

# *Letras Jurídicas*

Volumen 14

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

*Invitados*

## **Protección Constitucional del Medio Ambiente en España y en Europa\***

Ángela Figueruelo Burrieza\*

*- Estamos aquí para derrotar la naturaleza – empezó, contra todas sus convicciones-. Ya no seremos más los expósitos de la patria, los huérfanos de Dios en el reino de la sed y la intemperie, los exiliados en nuestra propia tierra. Seremos otros, señoras y señores, seremos grandes y felices.*

*(Gabriel García Márquez en Muerte constante más allá del Amor, 1970)*

Gran parte de los textos fundamentales vigentes en la actualidad reconocen e intentan garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado. La importancia de su estudio, desde un punto de vista constitucional, es obvia porque al igual que sucede con la mayor parte de los derechos sociales goza de una fuerte raíz comunitaria y colectiva, afectando, en consecuencia, a todos los seres humanos inmersos en un contexto económico y social determinado, con necesidades específicas que deben satisfacerse solidariamente para poder disfrutar de una vida digna.

Esto no es tarea fácil porque faltan recursos naturales, el medio natural se degrada cada vez más a causa de accidentes y de agresiones cotidianas en el marco industrial o doméstico... Por todo ello, la importancia socio-política de los valores ecológicos se ha ampliado con el reconocimiento jurídico del medio ambiente y de su protección, con el propósito de conseguir que el ser humano y el medio natural convivan en una relación armónica, de modo tal que, a la vez que se protegen los espacios naturales se está protegiendo el hábitat de las generaciones futuras.

El interés por los derechos fundamentales llamados de la "Tercera Generación" y su reconocimiento constitucional no data de más allá de treinta años. En el caso del derecho al medio ambiente debemos cifrar su reconocimiento internacional en la Declaración de Estocolmo de 1972. A partir de ese momento numerosas constituciones nacionales lo han incorporado al elenco de sus derechos reconocidos y garantizados. Entre ellos merecen ser citados la Constitución Griega de 1975 y la Portuguesa de 1976. Siguiendo en la misma

---

\* Texto de la Conferencia pronunciada el día 31 de marzo de 2006 en la Universidad de Salamanca en el marco del Curso Extraordinario: "Medio ambiente en el siglo XXI: una visión interdisciplinar".

\* Profesora de la Universidad de Salamanca, España.

Línea, la Constitución Española, de 27-XII-78, reconoció en el artículo 45.1 "el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona".

Estas novedades europeas en el marco de los derechos fundamentales del constitucionalismo social van a tener proyección hacia otros ordenamientos constitucionales. Pero el reconocimiento de este derecho en el marco del máximo nivel normativo –como es el constitucional– no elimina los problemas de una concepción jurídica indeterminada de lo que se entiende por medio ambiente, concepto que varía constantemente y que dificulta los contenidos del derecho; las vicisitudes a la hora de conocer su naturaleza jurídica dificulta aún más la posibilidad de hacer exigibles las pretensiones subjetivas y supraindividuales que este derecho pudiera generar a través de diversas garantías constitucionales o vías procesales de exigibilidad.

Por lo antes dicho, es obligado precisar la naturaleza jurídica del derecho en análisis para así poder discernir quiénes son los sujetos activos y pasivos del mismo, su objeto y la relación inescindible que guarda con otros derechos fundamentales de rango constitucional. Resulta también necesario conocer los instrumentos jurídicos establecidos para garantizar el medio ambiente tanto en sede ordinaria como en sede constitucional y que suponen obligaciones positivas a cargo del Estado a los efectos de su protección y defensa: Tema que conduce al análisis de la legitimación procesal o relación subjetiva-reacional para exigir la correspondiente tutela jurisdiccional del derecho que nos ocupa en esta conferencia.

## — I —

En el constitucionalismo actual los derechos fundamentales juegan un papel importante tanto desde su dimensión subjetiva como objetiva, ya que, respectivamente, actúan como garantías de la libertad individual y asumen una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para conseguir los fines y valores que se proclaman en la Constitución. En esta línea, el derecho a un medio ambiente genera una serie de obligaciones al Estado (positivas y negativas para lograr su efectividad) que permiten calificar dicho derecho como "derecho a un todo". En su vertiente positiva el constitucionalismo ambiental impone a los poderes públicos una serie de obligaciones positivas o prestacionales con el fin de vigilar, proteger y restaurar el medio ambiente con el objetivo de que éste cuente con las condiciones adecuadas para el desarrollo y bienestar de las personas que aspiran a una mejor calidad de vida. Y, en su vertiente negativa, el Estado está obligado por este derecho a no interferir en el libre goce del medio ambiente al que tienen derecho todas las personas.

El medio ambiente (o ambiente, en cuanto término utilizado en Francia, Italia, Alemania o Estados Unidos) como bien jurídico objeto del derecho requiere una clara delimitación conceptual para su efectiva protección. Este concepto jurídico indeterminado, en constante evolución, ha sido objeto de estudio por sectores de la doctrina que desde perspectivas amplias y restrictivas analizan los elementos integrantes del medio ambiente como bien jurídico a proteger. Conviene tener en cuenta sus cambios permanentes atendiendo a factores históricos, sociales o tecnológicos que van conformando el medio ambiente al cual tenemos derecho.

En el caso español, observando el artículo 45 constitucional, apreciamos una visión progresista del derecho en tres dimensiones: como derecho subjetivo, como deber ciudadano de conservarlo y como principio rector de las actividades del Estado. Pero, un sector de la doctrina (que en ese momento se cuestionaba el modelo social del Estado, se cuestionaba también la efectividad real de los derechos sociales) influyó en que el medio ambiente se insertase en el marco del Capítulo III del Título I de la Constitución Española, que se dedica a regular los principios rectores de la política social y económica. Y por ello, el artículo 53.3 de la norma suprema limitó su ámbito de protección a la mera actividad de los poderes públicos y a la alegación judicial, en su caso, a partir del momento en que se expida la ley ordinaria que lo desarrolle. Debido a esta situación, algún sector de sus estudiosos y, hasta fechas no muy lejanas, el máximo intérprete de la Constitución, le negaron el carácter de derecho subjetivo y fundamental y le reconocían naturaleza de un simple principio rector de la política social y económica del Estado, sin que pudieran extraerse de él pretensiones subjetivas alegables ante los Tribunales. Tampoco, por supuesto, gozaría el derecho en cuestión de la garantía del recurso de amparo (artículo 53.2 de la Constitución Española) reservado para el "núcleo duro" de los derechos fundamentales.

A pesar de lo antes resaltado no faltan en nuestra doctrina defensores del carácter subjetivo del derecho reconocido en el artículo 45.1 de nuestra ley de leyes. Ese aserto lo fundamentan en razones tales como: la utilización del término "derecho" en la fórmula de su reconocimiento. Interpretación literal avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce a los derechos contemplados en el Título III constitucional no sólo el valor de normas programáticas sino también pretensiones subjetivas a favor de sus titulares. Además, el artículo 9.1 de la Constitución concede fuerza normativa a toda la ley de leyes y establece su carácter vinculante tanto para los poderes públicos como para los particulares. Unido al artículo 10.2 que constitucionaliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y obliga a interpretar los derechos y libertades constitucionales de acuerdo con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España. De ahí que el artículo 45 de nuestra Constitución deba ser interpretado a la luz de las Declaraciones de Estocolmo y de Río de Janeiro, que reconocen expresamente el derecho humano a un medio ambiente adecuado. También el apartado tercero del artículo 53 impone la consideración subjetiva del derecho reconocido en el artículo 45 porque ordena que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III (derechos sociales) informen la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Además, la posibilidad de alegar judicialmente las pretensiones subjetivas del artículo 45 de la Constitución quedan únicamente condicionadas a lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. El artículo 24 de la norma suprema le otorga tutela efectiva sin que quepa indefensión y la relación inescindible con otros derechos fundamentales susceptibles de protección a través de la vía del recurso de amparo le otorga protección reflejando con otros derechos reconocidos en el Capítulo I (arts. 14 a 29 de la Constitución).

Teniendo presente que el criterio clasificatorio de los derechos utilizado por el constituyente de 1978 dista mucho de ser coherente no podemos negar el carácter de derecho subjetivo y fundamental al derecho al medio ambiente atendiendo sólo a los

mecanismos de garantía y ubicación. La anhelada conclusión acerca de la naturaleza jurídica obliga a analizar conjuntamente los tres apartados del artículo 45 de la Constitución Española y en ello apreciamos que: en el apartado primero se establece un derecho subjetivo, en el apartado segundo se configura un principio rector de las actividades del Estado, y en el tercer apartado se establece un conjunto de instrumentos públicos a través de los cuales el Estado hace cumplir y respetar el derecho.

En resumen: el derecho al medio ambiente reconocido en la Constitución Española tiene una naturaleza mixta pues se trata tanto de un derecho subjetivo como de un principio rector de la política social y económica del Estado.

## — II —

Sin duda, una de las causas de que se haya clasificado al medio ambiente como un interés difuso del que son titulares todas las personas, la encontramos en la dificultad de determinar específicamente a su titular. Pero la pertenencia de este derecho a "todos" los miembros de la comunidad social impide señalar como correcta la idea de que la posición jurídica que le corresponde es la de un interés difuso. El carácter difuso lo tendrá, tal vez, el interés legítimo supraindividual como situación reaccional frente a la lesión que priva del disfrute adecuado de ciertas condiciones ambientales. Pero, la titularidad del derecho no es difusa porque se determina en cada uno de los individuos que conforman la sociedad. Los intereses generados, en cambio, pueden ser colectivos o difusos, atendiendo a la determinación o no del grupo interesado. Así pues, se trata de un derecho con un carácter bifronte, porque sus titulares son las personas físicas consideradas en su dimensión individual y colectiva como miembros de un determinado grupo social. Nos encontramos ante un derecho de disfrute de un bien jurídico colectivo no sólo personalísimo *–uti singulus–* sino también colectivo *–uti socius–*.

Respecto a los sujetos pasivos, es decir ante quiénes se puede hacer efectivo, conviene resaltar su eficacia multidireccional; se puede hacer valer contra actos de los poderes públicos y frente a terceros particulares. La violación del contenido constitucional de ese derecho permite recurrir frente a actos de los poderes públicos cuando éstos no hayan cumplido con las obligaciones positivas o de prestación que permitan el goce del derecho o con las obligaciones de abstención que le impiden intervenir en el libre goce del derecho deteriorando el bien jurídico objetivo de protección.

En relación al contenido del derecho consideramos que debe estar comprendido en la defensa de aquellos elementos integrantes del medio ambiente que permitan el libre desarrollo de la vida, la salud, la personalidad o la intimidad e inviolabilidad del domicilio... En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y posteriormente el Tribunal Constitucional Español. Ante la ausencia de una Ley General sobre medio ambiente en España, delimitadora de dicho contenido, será necesario atenerse a las legislaciones autonómicas. La indefinición y amplitud del contenido del derecho en análisis nos permite determinar la posible conexión con otros derechos: como el derecho a la vida, a la salud, a la propiedad privada, a la privacidad, al desarrollo libre de la personalidad,..., que deben ser interpretados actualmente en clave ambiental.

De sobra es sabido que el simple reconocimiento de un derecho ambiental no le otorga al mismo la debida efectividad. Es requisito ineludible el establecimiento de mecanismos de garantía necesarios para exigir su protección jurisdiccional. Pero nos encontramos con la siguiente paradoja: mantenemos a nivel doctrinal su carácter de derecho subjetivo y echamos en falta, a nivel legal, el desarrollo del mismo por una norma general que acarrea en consecuencia la inexistencia de una vía procesal específica para la defensa del medio ambiente. Este hecho nos obliga a buscar vías procesales de garantía que permitan la exigibilidad de este derecho en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Es cierto que el Estado, al estar obligado positivamente a la protección del derecho a un medio ambiente adecuado, ha desarrollado una serie de técnicas e instrumentos públicos de protección al ambiente; pero aunque constituyen un gran esfuerzo han resultado insuficientes. Este derecho en su vertiente subjetiva fundamental requiere mecanismos jurídicos que permitan a sus titulares acudir a la justicia y defender sus intereses medioambientales a nivel individual y colectivo. Aunque el constitucionalismo social ha tenido dificultades a la hora de defender judicialmente sus derechos, las pretensiones medioambientalistas disponen de distintas vías procesales para su exigibilidad. En el caso español merecen ser aludidas la vía procesal civil, a través de las relaciones de vecindad y sobre todo la reparación del daño, la vía procesal penal imponiendo sanciones a sus infractores con la intención de proteger el objeto del derecho. Incluso la vía administrativa a través del contencioso-administrativo y de su nueva regulación que permite a las asociaciones y portadores de intereses supraindividuales acudir ante los tribunales alegando la defensa de sus legítimos intereses. Existen al efecto las acciones populares y las acciones públicas.

Aunque en principio se trata de un derecho que no es susceptible del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cabe, en nuestra opinión, una protección indirecta por esta vía a través de la "vis atractiva" y la fuerza de irradiación de algunos derechos del "núcleo duro" constitucional que deben ser interpretados en clave ambiental y que sí gozan de dicha protección. Esta idea la fundamentamos en la teoría alemana de la "Drittewirkung der Grundrechte" o eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares. Así, la protección refleja podría venir de la mano de la invocación del derecho a la vida (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE), el derecho a la tutela efectiva (art. 24 CE), o incluso el derecho a la educación (art. 27 CE). Esta protección refleja del derecho al medio ambiente adecuado en cuanto derecho subjetivo fue confirmada por el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 119/2001 de 24 de mayo, en su Fundamento Jurídico nº 6.

### — III —

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, con sede en Estrasburgo, utilizó la técnica de la traslación o reinterpretación de la violación de un derecho social, entendida como una violación a un derecho civil, en la Sentencia de 1994, caso López Ostra contra España. En este supuesto la accionante alegó la violación de la intimidad de su domicilio (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que tuteló dicho Tribunal) por los actos contaminantes de una empresa estatal. Un caso similar se dio en 1998 en la Sentencia

Guerra y otros frente a Italia. El Tribunal de Estrasburgo consideró, otorgando la tutela solicitada, que el concepto de vida privada y familiar va más allá de la simple intromisión por un agente público en su domicilio, y que el Estado tiene la obligación de realizar un conjunto de acciones y omisiones a los efectos de no interferir por actos o inacciones en la privacidad del domicilio. Estas Sentencias sentaron jurisprudencia de cara a la justiciabilidad de las pretensiones medioambientales a nivel supranacional. También influyeron en el Tribunal Constitucional español, que en el Fundamento Jurídico nº 6 de la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, entiende que ciertos ruidos pueden llegar a provocar la disminución en el disfrute del derecho a la intimidad del domicilio.

