendo, no de manera autónoma, tampoco es una suma o composición geométrica de las sociedades nacionales, se distingue de esas, porque se revela como una totalidad superior, incluyente, compleja y contradictoria que subsume localidades, nacionalidades, naciones y regiones; que abarca islas, archipiélagos continentes, mares y océanos; que constituye territorialidades y temporalidades desconocidas.

⁵ A la que se refiere Marshall McLuhan entre otros, para identificar las transformaciones de la vida a partir de la ruptura de tiempo y espacio a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

⁶ Es una sociedad abierta, porque sus actores –ciudadanos, agentes económicos, autoridades- determinan y jerarquizan sus intereses sin que se encuentren predeterminados, asumiendo sus responsabilidades con la pretensión de mejorar y posicionar su Estado-nación. Escenario donde el Estado abandona su rol unilateral y comparte responsabilidades con sus gobernados, a partir de sus propios requerimientos y su interés de volverse competitivos, para ello prevalece el ponderar la función más que la estructura, lo que se califica como un sistema autorreferente.

⁷ Marcos Kaplan, *Estado y globalización*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie Dogmática Jurídica, No. 10, México, 2002. p. 411.

⁸ Mauricio Neves, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social*, En: *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Jorge Witker Comp., Universidad Nacional Autónoma de México, Colec., Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, núm. 1., México, 1995. p159.

2. El derecho flexible

Los contenidos de juridicidad surgidos de la crisis y de la globalización para el consenso, sustituyen el espacio temporal y espacial con ámbitos desterritorializados, donde convergen tanto sistemas jurídicos, como normativas de derecho interno y de derecho externo⁹. O sea, estamos en presencia del pluralismo jurídico.

Las perspectivas plurales superan al monismo jurídico y trascienden al nivel epistemológico, pues abandonan el partir de o retrayéndose a una única norma fundamental prevista, asumiendo una posición relevante en la sociología del Derecho. Neves al respecto cita lo afirmado por Bobbio refiriéndose a que "...La propia disciplina va a ser confundida inicialmente con el abordaje plural del derecho."¹⁰

La tendencia plural actual consiste en, visualizar el sistema jurídico, como sistema autopoietico, en donde son entrelazados los componentes estructurales y funcionales, es decir, norma jurídica (estructura) procedimiento jurídico (proceso), acto jurídico (elemento) y dogmática jurídica (identidad).¹¹

En dichos pluralismos jurídicos, reconocer la presencia del Estado regulador y al mismo tiempo, la normativa surgida del consenso de los particulares sobre los intereses manifiestos, hacen que la **dimensión cultural**, delimitada por la referencia a las opiniones, expectativas, valores y actitudes de individuos y grupos se relacione con el derecho y las instituciones jurídicas, originando la llamada **cultura jurídica**, cuyo concepto sería análogo al de cultura política o de cultura cívica.

O'Donnell da a entender, que sería más amplio y por tanto englobaría al concepto más específico de cultura política (ciudadana), en la medida que ésta se apoya en la noción de igualdad, de capacidad jurídica y del disfrute de ciertos derechos básicos, la llamada **dimensión político-institucional**, que se refiere a los órganos e instituciones capaces de tomar decisiones colectivas y de transformarlas en normas jurídicas, cuyos aspectos más relevantes a los que se refiere esta dimensión son: a las facultades conferidas a dichos órganos e instituciones, esto es, a la estructura institucional resultante de dicho proceso de cambio jurídico, lo cual es visible en México.¹²

Al razonar esa visión tan compleja, son emitidas diversas opiniones, como la ponderación sobre si el Derecho es más pragmático que humanista, o si la educación se encuentra al servicio del mercado; posiciones que sólo evidencian la necesaria reequilibración cognitiva con que lo sujetos enfrentan el globalismo en que vivimos.

⁹ Asumen esta orientación denominada el nuevo derecho mercantil, Miguel Acosta Romero y Julieta Areli Lara Luna, Raúl Aníbal Echeverri, Scout Kozolchyk, Gutiérrez Falla, entre otros.

¹⁰ NEVES, Mauricio, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social*, ob. cit. p. 160.

¹¹ Niklas Luhmann, "El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho", En: *Teoría de los Sistemas Sociales (artículos)* Universidad Iberoamericana, Colec. Teoría Social, México, 1998. pp. 135-154

¹² Héctor Fix-Fierro y Sergio López-Ayllón, *Legitimidad contra legalidad, dilemas de la transición jurídica y el Estado de Derecho en México*, En: *Estado de Derecho. Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*, Coord. Por Manuel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vázquez, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Siglo Veintiuno, México, 2002. pp.335-337

3. Las fuentes del conocimiento jurídico

La emergente flexibilidad es tema recurrente en los estudios jurídicos actuales, cuya interpretación es precisamente, el desafío del tiempo y el espacio y el construir la diferencia a partir de las potencialidades del sujeto; vertientes cuya trascendencia lleva a ponderar en este estudio, las fuentes del conocimiento jurídico.

Aníbal Bascuñán Valdés las identifica como aquellas a las que el estudiioso del Derecho acude, para desentrañar las mutaciones reflejadas en el proceso cognoscitivo del saber jurídico, ampliéndolo y profundizándolo. Como tales son reconocidas las fuentes directas o principales, cuya misión es informar de las áreas o estratos de mayor juridicidad (lo jurídico, lo antijurídico) y las fuentes secundarias o indirectas, la de noticiarnos sobre los elementos o bases pre, proto y metajurídicos sobre los cuales aquellos se asientan o hacia los cuales se dirigen en la imposición, cumplimiento, infracción o superación de un determinado sistema normativo dotado de coactividad.¹³

La fuente formal, directa o principal, comprende la manifestación de las normas jurídicas, o sea, las formas por las cuáles se exteriorizan las normas jurídicas, entonces se estará en presencia de marcos regulatorios.

La fuente material o indirecta comprende los factores y elementos que determinan el contenido de las normas. Son los hechos y la circunstancia que dan nacimiento a la norma jurídica. Están constituidas por las diversas situaciones que el legislador debe tener presente para regularlas como son los motivos de orden económico, político, seguridad o de protección al ambiente, etc. esto es, aquellos macroproblemas que desde un pasado reciente son atendidos por el Derecho, por lo tanto al elegir el tema de investigación, será necesario contextualizarlo, es decir, precisar el marco teórico y de referencia.

4. De la metodología interdisciplinaria hacia la perspectiva transdisciplinaria en la investigación jurídica

Quienes se han dedicado al desarrollo de la Metodología y Técnicas de la investigación jurídica en México, recomiendan a través de su obra y lo sostienen en eventos académicos, construir un punto de atención encubrador de una observación, tal inquietud es expresada por Héctor Fix Zamudio desde los años 60, a la cual se suman por la década de los 70 Jorge Mario García Laguardia, Jorge Witker y en la década de los 90 Rafael Sánchez Vázquez, entre otros estudiosos; cuyo trabajo representa a tres generaciones que han coincidido en señalar que la investigación jurídica debe iniciarse con un concepto de Derecho; como es señalado por Mario Tamayo y Tamayo al citar a Goode y Hatt “Puesto que toda ciencia investiga aspectos de la realidad para comunicar sus hallazgos, cada una de las ciencias utiliza términos o conceptos propios. De ahí que se puede decir que cualquier ciencia tiene su sistema conceptual.”¹⁴

¹³ Cfr. Aníbal Bascuñán Valdés, *Manual de Técnica de la Investigación Jurídica*, Ed. Jurídica de Chile, Colec. Manuales Jurídicos, No. 15, Santiago de Chile, 1951. pp. 40-43.

¹⁴ Mario Tamayo y Tamayo, *El proceso de la investigación científica; incluye evaluación y administración de proyectos de investigación*, 4^a ed., Ed. Limusa, México, 2003. p. 30

La investigación jurídica tradicional, se inclina a enfocar el problema jurídico, desde una perspectiva exclusivamente legalista o dogmática, por lo que cuando el objeto a investigar sea el material legislativo o documental, utilizará primordialmente las fuentes jurídicas directas: la ley, la jurisprudencia y la doctrina, o sea, las formas en que se expresa materialmente el derecho regulando determinadas circunstancias sociales.

Si la preferencia es realizar la observación y concebir el tema de investigación en la perspectiva del proceso de globalización, una óptica en que convergen factores económicos, sociales, políticos y de protección al ambiente, influyendo y determinando las expresiones normativas, el objeto a investigar será el fenómeno jurídico-social, lo cual amplía el horizonte, más allá de lo dogmático legal, es decir, trabajará con las fuentes jurídicas indirectas o materiales y serán importados conceptos de otros saberes, en la exploración del complejo sendero más allá de las ciencias sociales en donde actúa el campo normativo estricto, sin dejar de atender al texto de la norma jurídica y su función de equilibrar la mezcla de intereses políticos, económicos, de seguridad y de protección al ambiente, que van surgiendo en la sociedad abierta. Por tanto ya no más solo será visualizado el Derecho como una abstracción, sino con la flexibilidad y la extraterritorialidad emanadas de la globalización económica y del desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación, la atención será centrada además en su significado.

Sobre ésta vertiente de la investigación jurídica, ha expresado Héctor Fix-Zamudio: "Cada uno de los sectores de la investigación, la predominantemente teórica y la acentuadamente empírica desempeñan un papel constructivo e indispensable, ya que la dogmática sin el alimento de los datos de la experiencia se transforma en una lucubración estéril, y a la inversa, un estudio de la realidad sin la orientación sistemática de la doctrina, se convierte en una recolección anárquica de datos".

Las transiciones observadas en la labor de investigación jurídica, provienen de la nueva racionalidad, la cual sin dejar de considerar las determinaciones, en el momento donde se produzcan, se guía por el indeterminismo, de tal manera que se torna compleja, tanto por el desarrollo interno del ser humano, como por el desarrollo de la sociedad y la naturaleza, enlazando las consideraciones precisas de todo lo real, la investigación de lo potencial, de las heterogénesis y virtualidades de cualquier campo, para la construcción de realidades nuevas, la vida como proyecto, estudia las estructuras-funciones del pasado-presente, enseña la libertad y creatividad.¹⁵

En ese escenario, dentro de la holística, puede decirse que la investigación, "...en sentido amplio, es un proceso continuo organizado, mediante el cual se pretende conocer algún evento, hecho o situación, ya sea con el fin de encontrar leyes generales, o simplemente con el propósito de obtener respuestas particulares a una necesidad o inquietud determinada.¹⁶" O sea, dentro de la holística se considera investigación, todo tipo de indagación que conduzca también al conocimiento y comprensión de situaciones específicas o particulares, por tanto se llega a conclusiones cuyos datos son ciertos conocimientos que tienen un significado de calidad.

Sergio Salomón Zarquín Cortés al citar a René Pedroza Flores expresa "El holismo es la tesis central sin duda de la interdisciplinariedad, lo que significa aceptar la existencia de una red dinámica de conexiones en los procesos sociales a nivel mundial,

¹⁵ Sergio Vilar, *La nueva racionalidad. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios* Ed. Kairós, Barcelona, 1997. pp.12-17

¹⁶ Jacqueline Hurtado de Barrera, *El proyecto de investigación. Una comprensión holística*, Cooperativa Editorial Magisterio, Bogotá, 2002. pp

sin restringirse a explicaciones de fronteras territoriales de carácter estático y desconectado”¹⁷

El autor en cita observa, que dentro de las Ciencias Sociales, el holismo significa, desentrañar los procesos constituidos en redes de relaciones interactivas dentro de una visión integrada de teorías dentro de una estructura social determinada, lo cual repercute metodológicamente en los aspectos siguientes:

“Metodológicamente la integración de niveles: macro (modelo de desarrollo) messo (políticas públicas) y micro (las instituciones y sus actores);

“Recuperaciones históricas de las trayectorias de la tecnología y de la educación;

“Reconocimiento de las conceptualizaciones acerca de la tecnología y de la educación, y

Situación del problema dentro del modelo de acumulación en la era de la globalización.”¹⁸

En consecuencia, el Derecho deberá vincularse con sus repercusiones históricas, sobre todo en la yuxtaposición de instituciones jurídicas desarrolladas en el marco de un modelo de acumulación capitalista y dentro del proceso de globalización, permaneciendo vinculado a una sociedad abierta.

4.1. La metodología interdisciplinaria

Para comprender la complejidad que representa la sociedad abierta, donde el desarrollo del proceso cognitivo del sujeto es permeable a las reequilibraciones constantes, requiere que el investigador asuma una conducta proactiva y no reactiva, que le posibilite guiar su reflexión hacia otros saberes, que en lo jurídico puede iniciarse dentro o fuera de lo social y humano, hasta lograr una cosmovisión. Tal es la transición de la interdisciplinariedad a la transdisciplinariedad.

Juan Manuel Cabo Suero señala inicialmente, que “interdisciplinariedad es un término con el que se pretenden expresar interacciones relacionantes de las disciplinas entre sí. ...” “interacción” que relaciona a ambas disciplinas, y acción y producto son “interdisciplinares”, más adelante distingue Interdisciplinar expresando que “es toda interacción entre dos o más disciplinas en el ámbito de los conocimientos, de los métodos o del aprendizaje de las mismas” Y que *interdisciplinariedad* es “el conjunto de las interacciones existentes y posibles entre las disciplinas”¹⁹

El propio autor en cita anota para robustecer la claridad del concepto, lo relativo a disciplina como: “un conjunto:

- “de conocimientos regionales: bien porque versen sobre una “región” o “ámbito fenoménico” de lo real –sentido preferentemente objetivo–; bien porque expresan “una perspectiva” del hombre sobre el mundo o la misma “lógica” con que procede –sentido preferentemente subjetivo–.

“a) con núcleos temáticos interrelacionados

¹⁷ René Pedroza Flores, *Holismo y Transdisciplinariedad en las Ciencias Sociales*, En: *Derecho Corporativo, por Sergio Salomón Zarquín Cortés*, Ed. Porrúa, México, 2003. p. 5

¹⁸ Idem pp. 5-6

¹⁹ Juan Manuel Cobo Suero, *Interdisciplinariedad y universidad*, Universidad Pontificia Comilla, Madrid, 1986. p.15, 19.

“b) y un orden entre ellos; unos más importantes o centrales –que corresponderían al antiguo “objeto formal”- y otros subsidiarios de aquéllos;

- “acotado también por caracteres propios:

“a) en los métodos que estructuran el conjunto, a saber:

“-en el análisis sistemático y organizativo de sus principios,

“-en los procesos racionales y experimentales que guían la investigación en él (experimentación, formalización, verificación...);

“b) y en el aprendizaje de esos conocimientos y métodos: en la psicología de ese aprendizaje, en la pedagogía adecuada, en la función que desempeña en el interior de un proceso formativo más amplio, etc.”. ...según esto “disciplina” implica una noción de gran complejidad, aún a esperar de lo que la interdisciplinariedad ha de aportar todavía.”²⁰

Es claro como la interdisciplinariedad abre un amplio espectro de posibilidades para la intuición y la percepción, extremadamente rica y al mismo tiempo compleja, abierta, porque no apunta a un sistema constituido o por constituir, sino que sugiere un conjunto de relaciones que siempre se van abriendo a nuevas relaciones que se vayan descubriendo; cuya utopía –dice Cobo Suero- ¿realización? Es el estadio de la transdisciplinariedad (forma superior de la interdisciplinariedad).

Tal razonamiento, señala el autor en cita, inicia por la comparación, pues a partir de un saber serán emitidas una serie de preguntas, un sistema de preguntas de complejificación progresiva, cuyos hallazgos-respuestas expresarán la participación de otros saberes, rumbos que irán favoreciendo una complejificación creciente de esa participación, dinamismo constituido intrínsecamente por ese preguntar de unas disciplinas a otras, la información que precisan de ella, así el punto de atención se enriquece por la complejidad misma del cuestionar interdisciplinar, por el feed-back, el cual no se limita a plantear cuestiones aclaratorias, sino que aporta datos y elementos no preguntados, lo cual pareciera resultar un distractor, pero por el contrario, centra en cada paso y hace avanzar hacia la clarificación o solución del objeto.

Además esa reflexión reúne los caracteres siguientes:

- Exige *libertad en el punto de partida* para iniciar el proceso mayéutico por aquella disciplina o disciplinas a cuyos núcleos temáticos corresponde el objeto principal de estudio.
- Constituye *un auténtico trabajo en equipo*. Porque cada disciplina aporta lo que concretamente le es demandado, aportaciones que a su vez cobran significado y sentido en el interior de la acción conjunta.
- Implica un *máximo de rendimiento y eficiencia*. Porque enriquece una racionalización –mayéutica de las aportaciones, obteniendo así una superior economía de trabajo, tiempo y costos.²¹

Entonces, el quehacer interdisciplinar se distingue de aquellos planteamientos que presuponen una jerarquía disciplinaria, porque rompe la rigidez dogmática y afronta el objeto con libertad; de los pluridisciplinares y multidisciplinares, porque carecen de una metodología que relaciona intrínseca y necesariamente las diversas acciones disciplinares.

Mario Tamayo Tamayo identifica tres niveles de interdisciplinariedad, para señalar que se va de lo simple a lo complejo, como ocurre con la racionalización –

²⁰ Idem. pp.16-17

²¹ Ibidem pp.45-46.

mayética de las aportaciones- ²²; por el momento prefiero visualizar la libertad con que el sujeto desarrolla reequilibraciones en su ambiente, como lo sostiene el propio Piaget, o como lo manifiesta Vigotsky en su zona de desarrollo próximo, sin distinguir niveles, porque las transiciones del Derecho emergen de diversos ámbitos enlazados a sus efectos, por ello su impacto es multinivélico y en consecuencia la observación se enfoca al proceso no sobre el resultado, consecuentemente tal complejificación es progresiva, hasta podría decirse ilimitada, de ahí que sea vista la transdisciplinariedad como horizonte, no como meta.

4.2 En torno a la transdisciplinariedad

Basarab Nicolescu manifiesta que la transdisciplinariedad tiene por finalidad, la comprensión del mundo presente desde el imperativo de la unidad del conocimiento. Su interés es la dinámica de la acción inscrita en distintos ámbitos de realidad, en la aparición de nuevas lógicas y en la emergencia de la complejidad. Por lo tanto la visión transdisciplinaria es una perspectiva que propone considerar una realidad multidimensional que sustituya la visión de una realidad unidimensional del pensamiento clásico, cuya comprensión tiene diferentes niveles de percepción, según la interpretación armoniosa del conocimiento, pues la realidad es una unidad abierta que engloba al sujeto, al objeto y a lo sagrado, que serían tres facetas de una sola y misma realidad; por ello dice, la transdisciplinariedad se asume como una actitud, que implica un cambio espiritual equivalente a una conversión del alma.²³

5. La investigación jurídica y la política científica en México

Abordar el estudio de ese escenario, implica desarrollar un proceso continuo, organizado y expresado, de donde nace la llamada en el ámbito de la política científica en México: Línea de Generación y Aplicación del Conocimiento (LGAC).

Se denomina LGAC, al “estudio y análisis de un fenómeno perteneciente a un campo de conocimiento definido y que puede ser abordado a partir de la concurrencia de una o varias disciplinas, bajo la perspectiva integradora de las funciones de investigación, docencia y extensión. Ello permite establecer un proceso innovador, permanente y recurrente para generar, transmitir, divulgar o difundir nuevos conocimientos y aplicarlos para resolver algún problema de la realidad. Con este enfoque el desarrollo de la línea gestará una serie de actividades que se plasmarán en proyectos de investigación; en proyectos de nuevas currículas o en programas de estudio; proyectos de creación artística²⁴.

La expresión línea de investigación se refiere a, “Temas, dentro de una disciplina o áreas de conocimiento, seleccionados y jerarquizados por una institución o

²² Mario Tamayo Tamayo, *El proceso de la investigación científica. Incluye evaluación y administración de proyectos de investigación*, ob. cit. pp.64 -95.

²³ Raúl D. Motta, “Complejidad, educación y transdisciplinariedad”, Revista Signos, Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 4-5

²⁴ Octavio Ochoa Contreras, *Hacia una nueva cultura académica*, Dirección General de Desarrollo Académico, Universidad veracruzana, 2002. p.44

dependencia dedicada a la investigación, por lo que son abordados organizada y sistemáticamente en los programas y proyectos que se llevan a cabo.”²⁵

Esos proyectos de investigación se originarán de las circunstancias incubadoras de la observación que es el punto de partida del investigador y durante su desarrollo, se enlazarán con el desempeño de sus pares, dentro y fuera de la Institución, creando flujos de información con los que se construirán redes temáticas que completarán la posición holística a la que se ha hecho referencia; visión y acción que impulsará la optimización de los recursos de investigación e indudablemente procurará una cosmovisión al destinatario del conocimiento.

Tal óptica si bien se inicia con el manejo de las fuentes del conocimiento jurídico principales, es imprescindible complementarlo atendiendo a las fuentes del conocimiento jurídico secundario, las cuales aportarán la información contenida en el proceso del cual resultó la norma jurídica, de donde seguramente serán importados conceptos, métodos, o sea, irá creciendo la confluencia entre las disciplinas, por lo tanto es imprescindible en el contexto del proceso de globalización, auxiliarse de la metodología interdisciplinaria hasta lograr una visión transdisciplinaria.

Reflexión final

El establecimiento de redes en el ámbito de la investigación jurídica, permite fortalecer la interpretación de los significados del derecho, lo cual a su vez requiere, agregar a las metodologías aplicadas, las inherentes a la investigación cualitativa.

²⁵ *Glosario se Términos Académicos y Administrativos de la educación Superior*, Dirección General de Planeación Institucional, Universidad Veracruzana, Colec. Retos y compromisos de la Universidad Veracruzana, No.1, 1993.p.31

Bibliografía

- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Manual de Técnica de la Investigación Jurídica*, Ed. Jurídica de Chile, Colec. Manuales Jurídicos, No. 15, Santiago de Chile, 1951.
- COBO SUERO, Juan Manuel, *Interdisciplinariedad y universidad*, Universidad Pontificia Comilla, Madrid, 1986
- FIX-FIERRO, Héctor y Sergio López-Ayllón, *Legitimidad contra legalidad, dilemas de la transición jurídica y el Estado de Derecho en México*, En: *Estado de Derecho. Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*, Coord. Por Manuel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vázquez, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Siglo Veintiuno, México, 2002.
- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, *El proyecto de investigación. Una comprensión holística*, Cooperativa Editorial Magisterio, Bogotá, 2002.
- KAPLAN, MARCOS, *Estado y globalización*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie Dogmática Jurídica, No. 10, México, 2002.
- LUHMANN, Niklas, “*El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho*”, En: *Teoría de los Sistemas Sociales (artículos)* Universidad Iberoamericana, Colec. Teoría Social, México, 1998.
- MOTTA, Raúl D., “*Complejidad, educación y transdisciplinariedad*”, Revista Signos, Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina, 2003,
- NEVES, Mauricio, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social*, En: *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Jorge Witker Comp., Universidad Nacional Autónoma de México, Colec., Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, núm. 1., México, 1995
- PEDROZA FLORES, René, *Holismo y Transdisciplinariedad en la Ciencia Sociales*”, En: *Derecho Corporativo, por Sergio Salomón Zarquín Cortés*, Ed. Porrúa, México, 2003.
- TAMAYO TAMAYO, Mario, *El proceso de la investigación científica. Incluye evaluación y administración de proyectos de investigación*, 4^a ed., Ed. Limusa, México, 2003.
- VILAR, Sergio, *La nueva racionalidad. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios* Ed. Kairós, Barcelona, 1997.