Al parecer nos hallamos ante una mutación constitucional porque los contenidos de la norma suprema son interpretados de una forma distinta a la que inicialmente se tuvo en mente. Es una manifestación más de que los jueces no ven su labor reducida a ser meros aplicadores del derecho positivo, sino que su labor interpretadora les permite encontrar nuevos contenidos a los derechos fundamentales que deben ser entendidos actualmente en clave ambiental para así defender los derechos e intereses generados por el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 45.1 de la Constitución Española.

La eficacia multidireccional del derecho a un medio ambiente adecuado permite hacerlo efectivo frente a terceros particulares o poderes privados que en la actualidad se muestran como los mayores violadores de dicho derecho. Sin embargo, las necesarias vías específicas de tutela brillan por su ausencia. Se echan en falta, sobre todo, vías para la protección de intereses que superan el marco individual, ya sean colectivos o difusos porque los mismos transcienden el marco individual de la persona. La adecuación necesaria entre el derecho sustantivo y el derecho procesal en esta materia requiere una solución rápida ya que las estructuras procesales tradicionales no permiten superar ciertos obstáculos para la defensa de estos intereses colectivos, supraindividuales.

Conviene traer a colación el artículo 24 de la Constitución Española, que reconoce y garantiza al máximo nivel el derecho a una tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión. Este derecho fundamental –garantía institucional del proceso– permite que cualquier persona física o jurídica que cuente con un interés legítimo pueda acudir a los tribunales y demandar justicia. La figura del interés legítimo, más amplia que la del interés directo, abre las puertas de los Tribunales no sólo a los individuos que a nivel particular tengan interés en la defensa de su derecho al medio ambiente, sino que también portadores de intereses supraindividuales pueden acudir a los órganos jurisdiccionales. En este sentido, nuestra Constitución, en su artículo 162.1.b) otorga legitimación para promover el recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, también al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal. Así pues, en España, siempre que sea posible relacionar el derecho al medio ambiente con otro derecho del "núcleo duro" de los derechos fundamentales que goce del recurso de amparo (arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE) es posible que los particulares y las asociaciones civiles, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal puedan hacer uso de la vía constitucional de amparo en defensa de los intereses individuales y supraindividuales generados por el derecho que reconoce el artículo 45.1 de la Constitución Española.

En el marco del procedimiento administrativo se pueden defender estos intereses por medio de la acción popular que reconocen distintas legislaciones sectoriales y a través de la legitimación para la defensa de los intereses supraindividuales prevista en los artículos 24.1 de la CE, 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde se otorga legitimación a las corporaciones, asociaciones y grupos que ostenten un interés legítimo para la defensa colectiva.

Ponemos de relieve la dificultad para el reconocimiento jurídico de nuevos instrumentos procesales para la defensa de los intereses supraindividuales. No obstante, actualmente existen ejemplos, relativamente recientes, que muestran cómo hoy puede ser realidad el acceso a la justicia para la defensa de intereses colectivos y difusos. Entre ellos podemos mencionar las "Class Actions" en los Estados Unidos de América; el "mandado de segurança" y el "mandado de segurança coletivo" en Brasil, para proteger los derechos constitucionalmente reconocidos. Gozan de legitimación en estos casos los partidos políticos, sindicatos y asociaciones civiles para defender por esa vía los intereses medioambientales de carácter supraindividual. También Argentina, que incorporó en 1994 el derecho al medio ambiente adecuado en su Constitución nacional, estableció un instituto específico para su protección reforzada: el amparo colectivo que concede legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que persigan esos fines. La Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 reconoció también el derecho individual y colectivo a un medio ambiente adecuado. Y estableció el deber de las generaciones presentes y futuras de actuar tanto de cara a su conservación como de su protección. Del mismo modo, en este país latinoamericano la garantía del amparo constitucional permite alegar las pretensiones medioambientales (individuales o colectivas) ante los Tribunales de Justicia en los términos establecidos por los Tratados, Pactos y Convenciones que sobre derechos humanos hayan sido ratificados por la República.

En el caso español, como sucede en tantos otros países del occidente democrático, la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado permite pensar en su naturaleza fundamental porque su carácter poliédrico y su "vis expansiva" influyen en todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, como este nuevo derecho está en fase de elaboración, es necesario que se reformen los clásicos instrumentos jurídico-procesales de acceso a la justicia y que se creen otros nuevos que permitan el acceso a la justicia. De los portadores de intereses individuales medioambientales y de intereses colectivos y difusos generados por este derecho. Los ejemplos del Derecho Comparado, previamente citados, nos advierten sobre la existencia de nuevos mecanismos jurídico-constitucionales de protección que marcan la pauta a la hora de pensar en una tutela jurisdiccional efectiva de este derecho social que se reconoce en el art. 45.1 de la Constitución Española.

## — IV —

En la actual Unión Europea, formada por veinticinco Estados miembros, fue la cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de 1972 la que estableció la protección del medio ambiente como nueva orientación comunitaria. Impulso político que fue desarrollado por el primer programa de acción de la Comunidad Europea en 1973. A partir de 1975 tuvo lugar

una actividad legislativa muy intensa, adoptándose numerosas directivas en materia de protección de aguas y aire, así como en el campo de la gestión de residuos y de sustancias tóxicas.

Pero la protección del medio ambiente como política comunitaria no fue introducida en el marco del derecho primario de esta organización supranacional hasta el Acta Única Europea que entró en vigor en 1987. Actualmente son los artículos 174-176 del Tratado CE los que regulan el marco político y jurídico de la protección del medio ambiente en Europa. Las modificaciones posteriores del Tratado CE, así como el Tratado UE, han confirmado esta dimensión constitucional. Así, el Tratado de Maastricht definió en su artículo 2 el desarrollo equilibrado y sostenible como uno de los objetivos de la Unión, y el artículo 2 del Tratado CE precisó como misión comunitaria un alto nivel de protección y de mejora de calidad del medio ambiente. En el artículo 6 del mismo Tratado se establecen las exigencias de la protección del medio ambiente que deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad.

En el, todavía, proyecto de Constitución Europea no se modifica el sistema establecido y se confirma que el ámbito de las competencias comunitarias queda determinado por los objetivos fijados en el artículo 174 del Tratado CE; al mismo tiempo se reconoce, a través de diversas disposiciones, el proceso de constitucionalización de la protección del medio ambiente en la Unión Europea.

En los artículos 174 y 175 del Tratado CE (normativa vigente en la actualidad) se establecen, en el ámbito de la política medioambiental, objetivos de fondo y objetivos generales a la vez que se fijan los criterios a tener en cuenta para la elaboración de la legislación comunitaria. Estos conceptos dirigen la política medioambiental de la Unión perteneciendo a sus tareas esenciales tal y como lo establecen el artículo 2 del Tratado CE y el artículo 2 del Tratado UE. Además el artículo 6 del Tratado CE exige que la protección del medio ambiente se integre en la definición y la realización de las políticas y acciones comunitarias. Principio de integración que se reconoce también en el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, proclamada en Niza el 7-XII-2000.

Por su parte, y de cara al futuro, el artículo III-233 del Tratado Constitucional europeo reitera que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

- a) la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente;
- b) la protección de la salud de las personas;
- c) la utilización prudente y racional de los recursos naturales;
- d) el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.

En relación a otras disposiciones del derecho primario, el proyecto en cuestión confirma determinados principios medioambientales, es decir, los principios de nivel de protección elevado, de cautela y de acción preventiva, de corrección de los atentados al medio ambiente en la fuente misma y el principio de que "quien contamina, paga". No obstante, estos principios quedan matizados de alguna forma por las consideraciones enumeradas en el artículo III-233, apd. 3 del Tratado Constitucional (antes artículo 174,

apd. 3 del Tratado CE). Esto sucede porque la acción comunitaria tiene que tener en cuenta los datos científicos y técnicos disponibles, las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión, las ventajas y las cargas derivadas de la acción proyectada, el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto, así como el desarrollo equilibrado de las regiones.

Estos principios fundamentales de la política comunitaria en materia ambiental se han materializado en acciones concretas aprobando lo que se ha llamado Programas de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente. Desde 1973 se han adoptado seis. El sexto programa, actualmente en vigor, data del 22 de julio de 2002 y su duración se extiende hasta 2012. Fue aprobado por la Decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y representa la perspectiva de futuro, el reto en materia ambiental para el siglo XXI. Tiene como objetivo prioritario alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente, así como lograr una disociación entre las presiones medioambientales y el crecimiento económico, manteniendo la coherencia con el principio de subsidiariedad y respetando la diversidad de condiciones de las distintas regiones de la Unión Europea. Pretende también fomentar la integración de las preocupaciones medioambientales en todas las políticas comunitarias y contribuir al desarrollo sostenible en la Comunidad ampliada a veinticinco miembros.

En resumen: El Acta Única Europea marcó en 1987 un hito fundamental en la construcción de la política comunitaria del medio ambiente porque la incorporó al Derecho Originario. El TUE o Tratado de Maastricht supuso su plena constitucionalización; el Tratado de Ámsterdam representó su confirmación como una perspectiva de futuro, hecho que se reitera y fortalece en el Tratado de Niza. Pero, sin duda, la consolidación de la política comunitaria del medio ambiente viene de la mano del "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los veinticinco Estados miembros. Faltan por ratificar dicha norma varios de los países signantes, lo cual ha hecho posponer "sine die" la fecha prevista para su entrada en vigor (otoño de 2006). En este Tratado se incorpora, además, con la intención de resolver el problema de su eficacia jurídica la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000). Esta norma, cuya aplicación queda de momento en manos de los operadores públicos, incorpora en su articulado el precepto número 37, que alude a la protección del medio ambiente y a la mejora de su calidad en el marco de las políticas de la Unión. El Tratado Constitucional pretende que dicha incorporación funcione a modo de parte dogmática de una Constitución normativa.

## — V —

El propósito del Derecho Ambiental actualmente consiste en conseguir que el hombre y el medio natural convivan en una relación armónica de tal manera que, protegiendo el espacio natural se proteja el derecho a que puedan vivir dignamente las generaciones futuras. Este propósito lo encontramos con una claridad meridiana en el Tratado Constitucional Europeo que ya en el Preámbulo establece:

*"Seguros de que, 'unida en la diversidad', Europa les brinda las mejores posibilidades de proseguir, respetando los derechos de todos y*

*conscientes de su responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra, la gran aventura que hace de ella un espacio privilegiado para la esperanza humana".*

Esta connotación ambiental del Preámbulo se desarrolla a lo largo del articulado del texto normativo donde la regulación de la protección del medio ambiente se efectúa desde una doble perspectiva: como una política comunitaria y como un principio informador del ordenamiento jurídico. Ambas connotaciones son el fruto de todo un proceso de evolución en este tema medioambiental en el marco de la Unión Europea.

El Tratado Constitucional europeo consta de un Preámbulo (al que ya hemos aludido) y de IV Partes bien diferenciadas. La Parte I se refiere a una serie de materias muy heterogéneas entre sí, lo que da la impresión de que falta un elemento que las aglutine, es decir un hilo conductor. Esta parte regula los Objetivos de la Unión, los derechos fundamentales, las competencias, las instituciones, el ejercicio de las competencias, y la vida democrática de la Unión y su entorno próximo, así como la pertenencia a la Unión Europea. Se trata de una especie de Disposiciones Generales de la Constitución para Europa que, luego con mayor amplitud, se desarrollan en otras partes del Proyecto de Constitución.

Si en el Preámbulo se alude al medio ambiente desde la perspectiva de la responsabilidad y como si fuera una aspiración o un principio metajurídico, en la parte I se regula este tema desde el ámbito de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros y como uno de los objetivos de la Unión, al pretender garantizar un crecimiento económico sostenible. Pero la regulación del medio ambiente alcanza su punto álgido en la Parte II del proyecto de Tratado, en el art. II-97 que lo establece como uno de los derechos fundamentales que esta organización supranacional, de carácter internacional, reconoce y garantiza. Y, por último en la Parte III, en los arts. III-233 y III-234, se desarrolla el tema del ambiente como una de las políticas comunitarias sectoriales que condicionarán el ejercicio de otras competencias de la Unión.

Los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas carecían de un catálogo escrito de derechos fundamentales porque los escasos derechos socioeconómicos contemplados se incluían únicamente como elementos de un sistema diseñado con objetivos puramente económicos. Aunque era evidente el silencio de los Tratados en este aspecto la realidad evolucionada muestra en la práctica el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Esa evolución se debió, por un lado, a la configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por otra a la plasmación jurídica de la protección de los mismos en los textos del Derecho Originario a partir del Acta Única Europea de 1986. La construcción jurisprudencial de los derechos se llevó a cabo en base a tres instrumentos básicos como fueron: la consideración por el Tribunal de Luxemburgo de los derechos fundamentales como parte de los principios generales del Derecho que garantiza el Tribunal de Justicia, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La protección pretoriana de los derechos llevada a cabo en la

UE alcanzó formulación jurídica en el artículo I-2 del Tratado de la Unión Europea y se reafirmó en el Tratado de Ámsterdam que en su artículo 6.2 dispone:

*"La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario".*

Este sistema de protección todavía se considera insuficiente y por ello el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 adoptó la decisión de elaborar una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya naturaleza jurídica quedó sin definir en Niza, en diciembre de 2000. Así las cosas, la fuerza y eficacia jurídicas le vienen dadas ahora por su incorporación íntegra al Texto del Tratado Constitucional europeo que le concede la misma que al resto de las disposiciones normativas en él contenidas. Al respecto de los derechos fundamentales, en el artículo I-9 se dice lo siguiente:

*"1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II.*

*2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución.*

*3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales."*

La solución adoptada de incorporar los derechos fundamentales y hacer una expresa referencia a la Carta, en la Primera Parte del Tratado, e incorporar la totalidad de la Carta en la Segunda parte, es una clara muestra de la voluntad de constitucionalizar no sólo los derechos fundamentales en sentido estricto, sino la totalidad de la Carta. Así lo pone de manifiesto el Informe del Grupo de Trabajo II encargado de estudiar las consecuencias de dicha incorporación al Tratado. También quedó patente la voluntad de incorporar una disposición constitucional que faculte a la Unión para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. La redacción definitiva dejó a un lado el carácter voluntario de la redacción inicial y pasó a tener carácter obligatorio.

Del sentido literal del Tratado Constitucional se desprende que la incorporación a la Carta y la adhesión de la Unión al Convenio no son posibilidades alternativas sino complementarias para garantizar el pleno respeto de los derechos humanos por parte de la Unión Europea. En la misma línea se configuran como principios generales del Derecho de la Unión, tanto los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Se configura así una garantía a tres bandas de dichos derechos: la de las Constituciones de los Estados miembros, la del Consejo de Europa y la que dispensan en el marco de la Unión sus órganos jurisdiccionales.