“EL «MEDIO AMBIENTE» COMO BIEN JURÍDICO SUSCEPTIBLE DE PROTECCIÓN JURÍDICO PENAL”**

Julia Ropero
Carrasco*

SUMARIO

I. El auge del “ecologismo”: las primeras medidas contra la contaminación. II. De la lucha contra la contaminación a la protección “global” del medio ambiente: desarrollo “duradero” y protección de la biodiversidad. III. ¿Fracaso del Derecho penal en la protección del medio ambiente? IV. Una difícil toma de postura sobre la mejor solución

I. El auge del “ecologismo”: las primeras medidas contra la contaminación

El “despertar de una conciencia colectiva”, por así decirlo, sobre la necesidad de proteger el medio ambiente tuvo lugar en Europa a finales de los sesenta y principios de los setenta del siglo XX, cuando se puso en evidencia el creciente y acelerado deterioro medioambiental causado por la industrialización del mundo occidental. La creencia, firmemente asentada durante buena parte del siglo XX, de que la actividad industrial a gran escala representaba el progreso y la riqueza, tuvo como consecuencia una situación de “inercia” en la conciencia social, que se resistía a creer que el “nuevo orden” pudiera esconder los graves desastres con los que amenaza el deterioro medioambiental. Por esta razón, el interés por la protección del medio ambiente no se extendió hasta que los daños ecológicos llegaron a ser considerables. En ese momento, comienza un movimiento “ecologista” impulsado por diferentes asociaciones y partidos políticos marginales, que encuentra una cierta respuesta en primer lugar en los organismos internacionales, y sólo más tarde y con más reticencias, en las políticas de los gobiernos. No está de más recordar que, como es sabido, los intereses económicos privados han ofrecido siempre una importante resistencia a cualquier detrimento de sus expectativas en aras de una supuesta salvaguarda de bienes que les resultan ajenos o difusos, y que, por otra parte, la economía de muchos Estados se ve

** Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación con título “La reforma del código penal por ley 15/2003 de 25 de noviembre: armonización con el derecho penal internacional en la protección de los intereses supranacionales. delitos de lesa humanidad y protección del medio ambiente”, en la Universidad Rey Juan Carlos.

* Profesora Titular de Derecho penal, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

condicionada por ciertos sectores privados que tienen, en consecuencia, un gran poder sobre sus Gobiernos.

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada en 1972 en Estocolmo, se concretó el compromiso de la Comunidad Internacional en este ámbito, consagrándose el derecho fundamental de la persona a disfrutar de un medio ambiente adecuado, que le permita una calidad de vida. También a partir de esa fecha se inician distintos programas de acción en el ámbito de la Comunidad Europea. Sin embargo, en esta primera etapa, las medidas adoptadas responden a enfoques sectoriales y verticales de los problemas ecológicos, con el establecimiento de unas reglas mínimas con relación a la gestión de los residuos y a la contaminación, pero sin que detrás de estas actuaciones subyazca una política integral de protección del medio ambiente.

En consecuencia, en lo que podríamos definir como una primera fase en la protección del medio ambiente, nos encontramos, por un lado, ante un movimiento de auge del ecologismo, que cala en la opinión pública de forma considerable, y que un tanto ingenuamente confía en las medidas jurídicas internacionales, y concretamente en el Derecho penal, como instrumentos adecuados para detener el deterioro medio ambiental². Al mismo tiempo, como segunda característica de este período, se observa que la “lucha contra la contaminación” representa el eje fundamental de la política de protección del medio ambiente: el control de los vertidos y residuos terrestres son el objetivo casi exclusivo de las primeras medidas previstas.

En esta primera etapa, el artículo 45 de la Constitución española de 1978 recoge esa concepción fundamentalmente “antropocéntrica” del medio ambiente, reconociendo el derecho de los ciudadanos a “disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”. En cuanto a las medidas penales, el artículo 347 bis del derogado Código penal de 1973, que tipificaba el delito ecológico, se limita a castigar las “emisiones o vertidos”, reduciendo su radio de aplicación a los casos tradicionales de contaminación (sin regular otras agresiones igualmente importantes, como los atentados contra la biodiversidad, la contaminación sonora, las extracciones o excavaciones incontroladas, los aterramientos, etc.).

En ese momento, la confianza en el Derecho penal como medio adecuado para la protección del medio ambiente parece ser una opinión extendida también entre la doctrina. A favor de su intervención se han esgrimido distintos argumentos: en primer lugar, se ha señalado la importancia del bien jurídico “medio ambiente”, y

² Cuando me refiero a la “ingenuidad” no pretendo, ni mucho menos, menoscabar los sentimientos de confianza de los ciudadanos en las medidas jurídicas para resolver los problemas. Este sentimiento no sólo es comprensible, sino incluso plausible. La realidad que pretendo describir es la de una cierta “euforia” ante la declaración de principios internacionales y algunas modificaciones en las leyes penales, que sin embargo se ha visto contenida por el paso del tiempo, ante las dificultades a la hora de aplicar las medidas protectoras del medio ambiente. Después de los Tratados, las Declaraciones, los cambios en las leyes penales, el deterioro ecológico sigue avanzando. No está tampoco de más aclarar que muchas organizaciones ecologistas, la más representativa “Greenpeace”, pero también otras, no han compartido esa visión “eufórica” y siguen insistiendo en la necesidad de diseñar una política de protección del medio ambiente efectiva e integral.

la necesidad de su protección debido a la alta precariedad que este bien ha alcanzado³; en segundo lugar, se ha apuntado la supuesta “insuficiencia” del Derecho administrativo y de otros mecanismos jurídicos diversos a la vía penal⁴; por otra parte, la intervención penal también ha sido considerada como una especie de mecanismo “educador” de la sociedad, para que los daños causados al medio ambiente se aprecien con mayor evidencia, y se refuerzen las actitudes de respeto hacia el mismo⁵; por último, también hay autores que consideran que la protección penal del medio ambiente viene exigida por la propia Constitución, en el artículo 45⁶.

³ En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, confróntense los siguientes autores: De la Cuesta Arzamendi, “Protección penal de la Ordenación del Territorio y del Ambiente”, en *Documentación jurídica*, n.º 37 / 40, 1983, pp. 889 – 890; Morillas Cueva, “La contaminación del medio ambiente como delito. Su regulación en el Derecho penal español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1989 – 92, p. 149; Polaino Navarrete, “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”, en *Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal)*, Madrid, 1993, pp. 858 y ss; García Sánchez, “Aspectos de política criminal del medio ambiente. Bien jurídico protegido”, en *Desafíos jurídicos sociales del nuevo milenio*, Madrid, 2000, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, pp. 162 y ss. (véase además la doctrina citada por esta autora).

⁴ De esta opinión, cfr. Vercher Noguera, “Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente”, *La Ley*, 1991 – 2, p. 1071; Almela Vich, “El medio ambiente y su protección penal”, *Actualidad penal*, nº 2, 1998, pp. 5 y ss.

⁵ En este sentido, cfr. De la Mata Barranco, “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Casabó*, Valencia, 1997, pp. 575 y ss.

⁶ De esta opinión, De la Cuesta Arzamendi, “Protección penal de la ordenación...”, 1983, p. 883; Rodríguez Ramos, “Protección penal del ambiente”, en *Comentarios a la legislación penal*, T. I, Madrid, 1982, p. 279; Sánchez - Migallón Parra, “El bien jurídico protegido en el delito ecológico”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29, 1986, p. 345; Cantarero Bandrés, “El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes”, en *El delito ecológico*, Madrid, 1992, p. 68; De la Cuesta Aguado, *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona, 1994, p. 87; De la Mata Barranco, “Configuración como ley penal en blanco...”, 1997, p. 576. Sin embargo, lo que dice el artículo 45 de la Constitución española es lo siguiente:

Artículo 45: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

1. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
2. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

De modo que, lo único que establece la Constitución es la posibilidad de que el Derecho penal pueda ser utilizado en la sí prescrita protección jurídica del medio ambiente, pero no impone su utilización. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que “en cuanto a las técnicas apropiadas para llevar a cabo la protección del medio ambiente, corresponde su elección al legislador” (Fundamento Jurídico 2º de la STC 114 / 82, de 4 de noviembre). En este sentido también, cfr. los siguientes autores: Álvarez García, “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º43, 1991, pp. 32 y ss.; Colás Turégano, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Casabó*, Valencia, 1997, p. 420. Esta autora considera que la

En este contexto, el legislador penal de 1995 no sólo mantiene la política de intervención penal, sino que la amplía de forma considerable, en la medida en que introduce un nuevo concepto de delito ecológico y extiende la tutela a la fauna, la flora, el patrimonio histórico y la ordenación del territorio, elementos que hacen referencia a una consideración más amplia del medio ambiente. Con ello, la ley penal española parece querer dar respuesta a un cambio de actitud generalizado en las políticas medioambientales: estamos ya en una “segunda etapa” en la que de la lucha contra la “contaminación” se ha pasado a la defensa “global” del medio ambiente. Veamos esto un poco más despacio.

II. De la lucha contra la contaminación a la protección “global” del medio ambiente: desarrollo “duradero” y protección de la biodiversidad

El cambio de “mentalidad” en la defensa del medio ambiente tiene que ver fundamentalmente con la incorporación del principio de “desarrollo sostenible o duradero”, que toma como punto de partida la necesidad de integrar la preocupación medio ambiental con el desarrollo económico. El Consejo Europeo de Cardiff⁷, el Protocolo de Kioto, el Convenio de Aarhus o la Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible (Johannesburgo, 2002) representan momentos clave en la consolidación de la nueva política sobre el ambiente: la articulación de una respuesta integral, que a través de la colaboración con el mercado, los incentivos económicos, el afianzamiento del principio “quien contamina paga”, la integración de la protección de la salud y el entorno natural o el cuidado del medio en la gestión del territorio, consiga una efectiva tutela medio ambiental.

El Protocolo de Kioto supone un importante avance en el reconocimiento de que sólo a través del compromiso efectivo de los Estados, concretamente en el control de la emisión de gases a la atmósfera, cabe imaginar una protección

fundamentación “constitucional” de la protección penal del medio ambiente se basa no en una prescripción directa de la Constitución, sino en la interpretación de la idea de Estado Social, que preside la redacción constitucional, y que implica la introducción de los intereses colectivos frente a la exclusiva protección de bienes de carácter individual (*op.cit.*, p. 421). No obstante, la Fiscalía General del Estado, en su memoria de 1990, se pronunciaba por la “necesidad de que por el Ministerio Fiscal se inste a la protección del medio ambiente”, invocando las demandas sociales en este ámbito así como las exigencias de armonización legislativa europea.

⁷ El Consejo Europeo de Cardiff (15 y 16 de junio de 1998) puso en marcha una “estrategia integral” en la protección del medio ambiente, a través de diversas medidas sobre la gestión de la energía, los transportes y la agricultura, orientadas por el principio del “desarrollo sostenible”. El Consejo Europeo de Viena (11 y 12 de diciembre de 1998) impulsó medidas similares en los ámbitos de mercado, consumo y cooperación en materia de economía y desarrollo. Por su parte, el Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999) instó a ECOFIN (Asuntos Económicos y Financieros) a trabajar en la misma dirección. Esta tendencia continuó en los Consejos de Niza (diciembre de 2000), Gotemburgo (junio de 2001, con la adopción de una estrategia a favor del desarrollo sostenible que fue trasladada a la Cumbre mundial de Johannesburgo), Laeken (diciembre de 2001), Barcelona (marzo de 2002), hasta el Consejo de Bruselas en 2003, en el que se perfilan de manera más concreta las medidas a aplicar.

efectiva frente a un desastre medioambiental que ya es percibido con realismo, y no como un “mal agüero” desde posiciones extremistas. Por su parte, la Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (junio de 1992) pone el acento en la protección de la biodiversidad, lo que representa una modificación sustancial con otros enfoques antes sostenidos: no se trata de luchar únicamente contra la contaminación ecológica que destruye hábitats y pone en peligro a las “generaciones presentes”, sino que las estrategias han de dirigirse también a la conservación de la diversidad biológica, en defensa del disfrute de la misma, tanto por las generaciones presentes como por las futuras⁸. El concepto de protección a la biodiversidad de algún modo “revoluciona” los tradicionales parámetros en los que se describía al medio ambiente como bien jurídico susceptible de protección: aun tomando como punto de partida una visión “antropocéntrica” (en cualquier caso son sólo los derechos o intereses de los hombres los que puede defender el Derecho creado por los hombres), parece extenderse la convicción, en primer lugar, de que la protección del “medio ambiente” no está en todo caso condicionada a la protección de la salud y la vida de los hombres, sino que puede estar relacionada con un derecho de disfrute del entorno y los recursos naturales (aunque de ello no dependa su subsistencia); por otra parte, también parece instalarse la creencia de que la defensa del medio ambiente ha de proteger no sólo los intereses de las generaciones presentes, sino también los de las generaciones “futuras”.