Estamos ante un sistema integral y evolucionado de garantías de los derechos fundamentales.

## — VI —

El artículo II-97 del Tratado, por el que se establece una Constitución para Europa, en la Parte II, Título IV, denominado solidaridad establece que:

*"En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad".*

De la simple lectura del precepto en análisis se aprecian una serie de deficiencias en su redacción, pues da la impresión de que el derecho al medio ambiente intenta pasar desapercibido y deja su lugar a un principio inspirador de las políticas de la Unión. En esa idea se olvida indicar la titularidad del derecho, que, obviamente, son los ciudadanos, personas físicas y jurídicas que integran la Unión Europea. Por su parte serán sujetos pasivos de este derecho tanto los poderes públicos como los ciudadanos de la Unión. En este sentido, el Preámbulo de la Parte II afirma que:

*"El disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las generaciones futuras".*

Mayores problemas acarrea concretar el objeto protegido por el medio ambiente: "un nivel elevado de protección" y "la mejora de su calidad", que son conceptos jurídicos indeterminados. Aunque parezca que el grado de abstracción pueda ser excesivo, no pueden olvidarse que las demandas de respeto a este derecho se plantearán en el entorno próximo a áreas concretas muy degradadas y sensibles, que requieren plantear exigencias de actuaciones expeditivas que preserven y restauren el medio natural. Pero, no se debe confundir el hecho de que las políticas públicas de la Unión pretendan garantizar un "nivel elevado de protección" con los resultados que nos presenta la realidad en la práctica donde esas políticas no alcanzan muchas veces lugares concretos y específicos. La garantía de los derechos no se obtiene con su reconocimiento en las normas jurídicas, sino con la voluntad, la eficacia y la persistencia en la aplicación de las medidas que al respecto se establezcan. Por ello, de cara al futuro, las políticas sectoriales de la Unión sobre medio ambiente se definen en la Constitución a partir de los objetivos y de los principios que resultan tradicionales en el ámbito comunitario. Las principales novedades se dan en el procedimiento de elaboración de las leyes que permitirán aprobar los clásicos programas de acción comunitaria en materia de medio ambiente.

Otra novedad aparece en el hecho de que la variable medioambiental deba integrarse en las restantes políticas sectoriales de la Unión. Así ha sucedido en las políticas de transporte, en la nueva política agrícola común, en el ámbito del turismo, en la realización o financiación de infraestructuras, en la normativa sobre residuos, en la defensa y preservación de la calidad de las aguas, en la política de energía, de industria, de

protección de los hábitats o espacios naturales y en los ámbitos relativos a la pesca, a la preservación de las áreas marinas y su contaminación.

Sin duda uno de los temas más trascendentales a la hora de poner en marcha la regulación en materia de medio ambiente en el Tratado Constitucional europeo es la posibilidad de impugnar disposiciones, programas, actuaciones o actos de la Unión por la transgresión del derecho europeo a la protección del medio ambiente o por la infracción de la "cláusula de aplicación general", sin olvidar los problemas que se plantearon a la hora de dotar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados que se utilizan y por la existencia de abundantes deficiencias técnicas.

Se ha insistido con frecuencia en el marco de la Unión Europea en su déficit democrático no sólo por la ausencia de un catálogo de derechos sino también por la escasez de recursos jurisdiccionales para poder acudir a los tribunales de justicia (sobre todo los particulares) y demandar la debida protección. A este respecto debemos mencionar que el artículo III-365.4 del Tratado Constitucional ha modificado los criterios de legitimación activa de los particulares cuando deseen impugnar actos reglamentarios comunitarios. Se ha suprimido la exigencia de que estos actos tengan que afectar de forma individual a los particulares cada vez que los referidos actos no incluyan medidas de ejecución. Dicha modificación puede tener repercusiones positivas sobre acciones judiciales en materia de medio ambiente y así puede reforzar también el papel de las organizaciones ecologistas. Esta reforma va en consonancia con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales que introduce, con el rango de derecho, la garantía institucional de la tutela judicial efectiva; se trata de una confirmación constitucional de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En resumen, pues, el marco normativo actualmente vigente en la UE son los arts. 174-176 del Tratado CE, que pasan a estar recogidos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Son una base sólida para continuar las iniciativas innovadoras de la Unión en lo que se refiere a modelos futuros de la regulación y protección del medio ambiente. Cabe esperar que el Tribunal de Luxemburgo, como órgano de cierre del sistema judicial comunitario, siga funcionando a modo de "Tribunal Constitucional" de la Unión en lo que se refiere a la legalidad comunitaria y como máximo intérprete del derecho primario cada vez que se plantee un conflicto entre los referidos principios de la política medioambiental de la Unión y otros principios constitucionales del ordenamiento comunitario.

Así las cosas, es imprescindible mantener la eficacia institucional de la "cuestión prejudicial" que ha servido de plataforma para el desarrollo del derecho comunitario y para un diálogo fructífero entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales. Este instrumento de cooperación entre el derecho comunitario y el derecho interno, en muchos Estados miembros forma parte del principio de la tutela judicial efectiva, no sólo a nivel comunitario, sino también en los ordenamientos jurídicos nacionales; permite también a los jueces nacionales convertirse en colaboradores del desarrollo del derecho comunitario y aportar ideas a este proceso. Por todo ello constituye un elemento constitucional importante en materia de protección del medio ambiente por parte del poder judicial.

## — VII —

La especialidad de las normas constitucionales nos obliga a quienes cultivamos esta disciplina a diferenciar entre ellas: valores, principios y reglas. Esta diferencia la efectuamos en base a la graduación que en ellas se realiza de cara a su efectividad jurídica. Y en el tema de los derechos hacemos hincapié en conocer si los mismos se quedan reducidos a simples principios o gozan del grado de fundamentalidad que a su vez les concede la más elevada protección constitucional. Preciso estas aclaraciones porque quiero insistir en conocer, de cara al futuro, cuál es el grado de protección que al medio ambiente se le concede en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en consecuencia en la Parte II del Tratado Constitucional europeo.

Es cierto que ya en el Preámbulo de la Carta se pone de relieve la importancia que se otorga al medio ambiente en el ámbito comunitario y se concreta posteriormente en el artículo II-97. La mejor comprensión de este precepto es obligado efectuar una interpretación sistemática del mismo con las Disposiciones Generales que contiene la Carta en los artículos II-111 a 114 y con la regulación que del medio ambiente se hace a lo largo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. De dicha interpretación podemos obtener una serie de importantes reflexiones:

- a) El artículo I-9.1 del Tratado alude al "principio de desarrollo sostenible", relacionándolo con el medio ambiente y la mejora de su calidad. Si en la Carta se contemplan derechos, libertades y principios, esta última categoría parece ser la que corresponda a la materia regulada en el artículo II-97. Estaríamos, pues, ante un principio informador que podría traducirse en un auténtico derecho de naturaleza reaccional cuando el poder normativo no respetase su contenido esencial. Con esta configuración se ha perdido la oportunidad de situarnos en la vanguardia de los textos internacionales en materia de protección de derechos humanos, especialmente si tenemos en cuenta que ya, hace unos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció, por vía indirecta, la protección del medio ambiente como un derecho fundamental.
- b) De acuerdo a la cláusula limitativa prevista en el artículo II-111 de la Carta la regulación sobre la protección del medio ambiente se dirige a las instituciones, organismos y órganos de la Unión respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. No se amplia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes del Tratado Constitucional. Así las cosas, en el artículo I-14 de dicha norma se configura el medio ambiente como competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros por lo que ambas partes tendrán potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito.

Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no hubiere ejercido la suya o hubiere decidido dejar de ejercerla (artículo I-12.1 TCE). El ejercicio de las competencias que en esta materia corresponden a la Unión

se determina en la Parte III, artículos III-233 y 234, y se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Ambos, respectivamente, exigen que la Unión sólo intervenga cuando los objetivos perseguidos no puedan ser conseguidos por los Estados miembros ni a nivel central, ni a nivel regional o local. Además, el contenido de la actuación de la Unión no excederá de lo necesario para obtener los objetivos fijados en el TCE.

- c) La cláusula transversal del artículo II-112.3 del Tratado Constitucional refuerza el nivel de protección del medio ambiente configurado como un principio informador. Esto se deduce de las explicaciones de la Carta redactadas por el Grupo de Trabajo II, porque los derechos de la Carta que se corresponden con los del Convenio Europeo tendrán el mismo significado y alcance que éstos; y ese artículo, además, no se opone a una mayor protección lograda antes o posteriormente en la legislación de la Unión. Por ello es obligado ponderar entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo y aplicar el nivel más elevado de garantías.

Y así, aunque en el Convenio de Roma de 1950 no se reconoce en su articulado el derecho al medio ambiente, el Tribunal de Estrasburgo, por vía interpretativa, ha permitido su tutela indirecta a través de los derechos reconocidos por la convención. La Sentencia López Ostra contra España de 1994 y la Sentencia Guerra y otros contra Italia de 1998 han permitido, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de una interpretación amplia y en base al artículo 8.1 del CEDH, entender que el respeto a la vida privada y familiar permite amparar la protección del medio ambiente en el entorno vital de los individuos. Por ello el artículo II-67 de la Carta que consagra el respeto a la vida privada y familiar y el de su domicilio y comunicaciones permite reconocer y garantizar el derecho a la protección del medio ambiente.

- d) La cláusula transversal del artículo II-112.4 del Tratado Constitucional también refuerza la garantía del derecho que estudiamos porque obliga a ponderar ante el Derecho Comunitario y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en consecuencia a aplicar el nivel de protección más elevado. En el caso español, el artículo 10.2 de la norma suprema y la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo al artículo 8 del Convenio Europeo permiten invocar la inviolabilidad del domicilio reconocida en el Artículo 18.2 de la Constitución Española para amparar la protección del medio ambiente a nivel personal. Reafirman esta idea, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 7 de mayo de 1997, la SAP de Murcia de 24 de mayo de 1997, y la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 29 de abril de 2003.

Siendo deseable la configuración del medio ambiente como un derecho fundamental y no como un simple principio en el marco de la Unión Europea queremos concluir poniendo de manifiesto que echamos en falta un recurso específico –como los que hay en el ámbito interno– para la directa protección de los derechos en la Europa Unida en la diversidad. Como las relaciones entre ésta y los Estados miembros no son jerárquicas sino transversales, y la Unión no tiene competencia en materia de derechos fundamentales,

al día de hoy, el control jurisdiccional de los mismos se agota en el ámbito interno porque los Estados miembros disponen –también en la regulación hecha por el Tratado Constitucional– de competencia exclusiva en materia de derechos fundamentales.

## Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, Enrique, *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, Ed. Colex, Madrid, 1993.
- CANOSA USERA, Raúl, *Aspectos constitucionales del derecho ambiental*, Revista de Estudios Políticos, nº 94, Madrid, 1996.
- CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Ed. Dykinson, Ciudad Argentina, Madrid, 2000.
- DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho español del medio ambiente*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- DELGADO PIQUERAS, F., *Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente*, REDC, nº 38, Madrid, 1993.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La protección del medio ambiente en Derecho Internacional, Derecho Comunitario Europeo y Derecho especial*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, "La política ambiental comunitaria: Especial referencia a los Programas de Acción", *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3. Madrid, 1985.
- FONTANA I PUIG, Artur., "El derecho fundamental al Medio Ambiente y las políticas medioambientales en la Constitución para Europa", en el Vol. III de la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Tratados. Valencia, 2004.
- FRANCO, M., *Il diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1990.
- FRANCO DEL POZO, M., "El derecho humano a un medio ambiente adecuado", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 8, Bilbao, 2000.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, "La integración en Europa y el refuerzo de las garantías de los derechos fundamentales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 1 / 1<sup>er</sup>. Semestre 2003.

GÁLVEZ MONTES, F.J., "Comentario del artículo 45 de la Constitución Española", en GARRIDO / FALLA, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas. Madrid, 2001.

GOMES CANOTILHO, J.J., *Protecção do ambiente e direito de propriedade*, Coimbra Editora. Coimbra, 1995.

GOMES CANOTILHO, J.J., *Introdução ao direito do ambiente*, Universidade Aberta, Lisboa, 1998.

JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium. Madrid, 1995.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel., "La Carta de Derechos: Algunos problemas", en *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2004.

NAVAS CASTILLO, Florentina, "La protección del medio ambiente", en *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. II., Tirant lo Blanch, Tratados. Valencia, 2004.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Coord.), *Lecciones del Derecho del Medio ambiente*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998.

PÉREZ SOLA, Nicolás, "El ordenamiento ambiental y su aplicación a través de las políticas públicas sectoriales", en *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Jaén, 1995.

POSTIGLIONE, A., "Ambiente: suo significato giuridici unitario", *Revista Trimestrale de Diritto Pubblico*, I, Padova, 1985.

RIECHENBERG, Kart, "La Constitución Europea y el medio ambiente", *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Tratados. Valencia, 2004.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho constitucional al medio ambiente*, Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, nº 162. Valencia, 2000

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, "La protección del ambiente como principio rector de la política económica y social", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 16, extraordinario, Granada, 1988.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Coord.), *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*", Universidad de Jaén. Jaén, 1995.

SOUTO PAZ, J.A., "La constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 1 / 1<sup>er</sup>. Semestre 2003.

VOLPI, G.L., "Diritto all'ambiente: Note generali su alcuni aspetti procedurali e sostanziali", *Rassegna di Diritto e Tecnica dell'Alimentazione*, nº 4, 1990.

YÁBAR STERLING, Ana, "El medio ambiente en la Constitución Europea", *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. III, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2004.

# **Algunas reflexiones sobre el Derecho Internacional como instrumento de represión de los delitos contra las Haciendas Públicas**

José Antonio Chamorro y Zarza\*

**SUMARIO:** 1. Consideraciones previas. 2. Áreas de tributación privilegiada ¿sinónimo de delito fiscal? 3. La represión de los delitos contra la Hacienda Pública en el marco del Derecho Internacional. 3.1.- Tratados o Convenios Internacionales de carácter bilateral. 3.1.1.- Convenios o Tratados de naturaleza fiscal. 3.1.2.- Convenios o Tratados suscritos entre dos Estados con el fin de cooperar en la lucha contra la delincuencia. 3.2.- Instrumentos previstos en el ámbito de las organizaciones internacionales de carácter regional. 3.2.1.- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal. 3.2.2.- Normas procedentes de los órganos de la Unión Europea. 3.2.3.- Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. 3.3.- Tratados o Convenios de carácter multilateral auspiciados por Naciones Unidas. 3.3.1.- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000. 3.3.2.- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003. 4. A modo de conclusión. Bibliografía

## **1. Consideraciones previas**

Resulta ocioso a estas alturas recordar que uno de los campos más proclives a la aparición de conductas infractoras del ordenamiento jurídico es precisamente el económico. Y siendo esta afirmación cierta, no sería sin embargo lo suficientemente completa si no destacáramos la especial relevancia que tiene en el seno de los que podrían ser calificados como “ilícitos de naturaleza económica”, una de sus formas más destacadas y comunes: la que afecta al deber de contribuir a los gastos públicos.

Por consiguiente, nada nuevo descubrimos al afirmar que bajo las actuaciones defraudatorias en el campo económico se cobija precisamente el “fraude fiscal” como una de sus manifestaciones más importantes<sup>1</sup>. Esta importancia se ve amplificada, en

---

\* José-Antonio Chamorro y Zarza. Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Financiero y Tributario en las Facultades de Derecho y Economía y Empresa de la Universidad de Salamanca, ha realizado estancias de investigación en la *Facoltà di Giurisprudenza de la Università Federico II* de Nápoles (Italia) y en la *Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra* (Portugal). Es autor de una monografía y varios artículos doctrinales sobre temas relativos a las Administraciones tributarias, gasto público o fraude fiscal, entre otros. Asimismo ha impartido conferencias en distintos Centros y Universidades españolas y extranjeras.

<sup>1</sup> *Vid.* Al respecto, por todas, la interesante opinión del Fiscal C. Jiménez Villarejo (1998) quien sostiene la clara relación existente entre la delincuencia económica y la corrupción y los delitos contra las Haciendas Públicas en “Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal” en la obra colectiva *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, Madrid, págs. 62 y 63. En el mismo sentido L. H. Contreras Alfaro, *Corrupción y principio de oportunidad penal*.

especial, por sus dosis de insolidaridad social, puesto que no hay que olvidar que estas conductas defraudatorias en el ámbito fiscal acaban afectando de una u otra forma a los principios de justicia tributaria en particular y a la justicia social en general.

Ahora bien, siendo incuestionable la relevancia social de este tipo de fraude, es necesario formularse la pregunta de *qué ha de entenderse por fraude fiscal*, pues identificando la conducta podrá llegarse más certeramente a establecer los instrumentos aptos para su prevención y, por lo que aquí interesa, su represión.

En términos generales, y tomando en consideración uno de los conceptos de la palabra *fraude* empleado por la Real Academia Española, podría concebirse el *fraude fiscal* como aquel *comportamiento que tiene por objeto eludir una norma jurídica en perjuicio de la Hacienda Pública*<sup>2</sup>.

Nótese que en la definición se utiliza de manera consciente la palabra “*comportamiento*” con el fin de resaltar que tal proceder no sólo puede consistir en una *conducta positiva*, esto es, en un “*hacer*”, sino que de igual forma puede tratarse de una *conducta de omisión* o, dicho de otro modo, en un *no hacer, abstenerse de realizar un deber o incumplir una obligación*, en el caso que nos ocupa, *de carácter fiscal*. En definitiva, lo importante, es que el fraude fiscal puede proceder tanto de una acción como de una omisión.

Por otro lado, el perjuicio a la Hacienda Pública se puede producir en dos vertientes: la de los ingresos y la de los gastos. Es cierto que el modo más conocido de fraude fiscal, y quizás más importante por su repercusión social, es el referido a los ingresos de naturaleza tributaria, en especial a los impuestos, pero no ha de olvidarse que el fraude en este ámbito también puede adquirir otras formas de actuación menos conocidas y no obstante, en bastantes ocasiones, de una importancia cuantitativa comparable al impago o elusión ilícita de impuestos. Basta con pensar en la obtención fraudulenta de subvenciones y ayudas públicas, actuación que, en este caso, afectaría al fisco en su vertiente de gasto, en la medida en la que estaríamos ante un gasto público efectuado indebidamente.

Frente a estos comportamientos fraudulentos, el ordenamiento jurídico reacciona a través de la instauración de una serie de mecanismos sancionadores cuyo objetivo inmediato no es otro que el de proteger los derechos económicos de la Hacienda Pública y, como fin mediato o último, defender los intereses generales o, lo que es lo mismo, los intereses de la sociedad, que se van a ver afectados de manera negativa por tales conductas. Por consiguiente, serán los distintos ordenamientos nacionales los que articulen en formas jurídicas concretas esta respuesta represora, con una lógica adaptación a las circunstancias jurídico-sociales en las que van a ser aplicadas estas normas.

Ahora bien, con independencia de esa creación de medios adaptados a las circunstancias de cada país, puede afirmarse que los instrumentos de respuesta al fraude fiscal se suelen articular en torno a dos tipos de medidas cuya naturaleza jurídica se determina, generalmente, en función de cuál sea el órgano legitimado para instruir el procedimiento e imponer la correlativa sanción: nos referimos al empleo tanto de instrumentos de naturaleza administrativa como de naturaleza jurisdiccional. Pero no

---

*Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, p. 152 y 153.

<sup>2</sup> La segunda acepción de la voz *fraude* entiende por la misma el “Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros”, *Diccionario de la Lengua Española*, 21<sup>a</sup> ed., Real Academia Española, Real Academia Española 1.992, Madrid, 1992.

sólo se tiene en cuenta la naturaleza jurídica del órgano que va a imponer la sanción, sino que desempeña un papel especial en el momento de calificar las conductas infractoras su relevancia social y, consecuentemente, el reproche, también social, que cabe enfrentar a las mismas.

En definitiva y, por lo que al ámbito de los tributos se refiere, la calificación de una conducta antijurídica bien como mera infracción administrativa o bien como delito, responde más a criterios de oportunidad, valorados por el legislador en un momento preciso, que a una verdadera diferenciación sustancial de las figuras infractoras<sup>3</sup>.

En esta línea argumental, sucinta de necesario, los efectos más inmediatos que caben extraer de la calificación de una conducta defraudatoria como delito contra la Hacienda Pública es, por un lado, la atribución de las competencias a un órgano jurisdiccional para proceder a la apertura e instrucción del correlativo proceso, con las obvias consecuencias que de ello se derivan<sup>4</sup>. Y por otro lado, la posibilidad de imponer al infractor penas privativas de libertad, castigo cuya imposición está vedada a las Administraciones Públicas<sup>5</sup>.

Expresado de otro modo y resumiendo, en aquellos casos en los que quepa determinar una especial gravedad en un comportamiento que infringe el ordenamiento tributario, el legislador lo configurará como un tipo criminal y van a ser los Tribunales de Justicia los encargados de establecer la sanción penal correspondiente.

## 2.- Áreas de tributación privilegiada ¿sinónimo de delito fiscal?

Si bien es suficientemente conocido el fenómeno de los paraísos fiscales, una de las consecuencias del actual proceso de internacionalización de las economías o, en expresión más común, de la globalización económica, ha sido el surgimiento de una auténtica pugna entre los distintos países por implantar condiciones fiscales, que bien podrían ser calificadas benignamente como *relajadas*, con el objetivo de atraer el máximo de actividades y, en definitiva, de capitales<sup>6</sup>.

En la actualidad, nos encontramos ante una ampliación de la tradicional nómina de paraísos fiscales con, incluso, cambios en la denominación que no dejan de ser técnicamente más precisos. Ciertamente, esta adaptación denominadora ha permitido englobar no sólo a países con regímenes fiscales privilegiados sino también a otros Estados que, no respondiendo a esta característica, cuentan, sin embargo, con partes de su territorio en las que se aplican normas fiscales privilegiadas e, incluso, con regímenes

<sup>3</sup> Cfr. Al respecto los artículos 70 a 115 del Código Fiscal de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido es interesante también consultar los artículos 111 y 116 del Código Orgánico Tributario de Venezuela o 305 y siguientes del Código Penal español, preceptos en los que queda claro el límite cuantitativo como definidor del delito fiscal frente al mero ilícito de naturaleza administrativa.

<sup>4</sup> Basta pensar en el régimen jurídico constitucional que regula el Poder Judicial, con las garantías inherentes al mismo y que de él se derivan a su vez: imparcialidad, independencia, inamovilidad de los jueces, etc. Vid. los artículos 17, 20 ó 100, entre otros, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o el artículo 117 de la Constitución española.

<sup>5</sup> Vid. los artículos 93 y 94 del Código Fiscal de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>6</sup> Sobre el tema de la globalización económica y su relación con los impuestos es interesante consultar, entre otros, los trabajos de E. Sanz Gadea, "Aspectos internacionales de la política fiscal (II)" en *Impuestos*, nº14, 2001, págs. 19 a 46, o M. A. Caamaño Anido y J. M. Calderón Carrero, *Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?*, IEEG, 2004, s.d.. Asimismo son interesantes las obras de M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000 y J. E. Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 2001 (Traducción de Carlos Lema Afñón. Título original: *O Dereito na Economia Globalizada*).

fiscales privilegiados previstos con referencia a tipos concretos de actividades económicas.

No hay que desconocer tampoco que este cambio de denominación resulta asimismo políticamente menos comprometido, de suerte que se emplean expresiones tales como *áreas de tributación privilegiada* o *competencia fiscal dañosa*, mutación semántica a la que quizás no sea extraña la incorporación a esta categoría de territorios, siquiera haya sido de manera temporal, de países tan poco sospechosos de formar parte de este grupo como Irlanda, Países Bajos, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal o España.

Ante esta situación, los distintos ordenamientos jurídicos tributarios reaccionan con la adopción de medidas de naturaleza legislativa cuyo objetivo es impedir la fuga de actividades y/o de capitales hacia las citadas áreas de tributación privilegiada o hacia países que cuentan con sistemas tributarios privilegiados en su conjunto o, en defecto, paliar los efectos negativos.

Este tipo de instrumentos se plasman en la previsión, generalmente en el seno de las regulaciones relativas a impuestos que gravan las rentas de distintas naturalezas, de las denominadas *normas de transparencia fiscal internacional*. A través de las mismas, los Estados gravan de manera específica determinadas rentas obtenidas por los residentes en su territorio y que se generan en países, territorios o regímenes fiscales concretos que pueden ser calificados jurídicamente como de tributación dañosa o privilegiada<sup>7</sup>.

Naturalmente, este tipo de normas se aplicarán siempre que concurren una serie de requisitos que permitan presumir la realización de actuaciones por parte de los obligados tributarios cuyo objetivo sea, bien evitar la tributación, o bien diferir el pago del tributo que les correspondería en su país de residencia. Así, y exponiéndolo de manera simplificada, a través de la creación de sociedades en las áreas de tributación privilegiada y la consiguiente atribución de rentas a aquéllas se lograría tal objetivo.

Sentado lo anterior, es necesario, no obstante, advertir que la búsqueda de una tributación menor e, incluso, de la posibilidad de no tributar mediante el empleo de mecanismos de estas características no ha de llevar, de necesario, a su calificación como delito contra la Hacienda Pública pues, como es sabido, ello sólo será posible cuando se den las circunstancias que permitan subsumir un comportamiento concreto en el correspondiente tipo penal de acuerdo con los requisitos y principios esenciales vigentes en ese ámbito (tipicidad, antijuricididad, dolo o imprudencia, etc.)

No es factible, en consecuencia, identificar de manera intuitiva rentas localizadas en áreas de tributación privilegiada con delito fiscal, puesto que, en ocasiones, ni siquiera se llega a ocultar tal procedencia por la sencilla razón de que hay un sometimiento directo de ciertos rendimientos a un régimen fiscal más favorable y, como hemos apuntado, serán los ordenamientos nacionales los que respondan a tal eventualidad aplicando las normas de transparencia fiscal internacional. Ello no obsta, aún marginando la citada identificación automática, para reconocer que las citadas áreas

---

<sup>7</sup> La transparencia fiscal ha sido objeto de numerosos estudios de los que se pueden destacar, entre otros: R. Falcón y Tella, *El régimen de transparencia fiscal: aspectos dogmáticos y regulación positiva*, IEF, Madrid, 1984; VV. AA. en la obra colectiva *Los regímenes especiales en el Impuesto sobre Sociedades. XL Semana de Estudios de Derecho Financiero*, IEF, Madrid, 1996 (especialmente las páginas 229 a 296); A. Moya y G. Gutiérrez, *Transparencia Fiscal en Comentarios al Impuesto sobre Sociedades. Regímenes Especiales*, T. II, Civitas, Madrid, 1998; E. Sanz Gadea, *Transparencia Fiscal Internacional*, IEF, Madrid, 2001. Es interesante consultar también el documento de la OCDE, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 progress report*, OECD, Paris, 2001.

de tributación privilegiada se hallan presentes buena parte de las veces en la comisión de los delitos contra la Hacienda Pública.

### **3. La represión de los delitos contra la Hacienda Pública en el marco del Derecho Internacional**

Si los delitos contra la Hacienda Pública constituyen, en sí mismos, tipos de difícil represión por la complejidad que, con carácter general, subyace tanto en su estructura como en su comisión, ha de añadirse un factor más que dificulta, sin lugar a dudas, la persecución y represión de estas conductas delictivas: tal es el proceso de internacionalización y globalización de la sociedad en general, y de las economías en particular, al que se ha aludido con anterioridad.

Ante esta situación, cada vez adquiere mayor relevancia la articulación de instrumentos internacionales de represión de los delitos fiscales, única fórmula que puede poner coto a la vulneración del ordenamiento tributario incluso a través de la utilización de terceros países, situación que pone de manifiesto la limitación de los sistemas jurídicos nacionales en este tipo de represión.

En este punto, no ha de pasar desapercibido que la protección penal que brinda el ordenamiento jurídico a la Hacienda Pública, no sólo se refiere a ella como tal bien jurídico, sino que es imprescindible tener en consideración de igual forma otros efectos negativos, muy destacados, que ponen en peligro las políticas de redistribución de rentas y, en definitiva, los objetivos de igualdad material de los ciudadanos. Todo ello no es ajeno, pues, a la protección penal otorgada a los derechos económicos de la Hacienda Pública y a la consiguiente articulación de los mecanismos internacionales necesarios para que tal protección sea efectiva en un mundo con los condicionantes señalados.

Dejando a un lado las normas de carácter interno o normas nacionales que tienen por objetivo evitar el posible fraude o evasión fiscal provocado a través de la deslocalización de capitales en áreas de tributación privilegiada y paraísos fiscales, con un fin puramente didáctico, cabría articular la lucha contra el delito fiscal en el ámbito internacional en torno a tres niveles:

- un primer nivel estaría constituido por las normas para la lucha contra la evasión y el fraude fiscal presentes en Tratados o Convenios Internacionales de carácter bilateral;

- un segundo nivel vendría determinado por los instrumentos previstos en el ámbito de las organizaciones internacionales de carácter regional;

- el tercer nivel sería el que corresponde a los Tratados o Convenios de carácter multilateral, generalmente concertados en la esfera de la Organización de Naciones Unidas.