Como se ha indicado, el Código penal español de 1995 se encuentra en consonancia con estas tendencias. El artículo 325 castiga con pena de hasta cuatro años de prisión a quien lleva a cabo conductas contaminantes del medio ambiente que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, sin que se exija, como sí hacía la anterior regulación, un peligro para la vida o la salud de las personas (en el caso de que se produzca ese peligro, entonces hay que aplicar un tipo agravado⁹). Además, la protección de la flora, la fauna y de los animales domésticos¹⁰, constituye un capítulo autónomo, con lo que se ofrece una concreta respuesta a las exigencias internacionales de protección de la biodiversidad.

En este estado de cosas, podría concluirse que la protección del medio ambiente está de enhorabuena: el Derecho internacional no ha dejado de avanzar y las legislaciones nacionales, al menos la española, responden a las exigencias en este ámbito con su “artillería pesada”, el Derecho penal. Sin embargo, este panorama optimista se deshace con un simple vistazo: muchos de los acuerdos internacionales, como el de Kioto, no son cumplidos por las partes firmantes (ni que decir tiene por países, como EEUU, de los más contaminantes, que ni siquiera

⁸ El artículo 2, párrafo 17, del mencionado Convenio, señala que “por ‘utilización sostenible’ se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.

⁹ Recogido en el último inciso del artículo 325.1 del Código penal.

¹⁰ La referencia a los “animales domésticos” procede de la reforma introducida por LO 15 / 2003, de 25 de noviembre, que ha tipificado el maltrato de animales, entre otras reformas más bien de carácter técnico, y en las que no me es posible entrar ahora.

lo firmó); a nuestro alrededor se produce un deterioro imparable del entorno natural, tanto en el mundo en desarrollo (selva de Brasil, por ejemplo), como en el desarrollado (la construcción en España, “motor” de la economía, que destruye las costas y los espacios naturales interiores); ríos y mares contaminados; especies en peligro, etc. Por otro lado, los informes de la Comisión Europea sobre aplicación del Derecho comunitario señalan que en el incumplimiento de los Estados de la normativa comunitaria, más de un tercio de las infracciones corresponden al sector del medio ambiente¹¹. Ante este panorama, y en relación con la protección penal, han surgido voces que no sólo dudan de la eficacia del Derecho penal, sino que, yendo más allá, reflexionan sobre la propia legitimidad de su utilización.

En consecuencia, parece que paralelamente al impulso del Derecho internacional en la protección del medio ambiente, se está produciendo una crisis en torno a la oportunidad del recurso al Derecho penal. Esto es lo que vemos a continuación.

III. ¿Fracaso del Derecho penal en la protección del medio ambiente?

Para ser justos y no caer en simplificaciones, es preciso apuntar que incluso la doctrina partidaria de la intervención del Derecho penal en la protección del medio ambiente¹², ha mostrado cierta incomodidad ante algunas de las técnicas empleadas en la tipificación de los delitos medioambientales, cómo ocurre con los delitos de peligro abstracto o con la introducción de normas penales en blanco (que remiten, para su concreción, al Derecho administrativo)¹³. Lo que sucede, a mi modo de ver, es que la mayoría de los autores parecen optar, tras una ponderación de los “pros” y los “contras”, por la intervención, como un mal menor. Pero, ¿es cierto que la eliminación del Derecho penal del medio ambiente o su reducción a una mínima expresión supondría una especie de “catástrofe” en la conservación del medio ambiente? Al menos, ¿cabe defender la inhibición del Derecho penal o su reducción a mínimos y al mismo tiempo compartir los compromisos internacionales en la necesaria protección del medio ambiente?

Es España, SILVA SÁNCHEZ ha señalado que “la constatación manifiesta del fracaso del Derecho penal del medio ambiente, como de cualquier institución que pretenda imputar problemas sistémicos a individuos concretos, y su reducción a la mínima expresión debería constituir, pues, paradójicamente el primer paso

¹¹ Véase el “Quinto estudio anual sobre la aplicación y el control de la puesta en práctica del Derecho comunitario de medio ambiente en 2003”, en los informes de la Comisión Europea sobre medio ambiente (www.europa.eu).

¹² Más arriba citada (y para mayores referencias, cfr. García Sánchez, “Aspectos de política criminal del medio ambiente...”, *op.cit.*, pp. 162 – 169).

¹³ Sobre la discusión en torno a la técnica de reenvío normativo (al Derecho administrativo) para configurar al tipo del delito ecológico (artículo 325 del Código penal) y sobre la procedencia de los llamados delitos de peligro “hipotéticos” en la protección del medio ambiente, cfr. mi trabajo, “Problemas fundamentales del artículo 325 del Código penal (el delito ecológico)”, en *Desafíos jurídicos – sociales del nuevo milenio*, Madrid, 2000, Universidad Rey Juan Carlos, pp. 199 y ss., con citas que recogen las distintas opiniones y propuestas de la doctrina.

hacia una mejor protección del objeto que se dice querer amparar”¹⁴. Según creo, la tesis de SILVA es la de que, constatada la ineeficacia del Derecho penal en la protección del medio ambiente, puesto que la “parte más grave” de la destrucción ecológica tiene lugar dentro de los límites de lo permitido administrativamente, no cabe anticipar y extender aun más la intervención, mediante la técnica del peligro abstracto, sacrificando las tradicionales garantías del Derecho penal, que sujetan su empleo a la imputación individual de un resultado concreto (ya sea de lesión, ya sea de peligro): “A un sistema de imputación que se basa en la imposición de un mal con determinadas connotaciones ético – jurídicas por un comportamiento individual defectuoso le corresponde, pues, un papel modesto en la protección del medio ambiente”¹⁵. No es que SILVA abogue por la abolición del Derecho penal del medio ambiente, ya que admite que “no parece admisible la renuncia a la intervención punitiva allí donde están comprometidos los intereses vitales no ya de individuos concretos, sino de toda la humanidad”¹⁶. Lo que este autor destaca es que ya desde la concreción del bien jurídico aparece un importante límite a la intervención del Derecho penal: la protección de la vida y la salud de las personas deberían representar en todo caso la “ratio” de la incriminación de conductas. Y, a juicio de este autor, de ello se seguiría: que no cabe el recurso al Derecho penal cuando simplemente se afecte a un ecosistema por encima de los límites administrativos, pero sin que se constate perjuicio para la vida o la salud de los “hombres vivos”; también quedarían excluidos aquellos casos en los que el perjuicio para la vida de las personas sólo se derivaría de la suma de una serie de conductas, pero no de una de ellas aisladamente considerada; tampoco cabría la intervención del Derecho penal en los supuestos en los que el perjuicio sólo podría afectar a las “generaciones futuras”¹⁷.

También ALCÁCER GUIRAO entiende que las “generaciones futuras” no pueden ser objeto de protección por el Derecho penal, así como que la técnica de los “daños cumulativos” (que permite castigar acciones que en sí mismas no guardan peligro grave contra el medio ambiente, sino que el peligro sólo surge de la acumulación de otras acciones similares futuras) es reflejo de una concepción del Derecho penal “de difícil acomodación a las estructuras de imputación del Derecho penal basado en la libertad individual”¹⁸. Según ALCÁCER, si se toma como punto de partida el delito como “lesión de esferas de libertad ajenas en virtud de una imputación basada en la competencia individual por la propia organización de ámbitos de riesgo”, no podremos entender como tal la lesión del medio ambiente que no afecta personas vivas (titulares de esa “libertad ajena”), sino sólo a las generaciones venideras: “un modelo de Derecho penal basado en la autonomía personal sólo podrá legitimar la protección del medio ambiente como

¹⁴ Cfr. Silva Sánchez, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”, en *La Ley*, 1997, p. 1720.

¹⁵ Cfr. Silva Sánchez, “¿Protección penal...?”, pp. 1714 y ss.

¹⁶ Aunque inmediatamente después añada que “sin renunciar a la protección penal, mucho más prometedora es, probablemente, a tal efecto, la combinación del Derecho civil de daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo” (*op. cit.*, p. 1717).

¹⁷ Cfr. Silva Sánchez, “Protección penal...?”, pp. 1715 – 1716.

¹⁸ Cfr. Alcácer Guirao, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, pp. 9 y ss.

un bien jurídico dependiente de intereses personales, siendo susceptible de merecimiento de pena exclusivamente la conducta que, a través del menoscabo del medio ambiente, ponga asimismo en peligro, concreto o abstracto, las condiciones de libertad de las generaciones presentes: bienes jurídicos personales como la vida o la salud individual”¹⁹. Por otra parte, cree ALCÁCER, tampoco el principio de solidaridad (que de acuerdo con una determinada convicción, representa, junto con el mencionado principio de autonomía individual, una posible ratio para la imputación penal) es capaz de fundamentar la protección penal de los intereses de las generaciones futuras: no sería posible sancionar bajo pena la infracción de un “deber de solidaridad hacia la especie humana en su conjunto”, ya que la tutela en el caso del medio ambiente no se corresponde con la libertad de otros sujetos vivos: “el medio ambiente sólo podrá ser legítimamente protegido por la pena cuando se configure como un medio de protección de las condiciones de libertad de las generaciones presentes, para lo que la norma deberá prohibir sólo conductas que, lesionando el medio ambiente, pongan en peligro intereses esenciales del ciudadano, por cuanto una agresión al medio ambiente sin ese riesgo añadido no puede reconducirse a un detrimento de la libertad individual”²⁰.

En Alemania, la llamada “Escuela de Frankfurt” ha ido más lejos, al negar la idoneidad del Derecho penal para intervenir en la protección del medio ambiente. MÜLLER – TUCKFELD no sólo basa su dura crítica al Derecho penal del medio ambiente en la utilización de técnicas de incriminación de difícil armonización con las garantías del Derecho liberal: delitos de peligro abstracto, tipos de “daños cumulativos”, conceptos jurídicos indeterminados, accesoriedad administrativa o “erosión” de los criterios de causalidad; sino que advierte contra una perversión de los fines del Derecho penal. En opinión de este autor, lo preocupante es que el Derecho penal del medio ambiente está funcionando para lanzar un mensaje a la sociedad en el que se banaliza el bien jurídico protegido: lo que se transmite es que lo que el Derecho está protegiendo es la “contaminación autorizada”. El estudio de los casos que llegan a los tribunales pone en evidencia, según este autor, que sólo anecdóticos y banales casos de pequeña contaminación casi doméstica son los que encuentran respuesta penal, mientras que la gran contaminación, los grandes desastres ecológicos, son permitidos por la sociedad, y “autorizados” por la Administración. La conclusión es que el Derecho penal del medio ambiente se convierte en un instrumento que impide desarrollar una política real y eficaz para la protección medioambiental: la previsión de los tipos penales “tranquiliza” las conciencias, pero no logra detener el deterioro ecológico²¹.

Frente a este escépticismo, el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente de la Unión Europea ha marcado como objetivos prioritarios el de mejorar la aplicación de la legislación en vigor, y en el ámbito del Derecho penal,

¹⁹ Cfr. Alcácer Guirao, “La protección del futuro...”, p. 16.

²⁰ Cfr. Alcácer Guirao, *op.cit.*, pp. 27 – 29.

²¹ Cfr. Müller – Tuckfeld, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente” (título original “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”; traducción de Iñigo Corroza, Pastor Muñoz y Ragués i Vallés), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 1999, ed. Española a cargo de Comares.

la Decisión marco 2003 / 80 /JAI del Consejo europeo, se propone como fin la armonización de los mecanismos de lucha penales, mediante unas normas mínimas de protección penal del medio ambiente, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 175 del Tratado de la Unión Europea²². En esta Decisión marco, se hace depender la intervención del Derecho penal de la comisión de un “delito grave”, entendido como todo acto que supone “un deterioro sustancial o un peligro manifiesto de deterioro sustancial del medio ambiente, mediante: una contaminación atmosférica, del agua, del suelo o del subsuelo o el almacenamiento o la eliminación de residuos o sustancias similares”. A ello se añade que “los Estados miembros deben velar porque su Derecho penal castigue con una sanción eficaz, proporcionada y disuasoria los delitos graves contra el medio ambiente, y contemple la posibilidad de una extradición”, así como que “las personas jurídicas también deben poder ser consideradas responsables, con arreglo al Derecho penal por este tipo de delitos”.

Por otra parte, y como ya se ha señalado más arriba, en el Derecho Internacional está firmemente asentada la norma consuetudinaria que establece un deber de protección, a través de la noción de desarrollo duradero, para las generaciones venideras. Bien es cierto que esto no significa el reconocimiento de las generaciones futuras como sujetos de derechos, ni tampoco que la protección del futuro sea objeto del Derecho penal, pero esta situación sí que plantea como mínimo una reflexión sobre cuál es la razón de este choque entre los planteamientos “optimistas” del Derecho internacional y el escepticismo que parece cundir entre una parte de la doctrina penal. Preguntarse además sobre los posibles efectos de esta falta de armonía parece obligado. Todo ello es lo que modestamente intento hacer a continuación.

IV. Una difícil toma de postura

²² Decisión que a su vez se apoya en el Convenio de 1998 del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por el Derecho penal. Esta Decisión Marco es una respuesta a medio camino, después de que no prosperara la propuesta de Directiva presentada en 2001 por la Comisión europea para la protección del medio ambiente. En esta propuesta, se instaba a la armonización de la legislación penal de los Estados, que deberían perseguir todo comportamiento, intencional o ejercido por grave negligencia, que viole las disposiciones comunitarias destinadas a proteger el medio ambiente, incluyéndose un listado de “actos” que podrían ser objeto de persecución: vertido no autorizado de sustancias (hidrocarburos, aceites usados o lodos de depuradora) en el agua, así como la emisión de una determinada cantidad de sustancias peligrosas en la atmósfera, el suelo, o el agua; tratamiento, transporte, almacenamiento y eliminación de residuos peligrosos; derrame de residuos en el suelo o en las aguas y la explotación abusiva de vertederos; la posesión, captura y comercio de especies animales y vegetales protegidas; la degradación del hábitat protegido; el comercio de sustancias que empobrecen la capa de ozono. Al mismo tiempo, la propuesta de directiva establecía que las “sanciones penales deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias”, añadiéndose que en caso de infracción grave “las personas físicas podrán ser privadas de libertad”. (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal [COM (2001) 139- final; Diario Oficial C 180 E, de 26 – 06 – 2001]

Tal vez lo más sensato hubiese sido eludir esta cuestión sobre la que claramente no hay consenso, y en la que resulta difícil adoptar posición y, en consecuencia, realizar una propuesta. Aclaremos: parece que ya no hay duda de que el medio ambiente, como conjunto de las condiciones y recursos de vida del “planeta Tierra”, está en peligro. Por tanto, también es una opinión extendida que es preciso articular medidas jurídicas y políticas en general, que procuren una protección que parece no emanar espontáneamente ni de la sociedad, ni de los agentes económicos, ni de los Gobiernos. Yo he compartido estas opiniones de manera convencida y con “militancia activa”, por así decirlo. Por esa razón, cuando el legislador español ha ido incorporando medidas legislativas de carácter penal para la protección del medio ambiente, en principio las he acogido favorablemente (salvando la duda sobre su aplicabilidad, u otros temores en relación con el reenvío al Derecho administrativo o la prueba del peligro, que en definitiva creo que comparte cualquier intérprete)²³.

Sin embargo, ni el más optimista en la lucha contra la degradación del medio ambiente puede evitar cierto desaliento. Teniendo en cuenta los informes científicos, de organismos internacionales, de ONG's, que ponen de manifiesto la degradación de la capa de ozono, el calentamiento del planeta, la pérdida irreparable de especies, la deforestación como actividad económica, la contaminación a gran escala, en fin que evidencian el considerable fracaso no ya del Derecho penal, sino de la comunidad internacional, en la protección del medio ambiente, ¿cómo justificar el mantenimiento de unos delitos “ecológicos” que supuestamente se aplican de manera “anecdótica”? Es más, ¿cómo justificar la previsión de estos delitos en los Códigos penales con el coste de una cierta “perversión” del Derecho penal?

Bien poco puede replicarse a MÜLLER – TUCKFELD o a SILVA cuando advierten que a fin de cuentas lo que se acaba protegiendo con la ley penal es la “contaminación autorizada”, y también hay que concederle al primer autor citado que este estado de cosas es capaz de favorecer un mensaje contradictorio con la protección efectiva del medio ambiente: el mensaje de que el Derecho responde (cuando no hay tal respuesta para la mayoría de las agresiones), por lo que no hay lugar para imaginar otro tipo de respuestas. Con MÜLLER – TUCKFELD hay que coincidir además, en que una ciencia crítica debe advertir la “injusticia” que representa que el Derecho penal se aplique sobre determinados casos de importancia mínima (el autor pone los ejemplos de la jurisprudencia alemana del sujeto que no elimina unos excrementos caninos, o el que no controla una fosa séptica doméstica que se desborda en un río), que sirven de “chivos expiatorios”, frente a la impunidad de las grandes empresas (y Estados) contaminantes. Como dice el autor, habría que preguntarse “qué clase de conciencia se está formando aquí y si esta conciencia no pertenece más al problema que a la solución”²⁴.

Con ello, está claro que para realizar cualquier propuesta sobre la mejor respuesta del Derecho penal ante el deterioro del medio ambiente, la primera pregunta que hay que afrontar es la de si todavía quedan razones válidas para

²³ Cuestiones que afronto en el trabajo más arriba citado “Problemas fundamentales del artículo 325...”.

²⁴ Cfr. Müller – Tuckfeld, *op.cit.*, p. 530.

defender la tipificación de los delitos ecológicos o si más bien hay que abogar por su abolición. Y aquí es donde comienza mi discrepancia con el autor alemán: si abolimos el “Derecho penal del medio ambiente”, ¿entonces, es cierto que, como sugiere el autor, se dará inicio a una “nueva era” de política racional y efectiva en la lucha contra la degradación ambiental? Estimar que la despenalización de las conductas lesivas contra el medio ambiente va a favorecer la creación de políticas “imaginativas” y más eficaces resulta tan ingenuo como pensar que con la tipificación penal de una serie de conductas se soluciona el problema. Si el “problema” es que hay un orden político, social y económico, que con una inercia considerable y a nivel mundial favorece la degradación del medio ambiente y la pérdida de la biodiversidad, hacer depender la validez de cualquier iniciativa del hecho de que ese orden cambie sí que resulta desolador. O hacemos una revolución social y cambiamos de arriba abajo o no hagamos nada porque entonces estaremos legitimando las injusticias existentes. No me parece un planteamiento razonable, y ni siquiera realista.

De hecho, desde la Unión Europea no sólo se ha fomentado una armonización entre los distintos Estados en relación con el empleo del Derecho penal para perseguir los atentados más graves contra el medio ambiente, sino que fundamentalmente se han puesto en marcha programas que insisten en un tratamiento integral del problema, y que priorizan las políticas de prevención y reparación: principio de responsabilidad por el daño, programas de incentivos a empresas no contaminantes, política de impuestos para los sectores de riesgo, campañas de información y colaboración con el mercado y los ciudadanos, ... en definitiva, una serie de iniciativas que al menos son el exponente de que nadie cree en serio que el Derecho penal vaya a conseguir por sí solo una transformación social que acabe con las prácticas contaminantes. Es cierto que estas iniciativas surgen en programas de actuación elaborados por una Comisión, que después llegan al Parlamento y al Consejo, donde siguen siendo propuestas, y que tan sólo cuando se plasman en Directivas comienzan a tener una cierta fuerza normativa, que se hace efectiva cuando las leyes nacionales se adecuan a lo establecido en ellas estipulado. De acuerdo que es un proceso largo, e incierto, pero que no puede ser menospreciado, y que al menos evidencia dos cosas: que además de las declaraciones en el ámbito de Naciones Unidas y otros foros internacionales, en un ámbito institucional que nos es más próximo y con una mayor capacidad operativa (aun con sus limitaciones) se comparte con claridad la idea de que la protección del medio ambiente exige una respuesta integral; que esto es así aunque al mismo tiempo se considere que el Derecho penal debe (o puede) intervenir para los casos más graves. En definitiva, no es cierto que la tipificación en las leyes penales de las agresiones más graves contra el medio ambiente haya de representar automáticamente una especie de “salida fácil” del legislador, con la que escudarse de la falta de otras iniciativas. También cabe imaginar que si la protección al medio ambiente desapareciera de los Códigos penales, no por ello tendría lugar una revolución social que alterara los medios de producción y despertara las conciencias de forma efectiva para la protección de las especies y de los recursos naturales. En la espera de esta improbable revolución, bienvenidas sean todas las iniciativas, que no sólo exigen un esfuerzo imaginativo (que al

menos en algunos organismos internacionales y de la Unión europea están haciendo), sino también financiero²⁵.

Ahora bien, con esta consideración solamente se consigue cuestionar la presunción de que el Derecho penal del medio ambiente es incompatible con una política más racional en la protección ecológica. Sin embargo, en tanto que todas las iniciativas mencionadas alcancen un nivel más satisfactorio de eficacia, ¿qué hacemos? Adoptadas estas iniciativas, ¿prescindimos del Derecho penal? Segundo MÜLLER – TUCKFELD, si se sigue insistiendo en el Derecho penal estaremos contribuyendo a una situación notablemente injusta: debido a que buena parte de las contaminaciones están permitidas y a que las grandes empresas cuentan con autorizaciones y acuerdos corporativos, la ley se estará aplicando sólo a pequeños casos de contaminación llevados a cabo por “sujetos comunes” (recordemos el ejemplo de los excrementos caninos o el desbordamiento de la fosa séptica).

Sin embargo, a mi modo de ver, esta situación no tiene su causa en la intervención del Derecho penal en la protección del medio ambiente, sino que las razones que explican esta situación son otras: la defectuosa técnica de tipificación que hace depender la intervención del Derecho penal de la decisión del Derecho Administrativo o incluso de la potestad de la Administración; los problemas en general de “perseguibilidad” de estos delitos. Con ello no quiero decir que para la protección eficaz del medio ambiente haya que “endurecer” y “expandir” aun más el Derecho penal. Ese es otro debate. Sólo quiero señalar que la situación que describe MÜLLER – TUCKFELD sí que refleja un tratamiento desigual para las infracciones contra el medio ambiente, qué puede ser tachado de “injusto”, pero habrá que explicar por qué. ¿Qué es lo que nos parece injusto: que se castigue al sujeto que deja que se desborde su fosa séptica o que no se castigue al “gran contaminador autorizado”? ¿Qué es lo que queremos?: ¿no castigar a ninguno? Parece que lo que “quiere” MÜLLER – TUCKFELD es que, ya que no se puede castigar al gran contaminador, mejor que el Derecho penal no intervenga, porque no deja de ser contrario a todos los principios que regulan la actuación del Derecho penal que se castigue a quien hace “lo menos” y se deje impune a quien hace “lo más”.