Veamos a continuación cada uno de los instrumentos mencionados.

#### **3.1.- Tratados o Convenios Internacionales de carácter bilateral.**

Respecto al primer nivel, integrado por normas de naturaleza internacional de carácter bilateral, cabe distinguir entre dos tipos de Tratados o Convenios:

- Convenios o Tratados de naturaleza fiscal, y

- Convenios o Tratados suscritos entre dos Estados con el fin de cooperar en la lucha contra la delincuencia.

### **3.1.1.- Convenios o Tratados de naturaleza fiscal.**

La primera clase de Tratados o Convenios citados responden al tipo de *Convenios bilaterales para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal*,<sup>8</sup> fin éste último que no todos explicitan en su título aunque, sin embargo, todos ellos contienen normas con efectos preventivos de la evasión fiscal.

No desconocemos, en este punto, que la *evasión fiscal* no conlleva de necesario su consideración automática como un delito contra la Hacienda pública. Empero, si partimos de una de las definiciones más comunes del término “*evadir*”<sup>9</sup> nada impide establecer una relación de fines comunes con el “*fraude*” en esta materia y, en sus expresiones más graves, conllevará la comisión de un delito contra la Hacienda pública, al menos en determinados ordenamientos jurídicos<sup>10</sup>. De ahí que en este supuesto, y dada la finalidad de este tipo de normas, empleemos el término *evasión* como sinónimo cierto de *fraude*.

En este orden de cosas, es oportuno resaltar que México tiene suscritos treinta y tres Convenios de estas características en tanto que España, en la actualidad, es parte en un total de cincuenta y cuatro Convenios<sup>11</sup> con países de todas las áreas geográficas; tomando como modelo esta clase de Tratados, de sus contenidos comunes pueden derivarse una serie de reglas generales que los caracterizan:

- afectan por lo general a los impuestos sobre la renta (tanto de personas físicas como jurídicas o morales) y sobre el patrimonio. Cabe advertir, sin embargo, la existencia de convenios destinados a evitar la doble imposición de rentas procedentes del ejercicio de la navegación marítima y aérea<sup>12</sup>

- como se ha apuntado, su fin primordial es evitar la doble imposición de las rentas

- no obstante lo anterior, en sus reglas contienen ciertas prevenciones con una finalidad claramente antielusoria o defraudatoria: así, se trata de impedir la utilización de la deslocalización de rentas para beneficiarse de las reglas derivadas del Convenio y eludir la tributación de esas rentas o bien obtener un tratamiento más beneficioso estableciendo una serie de instrumentos de carácter preventivo, consistiendo los más

---

<sup>8</sup> Obviamos aquí otro tipo de Convenios internacionales que tienen como finalidad el intercambio de información en materia tributaria, sin que por ello desconozcamos la enorme importancia que tienen para la represión del fraude fiscal.

<sup>9</sup> Evadir: 2. Eludir con arte o astucia una dificultad prevista. *Diccionario de la Lengua Española*, 21<sup>a</sup> ed., Real Academia Española, Madrid, 1992.

<sup>10</sup> El apartado 1 del artículo 305 del Código Penal Español establece, entre otras cosas, lo siguiente:  
“1. *El que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía. (...).*”

<sup>11</sup> Habría que apuntar que el número de países con los que España tiene suscritos Convenios de estas características es superior, ya que hay que tener en cuenta que el Convenio firmado con la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sigue en vigor para las Repúblicas que integraban la misma, salvo para la Federación Rusa que ha firmado su propio Convenio.

<sup>12</sup> Es el caso de los Convenios suscritos entre España y Chile o Sudáfrica o entre México y los Estados Unidos. Asimismo cabe citar el Convenio entre México y Argentina para evitar la Doble Tributación en Materia de Transporte Internacional de 26 de noviembre de 1997.

comunes en impedir la aplicación de determinadas exenciones o reducciones en el impuesto del que se trate.

### **3.1.2.- Convenios o Tratados suscritos entre dos Estados con el fin de cooperar en la lucha contra la delincuencia**

En este supuesto, el ámbito de actuación de los Tratados es la prevención y represión tanto de la delincuencia organizada en general como de los delitos graves en particular.

Tomando como referencia el *Acuerdo suscrito entre el Reino de España y la República de Polonia de 27 de noviembre de 2.000* (con entrada en vigor el 26 de noviembre de 2.003), se mencionan, entre una serie de delitos, concretamente *los delitos contra el orden socioeconómico, blanqueo de capitales y corrupción de funcionarios* (art. 1.1, numeral 12). Dicho de otro modo, bajo esta denominación cabría incluir a los delitos contra la Hacienda Pública previstos por los artículos 305 y siguientes del Código Penal español.

Las actuaciones que se prevén en este Acuerdo internacional se reducen básicamente a cuatro:

- cooperación en la búsqueda de personas sospechosas de haber cometido estos delitos o que hayan eludido las sentencias condenatorias,
- intercambio de experiencias en los métodos de lucha contra la delincuencia organizada y nuevas formas delictivas,
- intercambio y transmisión de informaciones sobre circuitos financieros, y
- emprender las acciones policiales pertinentes a petición de una de las partes contratantes.

### **3.2.- Instrumentos previstos en el ámbito de las organizaciones internacionales de carácter regional**

Por lo que atañe a los instrumentos de carácter regional, es ineludible la referencia a tres tipos de los que se derivan innegables efectos diversos. No obstante, es importante llamar la atención sobre la peculiaridad de uno de estos instrumentos -*el Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas*-, al ir dirigido a proteger los intereses financieros de la propia organización internacional.

Los mencionados modelos se concretarían en:

- el *Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal*,
- las normas procedentes de los órganos de la Unión Europea, y
- el *Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas*.

#### **3.2.1.- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal**

El *Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal* fue aprobado en Estrasburgo el 20 de abril de 1.959, adoptándose en el marco del Consejo de Europa.

Este Convenio, no obstante, requiere que su aplicación se realice al amparo de toda una serie de Protocolos y Convenios adicionales<sup>13</sup>.

El Convenio Europeo de 1.959 tiene como fin la prestación, entre los Estados parte del mismo, de asistencia judicial lo más amplia posible en aquellos procedimientos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales. De esta forma, su ámbito objetivo va a abarcar solamente a aquellos actos que constituyan infracciones *de acuerdo con el Derecho Penal común*.

Básicamente la asistencia entre los Estados signatarios se refiere a realizar *actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos* a través de las correspondientes comisiones rogatorias.

Por lo que afecta a los delitos fiscales, sorprende de este Convenio el último inciso del apartado b) de la Disposición 2 por virtud del cual podrá negarse la asistencia judicial si la parte requerida entiende que se trata de una *infracción fiscal*. Esta norma ha sido, sin embargo, objeto de matización en el *Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1.978*, puesto que deberá prestarse esta asistencia incluso respecto de los delitos fiscales siempre que se consideren como tales en los ordenamientos jurídicos tanto del Estado requeriente como del requerido.

Para completar este Convenio se firmó otro en Bruselas el 29 de mayo de 2.000 del que puede destacarse la ampliación del ámbito objetivo de la asistencia judicial incluso a las infracciones de carácter administrativo, siempre que sean revisables posteriormente por un órgano jurisdiccional<sup>14</sup>, y aunque no constituyan infracción en ambos Estados.

La *Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal*, aprobada el día 23 de mayo de 1.992 en Nassau y adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), tiene como fin prestar asistencia mutua entre los Estados parte de la misma en la investigación, juicio y actuaciones relativas al campo de los delitos.

El tipo de actuaciones a efectuar por parte del Estado requerido se enumeran de manera concreta en el artículo 7 de la Convención figurando, *ad exemplum*, la *notificación de resoluciones y sentencias*, la *realización de inspecciones e incautaciones*, la *práctica de embargos y secuestro de bienes*, la *inmovilización de activos* y la *asistencia en procedimientos relativos a la incautación*, la *recepcción de testimonios y declaraciones de personas*, la *exhibición de documentos judiciales*, la *remisión de documentos o informes o el traslado de personas detenidas*.

Es justo reconocer, no obstante, que las citadas actuaciones pueden ser ampliadas por virtud del propio artículo 7, puesto que, de acuerdo con su tenor, la asistencia prevista entre Estados comprenderá los citados actos *entre otros*. Es decir, que no nos hallamos ante un *numerus clausus* de actos que podrán prestar los Estados sino que, las citadas acciones, han de tomarse como referencia. Tal posibilidad queda reforzada por el apartado j) del mencionado precepto, el cual faculta a los Estados

---

<sup>13</sup> Entre ellos cabe mencionar el *Protocolo Adicional al Convenio de Asistencia Judicial de 17 de marzo de 1.978*, las disposiciones en esta materia del *Convenio de 19 de junio de 1.990*, el *Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1.985* o el *Convenio de Bruselas de 29 de mayo de 2.000*.

<sup>14</sup> Artículo 3: “*1. Se prestará igualmente asistencia judicial en procedimientos incoados por autoridades administrativas por hechos que con arreglo al Derecho interno del Estado miembro requeriente o del Estado miembro requerido, o de ambos, sean punibles como infracciones de disposiciones legales, cuando la decisión de dichas autoridades pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional competente, en particular, en materia penal.*”

requeriente y requerido para acordar otro tipo de actos de asistencia que, huelga recordarlo, deberán ser acordes con lo preceptuado en la Convención.

Al igual que ocurría en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial, también el artículo 9, apartado f), de la Convención, prevé una serie de causas denegatorias de la asistencia al facultar a los Estados a negar la asistencia a otro Estado cuando *a su juicio la solicitud refiere a un delito tributario*. Bien es verdad que a continuación, la propia norma establece una excepción a esta causa denegatoria, previendo la prestación de asistencia cuando el delito tiene como fin la ocultación de ingresos provenientes de la comisión de cualquier otro delito<sup>15</sup>.

No obstante, y en el mismo sentido que el Convenio Europeo de Asistencia Judicial, es justo reconocer la corrección de esta situación con el Protocolo facultativo relativo a la Convención<sup>16</sup>, acuerdo por virtud del cual los Estados que sean parte del Protocolo no ejercerán el derecho contenido en el apartado f) del artículo 9 de la Convención<sup>17</sup> *fundando la denegación exclusivamente en el carácter tributario del delito*.

Asimismo el artículo 2 del Protocolo permite la prestación, por parte de un Estado y a instancia de otro Estado, de las medidas de asistencia previstas en el artículo 5 de la Convención<sup>18</sup> en los supuestos de delitos tributarios, siempre que la legislación de ambos Estados contemplen delitos de la misma naturaleza.

No podemos por menos, en fin, que llamar la atención sobre la evidente limitación de esta última norma toda vez que obliga exclusivamente a aquellos Estados que suscriban el Protocolo.

### **3.2.2.- Normas procedentes de los órganos de la Unión Europea**

Ejemplo arquetípico de organización internacional de carácter regional dotada de capacidad normativa es la Unión Europea<sup>19</sup>, la cual cuenta con un conjunto de instrumentos normativos entre los que cabe destacar los siguientes:

---

<sup>15</sup> La redacción del precepto es la siguiente:

Artículo 9: “*El Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio:*

*(...)*

*f. la solicitud refiere a un delito tributario. No obstante, se prestará la asistencia si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa efectuada en forma oral o por escrito, o por una omisión intencional de declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención.”*

<sup>16</sup> Concretamente se trata del *Protocolo Facultativo relativo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal* adoptado en Managua el día 11 de junio de 1.993.

<sup>17</sup> *Vid. supra* Nota 15.

<sup>18</sup> El artículo 5 de la Convención prescribe lo siguiente:

*“La asistencia se prestará aunque el hecho que la origine no sea punible según la legislación del Estado requerido.*

*Cuando la solicitud de asistencia se refiera a las siguientes medidas: a) embargo y secuestro de bienes; y b) inspecciones e incautaciones, incluidos registros domiciliarios y allanamientos, el Estado requerido no podrá prestar la asistencia si el hecho que origina la solicitud no fuera punible conforme a su ley.”*

<sup>19</sup> Es imprescindible aclarar los efectos y valor jurídicos que tienen las normas de la Unión Europea en los Estados que la integran. Así, el *Reglamento* es una norma jurídica de directa y obligada aplicación, en todos sus términos, en todos los Estados miembros de la Unión Europea (sería el equivalente a las *leyes* de los Parlamentos nacionales) y su requisito de eficacia es su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Las *Directivas* son normas jurídicas que pueden vincular a todos o a algunos Estados de la Unión Europea. Este tipo de normas, publicadas también en el mencionado Diario Oficial,

- a- Resolución del Consejo de 10 de febrero de 1.975,
- b- Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1.977,
- c- Reglamento (CEE) nº218/92, del Consejo, de 27 de enero de 1.992, y
- d- Directiva (CEE) 92/12, del Consejo, de 25 de febrero.

Veamos a continuación un pequeño apunte sobre el contenido de cada una de estas normas:

**a.- Resolución del Consejo de 10 de febrero de 1.975, relativa a medidas que deben tomarse por la Comunidad en el ámbito de la lucha contra el fraude y la evasión internacionales.**

En esta Resolución se recomendaban una serie de medidas relativas a intercambio mutuo de informaciones entre los Estados miembros para la correcta determinación de los impuestos sobre la renta o beneficios (especialmente cuando exista una transferencia ficticia de beneficios entre empresas situadas en diferentes países o cuando las operaciones entre empresas situadas en dos Estados diferentes se efectúen a través de un tercer Estado para obtener beneficios fiscales o cuando se haya eludido un impuesto), estudio de las posibilidades de armonizar los medios jurídicos y administrativos de las Administraciones fiscales para asegurar la eficacia en el intercambio de información; el recurso a investigaciones para la determinación correcta de los impuestos sobre la renta y beneficios; estudio de la posibilidad de facilitar a los funcionarios de un Estado asistencia en otro Estado en las tareas de investigación, etc..

**b.- Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1.977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos.**

En virtud de esta directiva, las autoridades competentes de los Estados miembros deberán intercambiar todas las informaciones necesarias para la liquidación correcta de los impuestos sobre la renta, sobre el patrimonio, IVA e impuestos especiales. A tales efectos, la Directiva prevé tres tipos de intercambio de información:

1) *Intercambio de información previa solicitud de la autoridad de un Estado.* Esta clase de intercambio se empleará en el caso de investigaciones de casos concretos y cuenta con una limitación como es que, la autoridad requerida no tramitará la solicitud si el Estado requirente no ha agotado con carácter previo sus propias fuentes habituales de información.

2) *Intercambio de información automático.* Esta modalidad se utilizará, sin solicitud previa y de manera regular, para aquellos casos que se determinen en el seno de un comité que formarán los Estados parte y la Comisión Europea.