Sin embargo, la realidad que describe MÜLLER – TUCKFELD no resulta del todo comparable a la existente en España (pensemos en los excrementos de los

²⁵ En el ámbito de la Unión Europea ya se cuenta con algunos instrumentos que, dentro de sus limitaciones, van operando con una cierta eficacia: el programa LIFE como instrumento financiero para potenciar la producción no contaminante; el sistema comunitario de gestión medio ambiental y auditoría; la “etiqueta ecológica” para promover el consumo de productos elaborados con respeto al medio ambiente; el sistema de evaluación de proyectos públicos y privados sobre medio ambiente; la institución de la Agencia Europea del Medio Ambiente. Por otra parte, la Comisión europea sobre el medio ambiente ha elaborado un Programa de implantación hasta el año 2010, que representa una estrategia que tiene como fines: mejorar la aplicación de la legislación en vigor; integrar el medio ambiente en otras políticas; colaborar con el mercado; implicar a los ciudadanos y modificar sus comportamientos y tener en cuenta el medio ambiente en las decisiones relativas al ordenamiento y gestión del territorio, proponiéndose para su cumplimiento un paquete de medidas específicas, entre las que se encuentran las de intensificar la inspección medio ambiental y hacer más eficaz la lucha contra los delitos ecológicos. Este Programa de acción comunitario ha sido aprobado por el Parlamento y el Consejo Europeo, a través de la Decisión 1600/2002/CE.

perros), ni mucho menos a la que puede tener lugar en otros países en vías de desarrollo. La STS de 25 de octubre de 2002 condenó a un año de prisión y penas de multa a los administradores de una empresa que realizó vertidos a la red de alcantarillado y al suelo de “elevadas cantidades de tricloretileno, sustancia gravemente peligrosa para las personas y para el medio ambiente”²⁶; la STS de 26 de junio de 2002 condenó a seis meses de prisión y una fuerte multa a los administradores de una empresa de explotación porcina que vertía los purines del ganado a un torrente, contaminando, con grave riesgo de infección para las personas, diversos pozos y fuentes de utilización directa, así como los acuíferos subterráneos²⁷; la STS de 3 de octubre de 2003 confirma la condena, de siete meses de prisión y considerable multa, a los administradores de una empresa dedicada a la producción de resinas sintéticas que había vertido aguas residuales directamente y sin depuración al alcantarillado público, con importantes concentraciones de disolventes e hidrocarburos, que se filtraron al subsuelo, alcanzando aguas subterráneas que afloraban en pozos destinados al consumo humano o a industrias del sector alimentario o farmacéutico, con grave riesgo para la salud de las personas; la STS de 2 de noviembre de 2004 condena a diez meses de prisión, multa de 30.051 euros e indemnizaciones diversas al fabricante de productos químicos destinados al pulido de mármoles y pieles, que había vertido distintas cantidades de ácidos a un cauce acuífero, que desembocaba en un río, cuyas aguas se destinan al consumo humano y al riego, acabando con la vida animal en el río, causando daños en huertos, cultivos y aljibes, perforando una cueva, cambiando el curso natural del río, invadiendo los lavaderos públicos e inutilizando las fuentes, abandonando después las instalaciones sin impermeabilizar los ácidos; la STS de 13 de marzo condena a un año de prisión y multa al dueño de una empresa de recogida de residuos que arrojó una carga de 8.000 litros de una “sustancia de aspecto pastoso y color marrón verdoso con ácidos grasos de aceite de origen animal”, en un colector que desagua en la ría de Pontevedra, llagando los residuos hasta una zona de marisqueo, creándose un grave riesgo para las especies de la zona, y para la salud de las personas. Estos casos son algunos de los ejemplos que han llegado hasta el Tribunal Supremo español. En fase sumarial se encuentra todavía el caso del Prestige, en el Juzgado de Intrucción de Corcubión, Galicia, que instruye las diligencias, en un sumario que supera ya los 10.000 folios, y que no cuenta todavía con una evaluación completa de la magnitud del desastre.

Desde luego que estas sentencias representan al menos una cierta eficacia de la ley penal para castigar delitos contra el medio ambiente, y no pueden ser entendidas como simples procesos “ejemplificadores”²⁸. Aun reconociendo que

²⁶ Sustancia que al infiltrarse por el suelo en los pozos de una piscifactoría, ocasionó la muerte de 301.000 alevines de dorada.

²⁷ Esta empresa funcionaba sin licencia administrativa de actividad.

²⁸ Véanse también las siguientes sentencias: STSS de 12 de diciembre de 2000; 17 de septiembre de 2001; 4 de diciembre de 2001; 28 de marzo de 2003; 17 de mayo de 2003; 24 de mayo de 2003; 2 de junio de 2003; 23 de septiembre de 2003; 30 de septiembre de 2003; 24 de octubre de 2003; 3 de diciembre de 2003; 22 de julio de 2004; 8 de noviembre de 2004; todas ellas referidas a vertidos que ponen en peligro bien los sistemas naturales, o bien, en la mayoría de los casos, la salud de las personas.

estos casos sólo representan un determinado índice de toda la actuación ilegal contaminante, y reconociendo también que existen actividades altamente contaminantes que se consideran legales (no vayamos muy lejos, pensemos en todo el tráfico de vehículos), ¿deberíamos concluir que entonces la solución es que en estos casos no actúe el Derecho penal?

A mi modo de ver, la intervención del Derecho penal es necesaria. En primer lugar, por la importancia del bien jurídico que se protege, tanto en los casos en los que hay una puesta en peligro directa de la vida de la salud de las personas, como en aquellos en los que el peligro afecta gravemente al equilibrio de los sistemas naturales. El medio ambiente, los recursos naturales, representan de forma reconocida el sustrato de la vida de la especie humana. ¿Cómo explicar que se castiguen con las leyes penales, que protegen los bienes jurídicos fundamentales, los hurtos, las injurias, las defraudaciones de fluido eléctrico, la cesión de secretos de empresa, el abandono de destino por funcionario, la alteración de lindes, la evasión del pago de impuestos, el fraude de subvenciones, por poner algunos ejemplos, y que no se castiguen los hechos que ponen en grave peligro las condiciones de la vida de la especie humana?

Con ello, no estoy defendiendo un “endurecimiento” de la ley penal. Tan sólo estoy exigiendo que se respete el valor que los recursos medioambientales tienen. Si eliminamos la intervención del Derecho penal, habría que archivar las diligencias previas abiertas tras el desastre del Prestige. De igual modo, en las sentencias antes comentadas sólo cabría la responsabilidad por los daños causados en la propiedad ajena: habría responsabilidad penal en el caso de la muerte de los peces que estaban en la piscifactoría afectada por los vertidos (pero no cuando desaparece la vida entera de un ecosistema, como ocurre en algún supuesto), y responsabilidad por los daños en los huertos privados o en los pozos particulares (pero no cuando las sustancias peligrosas están en el agua de consumo común); es decir, se absolvería cuando, a pesar del riesgo para la salud y la vida de las personas, no hubiese esos daños en la propiedad privada. Esta solución sí que es inaceptable.

Por tanto, si nos movemos en un plano axiológico, la protección penal del medio ambiente, en necesaria comparación con el valor de otros bienes protegidos por la ley penal, está plenamente justificada²⁹.

Si el problema no es éste, sino que por razones de “ineficacia” o de defectos en la técnica de tipificación (que condiciona la intervención penal a lo dispuesto en el Derecho administrativo), el Derecho penal está funcionando de manera inadecuada, entonces habrá que buscar mecanismos de corrección de ese mal funcionamiento y de las supuestas “injusticias” que se desprenden del mismo. No

²⁹ Aunque, como ya se ha indicado más arriba, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en el sentido de que la Constitución no “obliga” a la protección penal del medio ambiente, sino que ésta es una posibilidad entre otras, lo cierto es que en diversas sentencias ha reconocido el “valor” de la intervención del Derecho penal. En este sentido, la STC 90 / 2000, de 30 de marzo, ha destacado la importancia de la legislación penal sobre el medio ambiente al establecer una respuesta primaria o básica, que cumple además una función de ordenación o armonización con el establecimiento de unos mínimos. En sentido similar, cfr. la STC 196 / 1996, de 28 de noviembre.

creo que sea una ingenuidad confiar en las iniciativas internacionales o de la Unión Europea, antes descritas: al menos es una ingenuidad necesaria para mantener la esperanza, ya que, efectivamente, sólo con una estrategia integral que combine mecanismos sancionatorios con información, incentivos y distintas presiones a los Gobiernos, será posible hacer frente al deterioro medioambiental.

Entretanto, tampoco parece muy razonable execrar del Derecho penal y depositar el control de las agresiones contra el medio ambiente en la Administración. Al contrario, la experiencia española demuestra que en muchos casos la Administración no vigiló como le correspondía el cumplimiento de la normativa protectora del medio ambiente, y en algunos casos las autoridades administrativas se convertían en los autores de la infracción³⁰. En el caso del desastre del Parque de Doñana, por la rotura del dique de la balsa de residuos de las Minas de Aznalcóllar, (que supuso que cinco millones de metros cúbicos de lodos tóxicos fueran vertidos en una superficie de 5.000 hectáreas, con la muerte de miles de animales), las Administraciones española y andaluza no establecieron responsabilidad alguna para la empresa responsable de la explotación, sino que esta empresa había recibido incluso subvenciones de distintas Administraciones públicas (por supuesto, no pagó ningún impuesto por actividad de riesgo contaminante, con lo que la aplicación del principio “quien contamina paga” brilló por su ausencia)³¹.

Por otra parte, tampoco hay que desdeñar las “ventajas” que ofrece la jurisdicción penal, así como los mecanismos de acción popular previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De este modo, la acusación particular y la acusación

³⁰ En ocasiones, las actuaciones administrativas son lentas y en definitiva “poco intimidantes”, de modo que la actividad agresiva contra el medio ambiente no se detiene y se termina en un daño irreparable (STS de 3 de diciembre de 2003, empresa que vierte lodos a un río sin que las actuaciones administrativas consigan detener la actividad, hasta que se causan importantes daños en el ecosistema fluvial, acabando con la vida de peces y vegetación; STS de 24 de octubre de 2003, caso de vertidos de cianuro al río Ibaizabal, desde 1995 hasta 1998, a pesar de la incoación de varios expedientes administrativos, hasta que se producen importantes daños en el ecosistema; en sentido similar, la STS de 12 de diciembre de 2000). Otras veces, es la autoridad administrativa la responsable directa de la agresión: STS de 23 de septiembre de 2003, que condena por delito ecológico a un Alcalde y Concejal de Ayuntamiento, que gestionan vertedero con materiales altamente inflamables en zona forestal de alto riesgo; STS de 30 de septiembre de 2003, que condena a Alcalde que autoriza vertidos de escombros y otros productos sólidos en un humedal, produciendo un aterramiento que destruye el espacio ambiental y altera gravemente el equilibrio ecológico.

³¹ Ahora bien, apostar por la intervención del Derecho penal no significa que se dé por bueno cualquier técnica de tipificación. En este sentido, sólo puedo coincidir con SILVA cuando pone de manifiesto que lo interesante no es la contravención de la norma administrativa, sino que lo definitivo para la intervención del Derecho penal ha de ser la constatación del riesgo para el bien jurídico. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sobre el “caso Rontealde”. En octubre de 1994, Rontealde, una empresa afincada en Baracaldo, libró por negligencia una alta emisión de dióxido de azufre, que circuló por la atmósfera en forma de nube, provocando la muerte de una persona y lesiones a otras. La sentencia condenó a los responsables de la empresa por homicidio y lesiones imprudentes, pero desestimó el delito ecológico, porque no se consiguió demostrar que en la maniobra señalada se libraran gases por encima de los límites autorizados administrativamente. De este modo, se produce el contrasentido de dejar sin castigar el peligro medioambiental creado, a pesar de que dicho peligro se hubiese constatado de una manera evidente.

popular representan instrumentos a través de los cuales los particulares pueden acceder a una vía más rápida de jurisdicción, con la que pueden, o bien hacer valer sus derechos individuales, o incluso, promover la investigación de delitos medioambientales. Por último, la responsabilidad civil derivada de delito representa también un importante mecanismo para favorecer la reparación del daño³².

En definitiva, parece que todavía es posible encontrar, desde mi punto de vista, algunas razones válidas que abogan por la intervención penal. Sin embargo, todavía nos queda una cuestión sobre la que también sería interesante tomar partido: ¿debe el Derecho penal del medio ambiente proteger únicamente los ataques que ponen en peligro directo a las generaciones presentes, o debe extender también su protección a las generaciones futuras? Como ya se ha visto, mientras que en Derecho internacional la protección de las generaciones futuras se asume como un principio prácticamente incuestionable, en Derecho penal esta cuestión no está tan clara. Por ello, conviene empezar por intentar despejar algunas dudas.

A mi modo de ver, es cierto que la tesis de los “daños acumulativos” resulta incompatible con el principio de culpabilidad³³: si la norma penal sanciona creaciones de riesgos imputables a sujetos, está claro que sólo debería caber la responsabilidad penal por los riesgos personalmente creados, ya sea a título de dolo, ya sea a título de imprudencia. Sin embargo, es preciso advertir que la discusión sobre la protección de las generaciones futuras no tiene por qué estar vinculada a la admisión de la teoría de los daños cumulativos. Claramente: se puede defender la necesidad de proteger a las generaciones futuras sin tomar como punto de partida la teoría de los daños cumulativos. De hecho, esta teoría surge en Alemania para explicar un tipo, el contenido en el parágrafo 324 del Código penal alemán, que castiga con penas de hasta cinco años a “quien sin autorización contamine las aguas o altere perjudicialmente sus propiedades”, y que no tiene correspondencia en la ley española. El artículo 325 del Código penal no se contenta con la contaminación sino que exige la creación de un grave peligro potencial, bien para el equilibrio de los sistemas naturales, bien para la salud de las personas. En consecuencia, para castigar por el delito ecológico hay que demostrar la creación de un peligro o la peligrosidad potencial de la conducta concreta: por ello, no basta con probar la mera actividad y fundamentar la pena en la acumulación de esa actuación con otras futuras (lo que desde luego, resulta rechazable), sino que hay que demostrar el peligro que el tipo exige³⁴.

Puesto que los tipos que se refieren a las conductas tradicionales de contaminación exigen un peligro para los ecosistemas que, en consecuencia, afecta ya a las generaciones presentes, la discusión sobre la protección de las generaciones futuras viene más bien condicionada por la inclusión en el Derecho medioambiental de la protección de la biodiversidad. En efecto, aunque la

³² Estas “funciones” de la jurisdicción penal son destacadas en la STC 199 / 1996.

³³ En este sentido, comarto las razones aducidas tanto por Silva Sánchez como por Alcácer Guirao, expuestas más arriba.

³⁴ Coherente, según creo, con esta interpretación, la STS de 27 de septiembre de 2004 absuelve al sujeto que realiza un vertido de purines de ganado en el río, al no considerar probado el peligro para el ecosistema. En sentido similar, la SAP de Navarra, de 4 de abril de 2005.

destrucción o tráfico ilegal de especies vegetales exige, para su consideración como delito, la creación de un grave perjuicio para el medio ambiente³⁵, en el caso de las especies animales, es delito, entre otras conductas, la caza o pesca de especies amenazadas (artículo 334.1 del Código penal, que prevé una pena prisión de cuatro meses a dos años o multa). En efecto, la intervención del Derecho penal para castigar una conducta que pone en peligro una especie no puede estar fundamentada en la protección de la vida o la salud de las generaciones presentes, pero tampoco en las “condiciones” de vida de las mismas. Esa previsión legal “sirve” para aclarar la discusión, en el sentido de que desde una perspectiva de lege lata el Derecho penal “ya” está extendiendo su protección sobre las generaciones futuras y sus condiciones de vida.

¿Eliminamos estos delitos del Código penal? ¿Prescindimos de la protección penal de la biodiversidad? ¿Es innecesaria o superflua la protección penal de las especies amenazadas? En mi opinión, ésta es la cuestión que más controversia suscita. Pero sobre todo porque permite la intervención del Derecho penal para castigar una conducta cuya relación con el peligro real de desaparición de la especie no es tan fácilmente cuantificable (a pesar de tratarse de una “especie” amenazada). No obstante, el recurso a sanciones leves aporta una cierta racionalidad, mientras que al mismo tiempo el “carácter simbólico” del Derecho penal cumple una función de advertencia que por ahora parece necesaria (siempre y cuando el sujeto conozca el riesgo creado con su conducta, que es el de la contribución a la desaparición de la especie).

En fin, no acierto a ver porque el Derecho penal puede intervenir para proteger, por ejemplo, las condiciones del mercado, y ha de inhibirse cuando de lo que se trata es de proteger el futuro de la especie humana mediante el aseguramiento de los recursos naturales que garantizan la vida. No termino de aceptar que lo determinante para legitimar la intervención sea una correspondencia entre supuestas relaciones de libertad individual y que lo definitivo sea la intromisión en la esfera de libertad ajena. ¿No resulta definitivo el riesgo de desaparición de la especie? ¿Qué lugar ocupa en la escala de bienes jurídicos a defender la garantía de la propia supervivencia?

Terminar con dudas y preguntas no pretende ser una salida fácil. Creo que he mostrado mi posición sobre la mayoría de los temas planteados. Valga el último párrafo como una propuesta de reflexión que yo no soy capaz de dar por cerrada en este trabajo.

³⁵ Ello tras la reforma del Código penal, por LO 15 / 03, que modifica el artículo 332 introduciendo la exigencia del peligro para el medio ambiente (si no hay este grave perjuicio, entonces se aplica la falta del artículo 632)

Reseñas

OROPEZA GARCÍA, Arturo, *China entre el reto y la oportunidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, 2006.

Jorge Witker*

I. Introducción

El libro comprende ocho capítulos que describen y analizan aspectos económicos sustanciales de lo que el autor llama el modelo chino. Da una visión histórica general que resume el periodo 1946-1976, etapa comunista agraria bajo la influencia hegemónica del pensamiento de Mao Tse Tung, para resaltar el drástico cambio que impulsa Deng Xiaoping a partir de los últimos años de la década de los setentas.

Los capítulos subsiguientes se refieren al Comercio chino como diseño estatal, el Sistema Financiero, la inversión extranjera, el ingreso de China a la Organización Mundial del Comercio, la relación con Latinoamérica, la relación con México y finalmente, los retos y oportunidades del éxito chino.

Las siguientes reflexiones se orientan a destacar los aspectos relevantes que se desprenden de este libro y al mismo tiempo, señalar brevemente algunas omisiones “el desarrollo que le falta por cubrir” que el llamado modelo chino se plantea en este esfuerzo de Arturo Oropeza y que con tanto agrado comentamos esta tarde.

II. Elementos del modelo Chino

Michael Porter en la Ventaja Competitiva de las Naciones ya afirmaba en los noventas que la experiencia de desarrollo de los países industrializados pasaba por definir una Política Económica Pública de Estado que comienza con un acento promotor selectivo volcado a los mercados internos como etapa previa y necesaria para despegar hacia los mercados de exportación.

Parte de este enfoque y parte de las etapas de crecimiento de Arthur Lewis, son articulados desde la perspectiva de la realidad China por Deng Xiaoping a fines de los setenta y que es descrito y analizado detalladamente por el autor.

En efecto, reformas-desarrollo-estabilidad, vinculando las políticas estatales a los esfuerzos privado nacionales y extranjeros, constituyen la teoría de los cambios de paradigmas impulsados por el nuevo grupo dirigente chino.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Con dicho paradigma, es interesante destacar, como lo hace Olopeza, que China se ha insertado en la globalización desde su interés nacional y no desde los intereses transnacionales de terceros países como lo ha hecho Latinoamérica. Se podría afirmar al respecto, que China está intentando construir su presencia en los mercados globales, como sujeto de los mismos y no como objeto, situación esta ultima que presenciamos con poco optimismo en México. Por ello, es posible advertir que China y otros países asiáticos, no se han globalizado bajo los postulados del Consenso de Washington y por el contrario, han aprovechado de la apertura económica mundial, los aspectos funcionales y positivos para sus economías y empresas nacionales. Una muestra de lo anterior es la forma como China se incorpora en el año 2001 a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Una premisa esencial que desprendemos del libro de Olopeza, China y demás países asiáticos, especialmente Corea y Taiwán, es que un modelo industrializador basado en la dinámica exportadora, no requiere de una liberalización comercial indiscriminada en sus importaciones. En efecto, China evidencia que es posible mantener políticas relativamente proteccionistas (agricultura, granos, inversiones extranjeras selectivas geográficas y sectoriales, controles de cambio, etc) y crecer hacia afuera con una notable expansión de exportaciones no tradicionales.

III. El Protocolo de Adhesión de China a la OMC.

En el contexto de una apertura y liberación comercial gradual y pausada, China se incorpora a la OMC el 11 de Diciembre del año 2001, luego de haber solicitado su reingreso a dicha organización quince años antes.

De la lectura de dicho Protocolo de adhesión yo desprendo elementos que difieren un tanto con lo que Arturo Olopeza señala en su Capítulo V del libro que comentamos. Así, China a pesar de su inserción al esquema multilateral de comercio, no renuncia a su condición de país en desarrollo, pues prácticamente excluyó al sector agrícola, granos, y otro elenco de productos estratégicos o sensibles. Privilegia la negociación arancelaria dejando aún lagunas técnicas como la incorporación lenta al sistema armonizado y una gradualidad, un tanto ambigua, para asimilar en plenitud el Código de valoración de la OMC para las mercancías y la existencia temporal en varios productos de precios referenciales para incluso, productos de exportación.

Por otra parte, los compromisos en materia del Acuerdo de Servicios, los anexos del protocolo, evidencian que las listas negativas superan las positivas, reconociendo entre éstas destacadamente, la apertura gradual en telecomunicaciones. Incluso, las inversiones en este campo, son en porcentajes minoritarios en relación a las inversiones totales.

Precisamente, en materia de inversiones sólo hay compromisos en el Acuerdo de Inversiones relativas al comercio, es decir, maquiladoras, sin que a la fecha existan APPRIs o premisas tipo Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) que permitan prever una apertura ni lejana del capítulo XI de nuestro Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

En otras palabras, China ante la OMC reservó los sectores estratégicos que bajo control estatal pretende continuar avanzando en la trilogía de Deng Xiaoping.- Reformas, Desarrollo y Estabilidad.

Corolario de su concepción de gradualidad pausada para su inserción en el esquema multilateral, la participación de China en la propia Ronda Doha que la había aceptado y luego en Cancún y en Hong Kong testimonian que su compromiso, con todo, está más cerca del mundo en desarrollo que de los intereses transnacionales mundiales.

IV. El Tratado Bilateral China-Chile del año 2004

Insistimos que las premisas de gradualidad y pausa en la apertura China se ven plasmadas claramente y se ratifican en el año 2004 cuando firma el Tratado comercial con la República de Chile, el primero en Latinoamérica, en el cual se observa una clara tendencia mercantilista, en el sentido de convenir sólo rebajas arancelarias para productos y mercancías, dejando fuera toda referencia a servicios, inversiones y compras de gobierno. Es decir, la misma cautela que muestran en el Protocolo de la OMC, de tal suerte que no incorporan, nada nuevo, que pudiera sentar precedentes a otros países, vía la cláusula de la nación más favorecida, base de la economía multilateral.

V. Las cláusulas sociales como temas pendientes en el modelo chino. La reforma de la reforma

Una omisión evidente del modelo chino que es reconocida por Arturo Oropeza es la ausencia total de las llamadas cláusulas sociales que ostentan tanto el protocolo de adhesión, antes visto, como los tratados bilaterales con Estados Unidos, la Unión Europea, y el reciente tratado bilateral de libre comercio con la República de Chile.

En efecto, Arturo Oropeza en su capítulo “Visión general del modelo chino, pág. 39-89” y específicamente en la página 80, citando a Deng Xiaoping reitera su filosofía: “no importa si el gato es blanco o es negro, lo importante es que cace ratones”, dicho postulado, sin embargo, en pleno 2005 es sometido a un frontal cuestionamiento. Al respecto, Wang Hui, teórico de los economistas chinos replica: “Hoy China está atrapada entre los extremos del socialismo extraviado y el falso capitalismo sufriendo de lo peor de ambos sistemas. Tenemos que encontrar un camino alternativo, esa es la gran visión de nuestra generación.”

Consecuentemente, las cláusulas sociales son aquellas normas que regulan los derechos económicos, laborales y sociales de los mercados nacionales y las protecciones ambientales y de sustentabilidad que deben acompañar todo proceso de crecimiento económico.

Las cifras en ambas vertientes del actual modelo chino son alarmantemente preocupantes y dicho desbalance ya detectado por el grupo dirigente chino se resume en cinco áreas: **desbalance entre desarrollo urbano y rural, en el desarrollo entre regiones, entre el desarrollo económico y el social, entre el desarrollo del ser humano y la naturaleza y finalmente, entre el desarrollo interno y el del exterior.**

Estos desbalances se evidencian como lo afirma el propio autor en la regresiva distribución del ingreso, concentración geográfica y sectorial de las inversiones, devastación del medio ambiente y fomento del desarrollo científico y tecnológico asimétricamente definido. Con ello las tesis de Deng Xiaoping de que “algunos hombres y algunas regiones tendrán que enriquecerse primero para luego compartir los progresos” comienza a cuestionarse por la “prosperidad común” que busca una sociedad armoniosa,

neutralizando la actual polarización social, por ello, hoy frente a la concentración de la riqueza y a la devastación ambiental se postula un nuevo paradigma de desarrollo como concepto multifacético más allá de la búsqueda ciega del incremento del producto interno bruto. Por ello, es que las cláusulas sociales, que hoy se discuten en la propia OMC, como utopías posibles de la globalidad vigente, adquieren en el actual modelo chino, una trascendencia vital. Desde las enmiendas a la constitución de 2004, que amen de garantizar la protección de la propiedad, indemnizar en caso de expropiación, reconocer un **sector no público de la economía**, obliga al Estado a establecer un sistema de seguridad social y a promover el desarrollo coordinado de las civilizaciones material, político y espiritual...