3) *Intercambio de información espontáneo.* La comunicación de la información por parte de la autoridad de un Estado a otro Estado se producirá sin solicitud previa en una serie de supuestos concretos tales como: presunción de que existe en el otro Estado una reducción o exención de impuestos anormal, que un contribuyente obtenga en un Estado miembro una reducción o exención fiscal que implique una sujeción o un aumento del impuesto en otro Estado miembro, que las operaciones entre

---

obligan a obtener el resultado establecido en ellas, aunque dejan plena libertad a los Estados en cuanto a los instrumentos jurídicos de Derecho interno a emplear para conseguir el resultado exigido. Finalmente, la Decisión puede obligar a un Estado concreto e incluso a una persona concreta de la Unión Europea.

contribuyentes de dos Estados se realicen a través de terceros países suponiendo una disminución de la tributación, etc..

**c.- Reglamento (CEE) nº 218/92, del Consejo, de 27 de enero de 1.992, sobre cooperación administrativa en materia de impuestos indirectos (IVA).**

Este Reglamento establece los modos de cooperación entre los Estados miembros, y entre éstos y la Comisión, para garantizar el cumplimiento de la legislación del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En concreto se refiere a la obligación de los Estados de mantener una base electrónica de datos en la que se recogerán aspectos tales como los *Números de Identificación Fiscal* (NIF) asignados a efectos del IVA, el valor total de las entregas intracomunitarias de bienes recibidos por los titulares de los NIF o las personas a las que se les ha asignado el NIF. Todos los Estados miembros podrán acceder de manera automática e inmediata a los datos contenidos en estas bases de datos.

**d.- Directiva (CEE) 92/12, del Consejo de 25 de febrero, que establece el régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.**

En virtud de esta Directiva se establece un *sistema de alerta previa* en la circulación intracomunitaria de determinados productos sometidos a impuestos especiales de fabricación tales como tabacos, alcoholes y bebidas derivadas. Este *sistema de alerta previa*, que se regula en España en la Orden del Ministerio de Hacienda 2696 de 27 de agosto de 2.003, no es sino un “*instrumento de cooperación intracomunitaria que permite informar del envío de determinados productos en régimen suspensivo de impuestos especiales al Estado miembro de destino o de salida del territorio aduanero de la Comunidad.*” (Art. 1)

### **3.2.3.- Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas**

Este Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 28 de julio de 1.996, y los dos Protocolos del mismo de fecha 27 de septiembre y 29 de noviembre de 1.996, contiene una descripción de qué es lo que considera como fraude a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Así, en primer término, se tendrá por tal, cualquier acción u omisión intencionada que consista en la utilización o presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos, en el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información o en el desvío de fondos o derechos obtenidos con el objeto de percibir o retener indebidamente fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades o de los presupuestos administrados por las Comunidades (vertiente del gasto) o bien la disminución ilegal de los recursos que integran los mencionados presupuestos (vertiente de los ingresos).

Para reprimir estas conductas, la Directiva insta a los Estados miembros a que adopten las medidas de Derecho interno necesarias con el objeto de que estos comportamientos (incluidos la complicidad, instigación o tentativa) sean castigados con “*sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias*” que, en el caso de *fraude grave* conlleve la privación de libertad. A estos efectos se entenderá por *fraude grave*

*cualquier montante mínimo a fijar por cada Estado y que no será superior a 50.000 Euros.*

En fin, si el fraude es cometido por un nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro aquél deberá extraditarlo, salvo que su legislación interna lo prohíba por motivos de nacionalidad en cuyo caso deberá someter el asunto a sus propias autoridades.

Respecto a mecanismos institucionales, merece la pena destacar la *Oficina Europea de Lucha contra el Fraude*, creada por *Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1.999* y que sustituye al “*Grupo Operativo de coordinación de la lucha contra el fraude*”. Su función principal es la *lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier actividad* que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades y la *investigación de hechos graves* referidos a los funcionarios y agentes de las Comunidades o miembros, directivos y personal que no tengan la consideración de funcionarios o agentes de las Comunidades.

Además le corresponderá *preparar las iniciativas legislativas y reglamentarias de la Comisión* cuyo objeto sea la lucha contra el fraude. Por último, esta Oficina gozará de absoluta independencia en las tareas de investigación de forma que no podrá recibir instrucciones de la Comisión ni de cualquier Estado, institución, órgano u organismo.

### **3.3.- Tratados o Convenios de carácter multilateral auspiciados por Naciones Unidas**

En este último nivel cabe resaltar dos Tratados:

- la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2.000 y
- la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2.003.

#### **3.3.1.- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000**

La finalidad de esta Convención viene marcada por su artículo 1 y no es otra que la promoción de la cooperación para prevenir y combatir de manera más eficaz la delincuencia organizada transnacional.

Esta Convención se refiere sólo a delitos graves, considerando como tales los delitos de carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado –integrado por tres o más personas- que exista durante cierto tiempo y actúe de forma concertada con el objeto de cometer uno o más delitos graves.

Lógicamente deben identificarse aquellos delitos que tienen la condición de *graves* y, a los efectos que aquí interesan, es decir, el de los delitos en el campo fiscal, tienen una especial importancia dos tipos específicos mencionados en este Tratado:

- los delitos cuyo propósito guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material, y
- la corrupción activa o pasiva de un funcionario público con el objeto de que se abstenga o actúe en un determinado sentido en el ejercicio de sus funciones.

Con el objeto de prevenir y combatir estas actuaciones delictivas, la Convención prevé una serie de medidas entre las que pueden mencionarse las siguientes:

-los Estados Parte deberán adoptar las medidas legislativas y de toda índole que fueran necesarias para tipificar como delito las conductas que recoge como tales esta Convención

-además deberán adoptar las medidas que, dentro de su ordenamiento, se consideren oportunas para promover la integridad de los funcionarios públicos y que garanticen la suficiente independencia de las autoridades con el objeto de facilitar su intervención

-la Convención prevé asimismo los supuestos de extradición, traslado de personas condenadas a cumplir una pena, asistencia judicial recíproca o investigaciones conjuntas.

De cualquier forma, las medidas citadas, habrán de adoptarse con pleno respeto a la soberanía de los Estados, quienes serán, en última instancia, los encargados de implantarlas y aplicarlas.

### **3.3.2.- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003**

Los fines perseguidos por esta Convención, señalados en su artículo 1, consisten en *la promoción y el fortalecimiento* de tres tipos de instrumentos:

- medidas para prevenir de manera eficaz la corrupción,
- cooperación internacional y asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción, e
- integridad y control en la gestión de los fondos públicos.

Al igual que en el caso de la Convención contra la Delincuencia Organizada, también en este caso se contemplan una serie de medidas a adoptar por los Estados para la prevención de la corrupción. En términos generales, éstas consistirán, entre otras, en la *adopción de políticas coordinadas para evitar la corrupción mediante la promoción de la participación de la sociedad; aplicación de principios tales como el de imperio de la ley, integridad, transparencia y rendición de cuentas en la gestión de los asuntos y bienes públicos; y la necesidad de que los Estados tipifiquen como delitos una serie actuaciones de las que destacamos, por su especial incidencia en el ámbito fiscal, el soborno de funcionarios, el tráfico de influencias, el abuso de funciones o el encubrimiento.*

Para finalizar con este punto, la Convención hace especial hincapié, por un lado, en el estricto respeto a la soberanía de los Estados en el cumplimiento de lo prescrito en la misma, hasta el punto de que prohíbe la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro Estado bajo esta cobertura, y, por otro lado, insiste en la necesidad de que los Estados signatarios colaboren y cooperen entre sí y con organizaciones internacionales y regionales para la promoción de tales medidas.

#### **4.- A modo de conclusión**

La visión panorámica que se ha presentado en este trabajo con relación a los mecanismos internacionales para la represión de los delitos fiscales, permite extraer alguna conclusión respecto a esta problemática. La primera de ellas, obvia por otro lado, es la dificultad añadida que se produce en la persecución de este tipo de delitos como consecuencia del fenómeno globalizador. La segunda, más preocupante, el escaso interés de los Estados en el acoso a este tipo de delitos, pues basta con repasar las exclusiones previstas en los Convenios internacionales que se han citado para demostrar que la inquietud por una represión en el ámbito internacional de los delitos tributarios es relativamente reciente y con medidas, de entrada, tímidas. Una tercera conclusión permite establecer la mayor efectividad de los Convenios internacionales de carácter regional, quizá porque es más difícil diluir la *responsabilidad* de los Estados y, no cabe duda, por el desarrollo del proceso de colaboración en un espacio territorial más restringido entre países de ámbitos políticos, culturales y sociales más homogéneos que facilitan este tipo de asistencia.

Finalmente, todo ello debe llevarnos a reflexionar acerca de la mejora y promoción de estos canales de colaboración internacional para continuar, con todas las garantías del Estado de Derecho, con la lucha firme contra un tipo delictivo socialmente reprobable por sus efectos, entre otros muchos, insolidarios.

## Bibliografía

- CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., *Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?*, IEEG, 2004, s. d.
- CONTRERAS ALFARO, L. H., *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.
- FALCÓN Y TELLA, R., *El régimen de transparencia fiscal: aspectos dogmáticos y regulación positiva*, IEF, Madrid, 1984.
- FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, Traducción de Carlos Lema Añón. Título original: *O Dereito na Economia Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.
- FERRARESE, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal” en la ob. col. *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, Madrid, 1998.
- MOYA, A. y GUTIÉRREZ, G., *Transparencia Fiscal en Comentarios al Impuesto sobre Sociedades. Regímenes Especiales*, T. II, Civitas, Madrid, 1998.
- OCDE, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 progress report*, OECD, Paris, 2001.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21<sup>a</sup> ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992.
- SANZ GADEA, E., *Transparencia Fiscal Internacional*, IEF, Madrid, 2001.
- SANZ GADEA, E., “Aspectos internacionales de la política fiscal (II)” en *Impuestos*, nº 14, 2001.
- VV. AA., *Los regímenes especiales en el Impuesto sobre Sociedades. XL Semana de Estudios de Derecho Financiero*, IEF, Madrid, 1996.

# **El control parlamentario en el sistema político mexicano**

Gastón J. Enríquez Fuentes\*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El Federalismo. III. El Federalismo en México. IV. El Presidencialismo Mexicano. V. El control parlamentario en México. V.1. El Control de Legislación. V.2. El Control Presupuestal. V.3. El Control Político. V.4. El Veto Presidencial. VI. Conclusiones.

## **I. Introducción**

El problema del control político del Gobierno es, en nuestra opinión, la actual piedra angular de cualquier sistema de Gobierno. Cuando hablamos de un Estado Social y Democrático de Derecho resulta inevitable dejar de lado la función de control, ya que la misma constituye el fundamento del Estado constitucional moderno; es más, hablar del control de la Constitución es pura tautología, porque la propia Constitución es en sí misma control (Rubio Llorente). La historia nos muestra como los grandes pensadores han buscado explicar las causas y el por qué se limita el poder a través de criterios racionales. La Constitución mixta de Platón, Aristóteles, Polibio, Cicerón o Santo Tomás de Aquino tuvieron como preocupación principal establecer medidas en contra del abuso del poder en cualquier tipo de forma de gobierno existente en los antiguos modelos de organización política.

El objetivo de esta investigación viene dado por nuestro deseo de aportar una herramienta doctrinal, que contribuya al debate, actualmente existente en México, acerca de las instituciones jurídicas y políticas que se podrían adoptar -en una más que posible reforma constitucional durante el próximo período constitucional-. Se busca mejorar el sistema de Gobierno y adecuarlo a las exigencias de un verdadero Estado Constitucional. La Academia mexicana está avocada a las discusiones que van, desde el modelo territorial (profundización del federalismo) hasta el diseño institucional del sistema de Gobierno, pasando por las garantías que confirmen el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y el reparto competencial; todo lo cual implica, al fin y al

---

\* El artículo forma parte de la investigación que se encuentra realizando el autor para la obtención del Título de Doctor por la Universidad de Salamanca, España, bajo la dirección de la Doctora Ángela Figueruelo Burrieza. Agradezco al Doctor Michael Núñez Torres sus importantes comentarios acerca de este trabajo. Sin embargo, el único responsable del contenido y las opiniones de éste, es el autor.

cabo, una reforma de cara a configurar una nueva Constitución que podamos llamar normativa.

En este sentido, nuestro trabajo estaría enmarcado dentro del esfuerzo que la Academia realiza para dar luces a todos los debates que se están produciendo ahora. Este debate, al que nos estamos refiriendo, se ha intensificado en tres temas principales: la profundización del federalismo como garantía democrática y acercamiento del poder a los ciudadanos; la justicia constitucional como garantía del ejercicio de los derechos fundamentales y por consiguiente, de la supremacía constitucional; y por último, el sistema de Gobierno como complejo institucional donde se verifica la limitación del poder según el principio horizontal de la división de poderes.

Justamente, es este último aspecto el que hemos querido abordar; el referido al control del poder a través de la relación funcional entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Esto es, la división de poderes por autonomía. Los demás problemas, sin duda, han dado lugar a reformas institucionales, que aunque distan mucho de ser suficientes, manifiestan una evolución estructural sin precedentes. De este modo cada vez más los estados afirman su autonomía a través del fortalecimiento de los gobiernos regionales; la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación ha dado un viraje en lo que se refiere al concepto de Constitución, amén de las reformas legislativas que se han hecho y que han configurado al Máximo Tribunal mexicano como un órgano que funciona casi como una verdadera jurisdicción constitucional. Pero, en lo que se refiere a las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo, realmente es muy poco –para no decir nada- lo que se ha hecho.

De manera que, no se puede hablar de un Estado constitucional para hacer referencia a un sistema cuya legitimidad descansa en un partido hegemónico, y en donde las reglas constitucionales no suponen la racionalización de la división de poderes, porque de facto el Presidente es el órgano político que Gobierna ajeno a controles efectivos. En efecto, si entendemos ahora que la Constitución es norma Suprema directamente aplicable, la misma debe expresar los tres principios del Estado Constitucional: democrático, liberal y de supremacía constitucional (De Vega). Y esos principios se tienen que verificar en todo el panorama institucional, y sobre todo en el sistema de Gobierno. Ahora, las instituciones constitucionales mexicanas son democráticas, por lo que obedecen a un principio representativo y de participación, y en consecuencia se encuentran limitadas en su ejercicio. Dicho en otras palabras, ya no puede haber lugar para las *facultades metaconstitucionales* del Presidente de la República (Carpizo).

Lo anterior se ha hecho evidente en el actual período constitucional mexicano, en razón de los claros problemas de gobernabilidad ocasionados por el diseño que el constituyente de 1917 estableció y que suponían unos controles muy estrictos, sólo explicables a través de su incumplimiento. La relación de los poderes Legislativo y Ejecutivo ha estado signadas por el desencuentro, trayendo consecuencias graves para la vida política y social del país. Los controles que el Constituyente de 1917 legó fueron letra muerta durante décadas. Jamás se hicieron efectivos, ni garantizaron una separación funcional de poderes en México.