En este contexto, el Onceavo Plan Quinquenal de Desarrollo Económico y Social (2006-2010), aprobado en marzo del 2006 en la X Asamblea Popular Nacional, plantea que crecimiento económico no es igual a desarrollo económico, y que el crecimiento no es la meta final del desarrollo. Parte de la premisa de continuar con un ritmo de crecimiento acelerado por encima del 7 por ciento anual y busca un crecimiento justo, balanceado y sustentable, que pasará de buscar el aumento de la tasa de crecimiento a la desarrollo sustentable; y apoyará la inversión nacional, sobre todo la destinada a la ciencia, tecnología, educación y salud.

El Plan establece dos tipos de objetivos: los prospectivos o deseables, alcanzables a través de los mecanismos de mercado y los obligatorios, cuyo cumplimiento se dejan a la administración pública y la prestación de servicios, a través del marco normativo correspondiente.

Sus principios son: el mantenimiento de un desarrollo estable y relativamente rápido de la economía; acelerar el cambio de la modalidad del crecimiento económico; acrecentar la capacidad de innovación autónoma; promover el desarrollo coordinado de la ciudad y el campo, y el de las regiones; potenciar la construcción de una sociedad armoniosa; y profundizar en la reforma y la apertura.

Los problemas y contradicciones que pretende resolver son la irracionalidad de la estructura económica; la insuficiente capacidad de innovación autónoma; la lentitud en el cambio de la modalidad de crecimiento económico; el consumo excesivo de energía y recursos; el agravamiento de la contaminación ambiental; la contradicción relativamente aguda entre la demanda y la oferta de empleo; la falta de coordinación entre la inversión y el consumo; la continua ampliación de la brecha entre el desarrollo de la ciudades y el del campo, y entre el de las diversas regiones; las crecientes diferencias de ingreso; y el retraso en el desarrollo de los servicios de interés social.

Sus metas para los próximos cinco años, se pueden englobar en dos rubros:

- a) En relación al ritmo de crecimiento económico, se fija un incremento anual medio del PIB en un 7.5%, sustentado en la optimización de la estructura, la elevación de la rentabilidad y la reducción de los insumos; y
- b) Respecto al desarrollo de energía y protección del medio ambiente, el plan propone reducir el consumo de energía por unidad del PIB alrededor del 20% y disminuir la emisión global de las principales sustancias contaminantes en un 10%.

En cuanto a las prioridades estratégicas, el Plan establece las políticas siguientes:

- Creación de un campo socialista, a través de una producción desarrollada, mejoramiento de los niveles de vida y de los hábitos de los campesinos, mejorar el aspectos de las aldeas y la administración democrática, a fin de impulsar la reestructuración agrícola, intensificar la construcción de infraestructuras rurales y aumentar los ingresos de los campesinos (ampliación de las obras hidráulicas para tierras de cultivo, acceso al agua potable, construcción de carreteras, aprovechamiento de gas metano, fomento de la educación, cultura y sanidad, reformar los organismos de administración de los cantones y poblados, escolaridad obligatoria rural etc.)
- Aceleramiento del ritmo de la reestructuración de la economía y el cambio en su forma de crecimiento. Considerando la irracionalidad de la economía, el plan busca optimizar la estructura sectorial de la economía y basar el progreso en el ahorro de recursos y la protección del medio ambiente.
- Promoción del desarrollo coordinado entre regiones, atendiendo a los recursos disponibles, las características del medio ambiente y el potencial del desarrollo. El plan divide el territorio en cuatro tipos regiones de explotación: las sujetas a optimización, a priorización, a restricción y a prohibición.
- Incrementar la capacidad de innovación autónoma, es decir, incrementar la capacidad de hacer innovaciones originales e innovaciones integradas, y de introducir, dirigir, asimilar y mejorar las tecnologías avanzadas del extranjero.
- Profundizar en la reforma y ampliar la apertura. El plan centra su atención en los mecanismos que propicien el cambio de la modalidad del crecimiento económico, que promueva un desarrollo integral, coordinado y sustentable. Reconoce la necesidad de reformas en los ámbitos político, cultural y de la administración social. En la apertura exterior, se concede importancia a la salvaguarda de la seguridad económica del Estado.

En conclusión, el Onceavo Plan Quinquenal, postula a diferencia del plan anterior, en que la agricultura apoya la industria, experiencia que los mexicanos recordamos muy bien, el apoyo de la industria a la agricultura y que la inversión en infraestructura, debe cambiar de las ciudades al campo.

VI. Consideraciones finales

El libro del Dr. Oropeza García es un documento indispensable para un acercamiento oportuno al llamado modelo chino de desarrollo.

De dicho texto, se desprende la posibilidad de diseñar una política de comercio exterior de Estado, en que se articulen creativamente, los interese público, privado y social.

Pese a los extraordinarios logros cuantitativos, manejados por el autor, las cláusulas sociales, evidencian ausencias y omisiones, que afortunadamente, la cuarta dirigencia china comienza a revalorar y que, al parecer, se plasmarán en el onceavo plan quinquenal 2006-2011, donde se advierte un cambio de paradigma, es decir, reformas de las reformas, que apuntan a humanizar el modelo, privilegiando, más que el incremento espectacular del PIB,

una **prosperidad común** que armonice a ricos, pobres, regiones, campo y ciudad en una colectividad que ellos creen y postulan más armoniosa y humana. Al parecer el socialismo extraviado de la República China ahora inscrito en una economía de mercado integral, vuelve por sus fueros y trata de distinguir que una cosa es una economía de mercado y otra cosa es una sociedad de mercado.

**CELORIO CELORIO, Felipe, *Derecho natural y positivo*, México,
Porrúa, 2005, 205 pp.**

José Manuel Lastra Lastra*

El principio del hombre es sonoro. El verbo enmudece en la escritura, por ello, es oportuno recordar el antiguo aforismo latino: *Littera enim occidit, spiritus autem vivificat*, la letra mata y el espíritu vivifica. El hombre buscó la permanencia en la palabra escrita. La representación gráfica de la palabra es —como diría E. Nicol—, el paso hacia la universalidad del pensamiento.

Las ideas adquieren alas potentes y veloces en el luminoso y cálido ambiente de la forma, porque todo lo que es tiene forma, la forma es una constancia del ser.

Los seres humanos adoptamos en nuestras vidas diversas configuraciones, es decir, las formas del ser que se transforma. Así el mito de Proteo vive en los humanos y revive en el *Fausto* de Goethe, en aquella inaudita permutación de los tiempos, el viejo se convierte en un joven; en un galán enamorado de la vida. El cambio de figura trae consigo un cambio de personalidad. *Fausto* quería dejar de ser lo que fue a cualquier precio, la aventura fáustica terminaría mal. El desenlace desventurado no lo pudo sufrir el propio *Fausto*. El hombre contemporáneo aparece como un *Fausto* que fracasa en el intento de vender su alma: Tal vez porque el endemoniado perdió su alma sin venderla, o quizás porque no hay demonio que pueda comprársela. El doctor *Fausto* es una figura mítica que ha sido realizada por la literatura. *Proteo* es divino, inmortal o sobrenatural. Sus transformaciones no son costosas. *Fausto* es humano, mortal y encadenado a la naturaleza. Es desmedido, sin ser divino, aspira a una transformación violatoria de la ley natural.

Así lo enseñó el pensador de Efeso, *Heráclito* quien vio en el mundo una armonía bellísima producto de un orden inalterable en el universo, pero también observó los cambios y las mutaciones, en su ya histórica y famosa teoría de la transformación perpetua e inacabable de todas las cosas.

El autor, Don Felipe Celorio Celorio ha dado a la estampa de la prestigiada y centenaria *Casa Editorial Porrúa* su obra: *Origen y evolución del derecho natural y positivo*. Don Felipe Celorio, en su largo andar por la vida, ha tenido diversas vocaciones personales que le indujeron con esa voz misteriosa surgida de lo profundo del alma —no antes de muchas mutaciones—, para hacer predominar una aptitud determinada: la vocación de enseñar, esculpir almas y despertar conciencias, es decir, de ser maestro.

* Investigador Titular Nivel “C” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Investigador Nacional. Premio UNAM en Docencia 2002.

El Maestro Celorio ha transitado por más de cinco décadas en aulas universitarias, razón suficiente para autentificar, con el conocimiento y experiencia de su destacada trayectoria el contenido de esta obra, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En México ha fundado y dirigido diversos cursos y asignaturas, pero también ha sido fundador de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Baja California Sur, como constancia de ello, la primera generación lleva su nombre, también fue profesor y director de la Facultad de Derecho de la Universidad Americana de Acapulco, ha recibido diversas distinciones, entre ellas, el Premio Nacional a la Docencia Jurídica, otorgado por la ANFADE en el Congreso Nacional realizado en la ciudad de San Cristóbal de las Casas, en el Estado de Chiapas, en el año 2002. En la UNAM fue Maestro Titular desde 1950, en las cátedras de Sociología e Introducción al Estudio del Derecho, durante el rectorado del Dr. Ignacio Chávez y ha participado como profesor de la Cátedra de Filosofía del Derecho y otras disciplinas jurídicas de su especialidad, también ejerció la función de Notario Público en el Estado de Tamaulipas.

En cuanto al contenido temático y el desarrollo del mismo, el amable lector podrá confirmar después de la lectura, la claridad, precisión, sencillez y estilo característico del autor en el que siempre se ha dirigido a sus discípulos y lectores. El análisis parte desde el mundo antiguo, el apogeo griego, el imperio, el estoicismo, la escuela racional del Derecho Natural, el estoicismo romano, la aparición del cristianismo, el jusnaturalismo teológico, el periodo del renacimiento, la esencia racionalista de la escuela clásica del Derecho Natural, las ideas juracionalistas y el contrato social, la ilustración y el eterno retorno del Derecho Natural. Más adelante se ocupa con pormenores del positivismo, el positivismo jurídico, el formalismo positivista, la teoría pura del derecho y sus críticas, los problemas que enfrenta el positivismo jurídico según Bobbio y otros distinguidos especialistas en el tema, revisa el positivismo y sus influencias en Iberoamérica, también estudia el neopositivismo, no escapan de su análisis las tendencias actuales sobre la validez del derecho, según opinión de diversos tratadistas, entre ellos el muy ilustre Don Eduardo García Márquez y su famosa teoría de los tres círculos. No deseo interferir en el privilegio de los lectores y de quienes puedan atisbar en las páginas de esta importante obra, que será de gran utilidad y provecho para quien decida incursionar en los temas que aquí se tratan. Sólo deseo agregar que la mejor obra, es la que se realiza “sin las impaciencias del éxito inmediato —como diría José Enrique Rodó—, por que el más glorioso esfuerzo es el que pone la esperanza más allá del horizonte visible”.

La misión eterna del magisterio consiste y así lo apuntaba el inolvidable García Márquez: “en preparar a los alumnos para que puedan atisbar hacia el futuro con los ojos de la esperanza”. Quehacer que ha ocupado y caracterizado a Don Felipe Celorio y en el que continúa comprometido actualmente, siempre con el afán de preparar mejor a sus discípulos, con libertad y responsabilidad en la inagotable fuente de la ciencia, ya que el pensar enseñaría el ilustre maestro de Efeso, es la más grande virtud; y es sabiduría decir cosas verdaderas y practicarlas, tarea en la que el Maestro Celorio, cotidianamente, con tesón, perseverancia y gran vehemencia expone a sus discípulos sus lecciones.

Esta obra perdurará —sin duda—, en el anaquel al alcance de la mano, lugar reservado a los pocos libros de consulta, estará presente y vivo...