¿Qué caminos se han tomado en este punto? Gran parte de la doctrina ha sido atraída por las bondades del sistema parlamentario, y se ha llegado a reanudar la discusión acerca de si el sistema parlamentario es el idóneo para México. Sirva como

ejemplo la propuesta de establecer la figura del gabinete dentro del propio sistema presidencial (Valadés). Nosotros pensamos que no necesariamente el sistema presidencial en sí es el que presenta problemas, sino que éstos surgen del diseño de ese sistema que permite la obstrucción, y no deja abierta la relación entre poderes. Esta inaplicación de los controles políticos por parte del Poder Legislativo para controlar la acción gubernamental no se debe a una ausencia de los mismos, sino a su total desconocimiento.

## II. El Federalismo

La exégesis del sistema mexicano nos obliga conocer su forma de Estado<sup>1</sup>, la cual desde su primera Constitución de 1824 se confirmó como un Estado Federal. Así pues, es conveniente mencionar someramente en qué consiste el sistema Federal y cuáles son sus características, con la finalidad que esto nos ayude a entender mejor el sistema político-constitucional de México.

Aunque el *federalismo*<sup>2</sup> ya había sido teorizado con anterioridad – primeramente por Althusius<sup>3</sup>, apareció en la práctica a partir de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de Norteamérica, convirtiéndose la Constitución norteamericana en el *prototipo de las formaciones federales de origen asociativo*<sup>4</sup>. De

---

<sup>1</sup> Una clara distinción entre formas de Estado y formas de Gobierno nos la ofrece Biscaretti Di Ruffia, quien entiende que las *formas de Estado están determinadas por la posición que ocupan y las relaciones que guardan entre sí el Gobierno, el pueblo y el territorio: los tres elementos constitutivos del Estado*. Mientras que la forma de gobierno es aquella que *está determinada por la posición que ocupan y las relaciones que guardan entre sí los diversos órganos constitucionales del Estado*. Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, pp. 223 ss. De igual forma, el reconocimiento de la forma de Estado reviste una gran importancia, tanto en el ámbito del gobierno interno como en el externo, por ello Hauriou, no duda en señalar que la cuestión de la forma de Estado queda resuelta *previamente de diferenciar un Estado de una sociedad que no sea Estado*, puesto que para él, en el derecho internacional sólo son sujetos jurídicos los Estados reconocidos como tales, y en el caso interno, se reconoce a un Estado porque cuenta con una Constitución formal *que se encuentra condicionada por la forma de Estado*. Maurice, Hauriou, *Principios de Derecho Público*, Reus, Madrid, 1927, p. 356. Pero Hauriou no aclara la confusión existente entre forma de Estado y de Gobierno, llegando a concebir al sistema de gobierno monárquico como “estados compuestos”. Así pues, Burgoa dice que la distinción la encontramos al reconocer que el *Estado es una institución pública dotada de personalidad jurídica, es una entidad de derecho. El gobierno en cambio, es el conjunto de órganos del Estado que ejercen las funciones en que se desarrolla el poder público que a la entidad estatal pertenece*. Ignacio Burgoa Orihuela, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1973, p. 454.

<sup>2</sup> Este concepto tiene su origen en el vocablo latín *foedus*, como referencia a unión, alianza, pacto u acuerdo. En el campo de la comunidad política significa *una unión más o menos estricta de diferentes conjuntos políticos que, a pesar de su asociación, conservan su carácter individual*. *Diccionario de Ciencia Política*, dirigido por Axel Gölitz, Alianza, Madrid, 1980, p. 279.

<sup>3</sup> Juan Althusius, *La Política*, Trad. Primitivo Mariño, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. La paternidad de la teoría del *Federalismo* le corresponde a Althusius, tal y como lo señala Sabine, cuando dice que la gran influencia calvinista en el pensamiento del alemán, lo llevó a considerar la soberanía del pueblo por medio de sus dos pactos de asociación, y en donde dicha asociación como colectividad sería el germen del ahora Estado Federal. George Sabine, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 325-327.

<sup>4</sup> Antonio La Pérgola, *Los Nuevos Senderos del Federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 193. Para Loewenstein el *federalismo es la aportación americana más importante a la teoría y a la práctica del Estado moderno*. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, p. 354. Para Gunkicks, *the United States is the oldest modern federal state in the*

tal suerte que *el Estado federal se define como un Estado soberano compuesto de varios Estados*<sup>5</sup>. Entonces, el *federalismo* vendrá a ser la piedra angular en la distribución del poder en el ámbito territorial en dicho Estado. Es decir –y lo que aquí más nos interesa–, el *federalismo* será el mecanismo que proporcione una limitación y control del poder en las diferentes escalas de gobierno. O lo que en palabras de Loewenstein serían *los controles verticales del poder político*<sup>6</sup>.

Para De Vergottini, el *federalismo ha representado uno de los aspectos más cualificados de la consolidación del “gobierno constitucional” y es, por tanto, una de*

---

*world, conceived by the constitutional founding fathers at the end of the 18th century as a compromise between the centralism of the British state and the fragmentation and desunity of the United States under the Articles of the Confederation. The theoretical justification for the new, untried federal structure of the new American state is found in the Federalist Papers, especially in number 10, in which James Madison made the case for a representative republic with a central goverment and, due to its large size, regional goverments.* Arthur Gunkicks, “United States”, *Federalism and Civil Societies*, Baden-Baden, Auflage, 1999, p. 369. Brevemente podríamos señalar que una de las principales causas por las que aparece el modelo *federal* en Norteamérica fue la argumentada por Jay, cuando en *El Federalista* llamaba a una unidad en pro de la propia seguridad del pueblo norteamericano en su conjunto, ante una posible invasión extranjera que se aprovechara de su situación de debilidad creada por la polarización política de esa época. VV.AA. *El Federalista*, núm. III, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 9-12. Para el Profesor García Pelayo las causas que pueden originar la formación de un Estado Federal pueden ser principalmente dos; *como resultado de una vinculación jurídico-política de Estados hasta entonces independientes, como es el caso de Estados Unidos o de Suiza, o bien resultado de una nueva estructura constitucional de un Estado hasta entonces unitario, por ejemplo, la Unión Soviética o México.* Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1997, p. 215. En el mismo sentido, vid. Carlos Antonio Menaut Pereira, *Invitación al Estudio de los Estados Unidos*, Tórculo, Santiago de Compostela, 1998, pp. 43 ss.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, p. 273. Jorge Jellinek, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 662. La doctrina clásica sólo reconoce dos formas de Estado: el modelo *federal* y el *unitario*. Sin embargo, la doctrina contemporánea reconoce al Estado *regional* como una tercera forma de Estado. Así La Pérgola, en su estudio sobre el regionalismo italiano, encuentra innegable el hecho de que entre Estado federal y Estado regional hay contigüidad entre ellos. Antonio La Pérgola, *Poder exterior y estado de derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1987, p. 157. En efecto, para el Profesor La Pérgola el *Estado regional tiene una estructura análoga a la del Estado federal, aunque no idéntico, en la medida en que puede adoptar determinados elementos de éste último y rechazar otros.* Universidad de Salamanca, La Pérgola, “Federalismo y regionalismo: el caso italiano” en *Federalismo y Regionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 170. Este nuevo modelo no es aceptado por el Profesor Ruipérez, quien considera más correcta la *tesis de la clasificación bipartita o dual de las formas de Estado, en el entendimiento de que ambos Estados (federal-unitario) son únicamente dos categorías conceptuales que, en su estado químicamente puro, no han tenido una plasmación práctica concreta.* Javier Ruipérez, *Formación y determinación de las comunidades autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 15.

<sup>6</sup> De acuerdo con Loewenstein existen dos tipos de control político: el control horizontal y el control vertical. Así pues, para nuestro autor, los controles horizontales serían aquellos que se desarrollan estrictamente en el ámbito del aparato estatal, mientras que los controles verticales se realizan en un nivel descendente, que lleva a enfrentarse al Estado con la sociedad. Ahora bien, según Loewenstein existen tres tipos de controles verticales: el *federalismo, los derechos individuales y las garantías fundamentales y el pluralismo*; señalando que lo que a estas tres clasificaciones de controles los convierte en controles verticales, *es la circunstancia de que cada una de ellas en su lugar y dentro de su cuadro activa la dinámica del poder entre el nivel alto y el bajo, de tal manera que ejercen la función de un parachoques o de un cojinete dentro del proceso del poder.* Entonces, el *federalismo* sería para él, *el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa.* Karl Loewenstein, *op. cit.*, nota 4, pp. 353-389.

*las instituciones más significativas del Estado liberal*<sup>7</sup>. Ello es así porque al llevarse esta teoría a la práctica, lo que se alcanzó fue, primeramente haber logrado una “unión” de Estados, y posteriormente haber limitado en forma significativa el poder central de dicha “unión” frente a las diferentes esferas de la sociedad<sup>8</sup>. Es decir, mediante un reparto en las funciones estatales lo que se hace es colocar, en cierta medida, al Estado cada vez más al alcance de la sociedad, dividiéndolo sí, pero reforzándolo a través de las mismas atribuciones que le confieren los estados miembros al darle su soberanía al Estado Federal, pues de acuerdo con Loewenstein, este *federalismo* tendría como misión poner en un mismo nivel a la maquinaria estatal frente a la sociedad<sup>9</sup>.

Un *Estado Federal* es aquel en el que se encuentran distribuidos los poderes políticos de forma territorial. Es decir, se da como característica previa la existencia de estados miembros, y que posteriormente, éstos deciden mediante un pacto federal otorgarle parte de su soberanía para conformar dicho Estado Federal<sup>10</sup>. En este pacto –Constitución Política– se establecerán los límites territoriales de cada uno de los estados miembros entre sí, así como también los intereses de los miembros estarán representados en una segunda Cámara. Órgano que será el encargado de dirimir las controversias suscitadas por los estados miembros entre sí o por alguno o algunos estados miembros frente a la federación. Sin duda, ésta es una de las características más representativas del modelo *federal*<sup>11</sup>. De igual manera sucede con las

---

<sup>7</sup> De Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa, Madrid, 1983, p. 266.

<sup>8</sup> El modelo *federal* presenta grandes ventajas, así y de acuerdo con Solozábal Echavarría, quizás la más importante aportación que el *federalismo* hizo, fue *demostrar que es capaz de generar una consiente integración entre unidades con tendencias centrífugas, celosas de su derecho de autogobierno en razón de sus peculiaridades históricas, culturales e institucionales; pero dispuestas a aceptar una autoridad superior en razón de intereses económicos, estratégicos y culturales*. Juan José Solozábal Echavarría, “Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978”, *Revista de Derecho Político*, núm. 13, UNED, Madrid, 1982, p. 57. Dicho lo anterior, el mismo Solozábal Echavarría completa su definición del Estado Federal, calificándolo como *una solución equidistante, un half-way house entre la secesión de sus componentes y la fusión de sus miembros*. Juan José Solozábal Echavarría, “La forma de Estado desde la perspectiva de la distribución territorial del poder”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Núm. 60, Madrid, 1980, p. 68.

<sup>9</sup> Nuestro autor concebía que una de las finalidades del *federalismo* era enfrentar al aparato estatal frente a la sociedad, a través de una limitación gubernamental en el ámbito territorial de los Estados-miembros, de tal suerte que se diera un equilibrio entre estos. Así, la consecuencia de este diseño constitucional sería que las relaciones entre Estado y sociedad se limitarían desde sus respectivos niveles. Karl Loewenstein, *op. cit.* nota 4, pp. 353-354.

<sup>10</sup> A propósito del tema que estamos abordando, resulta interesante la distinción que realiza Wheare, donde explica que existen dos clases de Constituciones: la primera es la federal, *en donde el gobierno general y los gobiernos de las partes constitutivas no están subordinados sino más bien coordinados entre sí*; y la segunda es la Constitución unitaria, *en la cual las partes constitutivas de un país se encuentran subordinadas al Gobierno Central*. K.C. Wheare, *Las Constituciones Modernas*, Labor, Barcelona, 1975, p. 27. Diferente postura toma González Encinar, pues él califica de anacrónica la distinción entre federalismo y modelo unitario, ya que el Estado por definición es “unidad”, luego entonces, resulta ser una redundancia dentro del mismo concepto. José Juan González Encinar, *El Estado Unitario-Federal*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 58 y ss.

<sup>11</sup> El sistema bicameral es imprescindible dentro de la estructura del Estado *federal*, pues la naturaleza de este tipo de Estado exige una *dualidad de Cámaras*, de tal suerte que el pueblo necesita estar representado en una *primera Cámara*, mientras que los Estados-miembros se encontrarán representados en *la segunda Cámara*. Esta segunda Cámara, o Cámara Alta, tiene como función ser el vínculo de contacto institucional entre los Estados-miembros y la *federación*; existiendo dos tipos de

atribuciones de las diferentes áreas del aparato gubernamental, la cuales se estipularán a quién corresponde cada una de dichas competencias, si a la federación o al estado miembro. Es decir, el pacto *federal* reconocerá de manera explícita las facultades que le competen tanto al Gobierno Federal como a los estados miembros<sup>12</sup>.

Ahora bien, estamos de acuerdo con Friedrich cuando dice que el *federalismo es la forma de organización política acomodada a las comunidades donde este patrón de objetivos territorialmente diversificado, intereses y tradiciones, puede establecerse eficazmente gracias a los esfuerzos de todos en la consecución de objetivos e intereses comunes, y al cultivo de tradiciones compartidas*<sup>13</sup>, pues de esto se desprende que el *federalismo* es la unidad de la pluralidad, o *la forma de conseguir la unidad respetando el pluralismo* -según lo entiende González Encinar-<sup>14</sup>. Pero lo que a nosotros nos interesa resaltar es el *federalismo* que Loewenstein definió como *el limitante del Leviatán estatal*<sup>15</sup>.

Sin embargo, antes de continuar tenemos que realizar una obligada advertencia en relación a una confusión en la teoría del *federalismo*. Desde los primeros intentos por conformar un Estado Federal en Norteamérica, los antifederalistas argumentaban que los estados no podían ceder su soberanía, o que en el mejor de los casos, éstos cederían parte de ella. Ahora pues, no viene al caso abordar aquí por completo el tema del conflicto de la soberanía entre un Estado Federal y los estados miembros; creemos suficiente señalar que el problema se resuelve –tal y como destacó Jellinek- partiendo de que una de las características del

---

Cámara Alta en los modelos Federales: *el tipo Senado y el tipo Consejo. El primero se compone de representantes que obran libremente según sus opiniones y juicio (Estados Unidos y Suiza); el segundo se integra por delegados de los Gobiernos de cada Estado, sometidos a las instrucciones de sus respectivos Gobiernos (Alemania).*Juan Ferrando Badía, *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Autonómico*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 108.

<sup>12</sup> En la Constitución Norteamericana –prototipo de modelo *federal*-, las atribuciones que no se encuentran enumeradas de manera explícita a favor del gobierno federal quedarán a favor de los estados-miembros, según lo dispone la enmienda X: *Los poderes no delegados por esta Constitución a los Estados Unidos, ni prohibidos a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente, o al pueblo.* Ahora bien, la Constitución norteamericana protegió la *unidad* de la federación a través de dos mecanismos constitucionales: en primer lugar, los denominados *poderes implícitos*, pues en la última cláusula de la sección 8 del artículo I, faculta al Congreso para *dictar aquellas leyes que sean necesarias y apropiadas para ejercitar los poderes descritos más arriba, así como cualesquiera otros otorgados por esta Constitución a favor de los Estados Unidos o de cualquier departamento o agencia de los mismos.* En segundo lugar, a través del *principio de la supremacía nacional*, ya que el artículo VI dispone que *la Constitución y las leyes de los Estados Unidos que la desarrolleen; así como todos los Tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del territorio; y los jueces en cada Estado estarán vinculados por ellas, cualquiera que sea lo dispuesto en la Constitución o leyes de cualquiera de los Estados.* Para un estudio más profundo acerca del constitucionalismo norteamericano, *vid.* Daniel Barceló Rojas, *Introducción al derecho constitucional estatal norteamericano*, UNAM, México, 2005.

<sup>13</sup> Carl Friedrich, *Gobierno Constitucional y Democracia*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1975, p. 379.

<sup>14</sup> Esta pluralidad es la que hace que el *Federalismo* trascienda al Estado mismo, pues según dice González Encinar, *el federalismo es una teoría política, una técnica política, un argumento filosófico, una doctrina, una ideología o un sistema filosófico-social cuyo influjo se extiende no sólo al plano del Estado, sino también al ámbito de lo social, de lo cultural y a determinados fenómenos de las relaciones internacionales.* José Juan González Encinar, *op. cit.*, nota 10, p. 81.

<sup>15</sup> Karl Loewenstein, *op. cit.*, nota 4, p. 354.

Estado Federal depende de la doctrina de la soberanía del Estado. Así pues, dentro del Estado Federal encontramos el Estado soberano y los Estados no soberanos<sup>16</sup>.

Podemos concluir diciendo que el sistema *federal* ha sido una institución de gran trascendencia para el constitucionalismo, que el *federalismo* ha venido a reforzar y lo sigue haciendo según Friedrich, bajo el proceso *dinámico* que caracteriza al *federalismo*<sup>17</sup> hasta llegar a formulaciones tan avanzadas como la postulada por Pernthaler del *Estado Federal Asimétrico*<sup>18</sup>. Así pues, la constante preocupación del hombre, desde la antigüedad hasta nuestros días, ha sido encontrar la mejor manera posible de limitar y controlar el poder. De tal suerte que, en el *Estado Federal* encuentra a una de sus grandes creaciones, puesto que ha sido ideado para alcanzar un bienestar colectivo en medio de una diversidad, pero teniendo siempre como premisa que para alcanzar ese estadio, es necesario cohonestar a las diferentes esferas gubernamentales, y que sólo lo logrará mediante la limitación del poder.

### III. El Federalismo en México

En 1824 se promulgó la primera Constitución política del México Independiente, la cual establecía un sistema federal para la naciente nación mexicana. Por diversas razones, el modelo federal norteamericano tuvo gran influencia en el constituyente mexicano de 1823-1824, empero, tampoco se puede soslayar el hecho de que otras

---

<sup>16</sup> Jorge Jellinek, *op. cit.*, nota 5, p. 663. La opinión de Burgoa acerca del tema es que *los estados dentro de un estado federal no pueden ser ni libres, ni soberanos. El único soberano es el pueblo. Admitir que cada estado es soberano es prohijar la idea de que la soberanía es divisible y de que hay tantas soberanías cuantos estados hay.* Ignacio Burgoa Orihuela, “Conferencia sobre el Federalismo Mexicano”, *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, UNAM, México, 1979, p. 281. Este escabroso tema no ha sido de menor calado, pues fue bajo estos argumentos “separatistas” que se llegó a la guerra de secesión en los Estados Unidos y que dejaría una profunda huella en la vida americana. André Hauriou, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 497.

<sup>17</sup> Friedrich denunció que gran parte de la doctrina se ciñe a estudiar el sistema *federal* desde el punto de vista “estático”, soslayando del concepto del *federalismo* su carácter “dinámico”. Situación que exige que el modelo *federal* sea visto no como algo acabado, sino como algo en constante evolución, y que necesita de una permanente renovación. Carl Friedrich, *op. cit.*, nota 13, pp. 385-388. La Pérgola considera que para Friedrich, el mayor error del jurista fue haber considerado al *federalismo* como un *modo de ser: una forma de Estado*; de tal suerte que se concebirá al *federalismo* como un *Estado* y no como un *proceso*. Antonio, La Pérgola, “El “empirismo” en el estudio de los sistemas federales: En torno a una teoría de Carl Friedrich”, *Revista de Estudios Políticos*, no. 188, marzo-abril, 1973, p. 25.

<sup>18</sup> Para Pernthaler *la reforma del Estado federal austriaco ha llegado a un punto crítico de inflexión*, razón por la cual, nuestro autor realiza un profundo estudio acerca del *federalismo*, concluyendo que la forma en la que se puede renovar el modelo de Estado federal austriaco es, *reconociendo las decisiones fundamentales estructuradoras de la Constitución del Estado Federal concreto y valorar en diversos planteamientos de reforma, las experiencias de la práctica del derecho constitucional federal, sus condiciones funcionales y sus errores específicos federales*. De tal suerte que la tesis que propone es un reajuste en la asignación competencial, evitando acudir al reparto competencial histórico, y sí en cambio, considera que es más determinante el principio de optimización de funciones, así como también encontrar una compensación entre formulaciones de las facultades asignadas a cada uno de los estados-miembros o *Länder*. Peter Pernthaler, *El Estado Federal Asimétrico, Fundamentos teóricos, consecuencias prácticas y ámbitos de aplicación en la reforma del Estado federal austriaco*, IVAP, Oñate, 1999, pp. 47-99.

situaciones hicieron tomar la decisión de implantar el sistema federal en México, amén de la unión ya existente desde el período colonial<sup>19</sup>.

Así pues, el sistema federal mexicano, adoptado desde 1824 como ya hemos dicho, registró diversas alteraciones a lo largo del siglo XIX, debido principalmente a los constantes cambios políticos. Podemos mencionar que con la Constitución de 1836, México se convirtió en un Estado Centralista, y posteriormente, en 1843 se promulgó otra nueva Constitución centralista bajo el mandato del Presidente Santa Ana, predominando la defensa de intereses particulares, y dejando sin protección a los miembros del antiguo Estado federal<sup>20</sup>, pues para aquel entonces México se

---

<sup>19</sup> Valadés encuentra en las diputaciones provinciales el origen del *federalismo* en México, pues para él, desde finales del siglo XVIII el país había sido redistribuido en provincias de acuerdo a lo establecido por la Constitución Gaditana. También Valadés hace mención de la situación inmediata al México Independiente, en la cual se llega a configurar una Monarquía, pues *la primera solución jurídico-política adoptada fue constituir a México en un Imperio –efímero por cierto–*. Así pues, fueron estos dos elementos los factores catalizadores para la aceptación del sistema federal de México. Diego Valadés, “Problemas del Federalismo mexicano”, en: *Federalismo y Regionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 199-208. Por su parte, Tena considera que mientras que en los Estados Unidos el *federalismo* se concibió para centralizar poderes dispersos, en México aconteció lo contrario, pues se trató de descentralizar poderes anteriormente unitarios, pasando a ser el *federalismo* una mera técnica constitucional, y que no tiene nada que ver con la situación concreta de Estados Unidos, sino con la específica de cada país. Felipe Tena, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1972, p. 116. Sin embargo, nosotros estamos por la opinión del Profesor Carpizo, cuando señala que lo que se trataba de hacer en México por medio del *federalismo*, era detener la desunión que se estaba produciendo, en las diputaciones provinciales que venían operando, pues nuestro autor considera que de no haberse implantado el *federalismo probablemente México se hubiera balcanizado*. Jorge Carpizo, “El Sistema Federal Mexicano”, *Los Sistemas Federales del Continente Americano*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1972, p. 469. Monreal Ávila encuentra que las similitudes entre el modelo de México y España, parten desde la concepción misma del Imperio español, pues para él, *un imperio es simplemente la federación de reinos*, de tal suerte que, el sistema mexicano encuentra su origen en la tradición del gobierno central español, por la situación ya mencionada, así como también por la asunción del Emperador Iturbide de México, y por último las Diputaciones Provinciales. Ricardo Monreal Ávila, *Origen, Evolución y Perspectivas del Federalismo Mexicano*, Porrúa, México, 2004, pp. 4 ss. En el mismo sentido, vid. Nettie Lee Benson, *La Diputación Provincial y el Federalismo mexicano*, COLMEX y UNAM, México, 1994, p. 32. Para De la Torre Villar, fue la experiencia gaditana, mediante su régimen de diputaciones provinciales, la que llegaría a configurar el *sistema federal mexicano*. Aunado al ánimo de establecer un modelo que eliminara cualquier vestigio de dominación monárquica como lo era el Imperio de Iturbide en aquel momento, y que sería desconocido por medio del Plan de Casamata. Ernesto De La Torre Villar, “El Origen del Estado Mexicano”, *La formación del Estado Mexicano*, Ma. Del Refugio González (coordinadora) et al., Porrúa, México, 1984, pp. 68 ss. Sobre el desarrollo histórico del Plan de Casamata y la adopción del sistema *Federal* en México, vid. Roberto Casillas, *Origen de nuestras Instituciones Políticas, Tomo I*, Panamericana, México, 1973, pp. 115 ss. En el mismo sentido, Enrique Burgos, “Federalismo histórico como una estructura y como una técnica constitucional”, *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*, Temas actuales sobre organización y funcionamiento de regímenes federales, Número 54 – 55, México, 1996, p. 149.

<sup>20</sup> El constante cambio de sistema, entre *federal* y *centralista*, fue consecuencia de las incansables luchas entre los diferentes grupos de poder, pues *el sistema federal fue la principal bandera del partido liberal, mientras que el centralismo lo fue del partido conservador*. Así pues, no fue hasta 1857 cuando se diseñó un *sistema federal mexicano con características surgidas de la realidad y necesidades del pueblo mexicano*. Jorge Carpizo, *op.cit.*, nota 19, p. 471. Para Carbonell, el problema al que se enfrentó el federalismo mexicano durante el siglo XIX va desde, *el desorden fiscal que producía la duplicidad de impuestos y las trabas arancelarias entre las entidades federativas, como la presencia de cacicazgos locales, que dieron lugar a importantes exigencias para revertir el modelo federal y convertir a México al centralismo*. Pero concluye que, *a pesar de todo, desde la Constitución de 1857,*

encontraba desunido y debilitado, trayendo como consecuencia la guerra con Estados Unidos, y que concluyó con el Tratado “Guadalupe Hidalgo” de 1848 por el que México perdería más de la mitad de su territorio<sup>21</sup>. La Constitución de 1857 fue producto de un movimiento armado en contra del Presidente Santa Ana, y en ella se volvería a retomar el sistema federal para la República Mexicana. De ahí en adelante el régimen centralista quedó sepultado y se daría paso sin menor discusión al federalismo mexicano<sup>22</sup>.

Por último, hemos de agregar en esta breve reseña histórica acerca del federalismo en el constitucionalismo mexicano, que del Congreso Constituyente convocado por Venustiano Carranza surgió la Constitución Federal de 1917 vigente en la actualidad, y que en su artículo 40 expresa: *Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental*<sup>23</sup>.

El problema que habíamos señalado anteriormente, respecto a la titularidad de la soberanía en los Estados Federales, queda totalmente resuelto en el caso mexicano. Pues el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: *El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.* De esta manera, la cuestión de quién ejerce la soberanía en México queda zanjada, pues siguiendo a Carpizo, se deduce que la esencia del Estado federal mexicano radica en el precepto constitucional anterior, el cual, claramente estipula que las entidades federativas – estados miembros- no son soberanos sino autónomos. Así, Carpizo concluye que *la*

---

*el federalismo se ha mantenido como uno de los postulados fundamentales del constitucionalismo mexicano.* Miguel Carbonell Sánchez, “El Estado Federal en la Constitución Mexicana: una introducción a su problemática”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, Núm. 91, Enero-Abril, México, 1998, pp. 81- 82.

<sup>21</sup> El costo que tuvo que pagar México al entrar en el ámbito internacional, ya como una República Federal, fue muy elevado. Pues al alcanzar su Independencia, México se encontró con una economía deteriorada, con empresas paralizadas y fuga de capitales, orillándolo a depender de la economía norteamericana, lo que a la postre representaría la perdida de la mitad del territorio mexicano. Ernesto De La Torre Villar, *op. cit.*, nota 19, p. 70.

<sup>22</sup> Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, México, 1969, pp. 293-295.

<sup>23</sup> Tal y como lo veremos más adelante, el modelo federal en México ha sido altamente inoperante, abstrayendo la mayor cantidad de facultades a favor del gobierno central, así fue denunciado por Wheare cuando por medio de su distinción acerca de los tipos de constituciones, encontró que se dan casos en los que la letra de la Constitución reconoce el sistema Federal, pero en la práctica se corrobora que es unitaria, tal y como para él, acontece en el caso de México, Venezuela y Argentina. K. C.Wheare, *op. cit.*, nota 10, p. 26. Sin embargo, nosotros estamos por la opinión del Profesor Carpizo, quien dice que efectivamente el *federalismo* en México ha sido débil y con un futuro incierto, empero, se justifican algunas de las tendencias centralistas dentro del sistema político, tales como el Juicio de Amparo; entonces él concluye, que no es válido señalar que México no tiene un sistema *federal*, pues de ninguna manera es *unitario* puesto que existen diversos aspectos de descentralización. Jorge Carpizo, “Problemas del Federalismo mexicano”, en *Federalismo y Regionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 209-220.

*nota característica del Estado Federal, que acepta el artículo 41, es la descentralización política*<sup>24</sup>.

En esa *descentralización política* de la que nos habla Carpizo, es donde encontramos la gran trascendencia en materia de limitación y control de poder dentro del sistema *federal*. En efecto, del sistema federal se siguen dos situaciones de limitación y control del poder. Es decir, mediante el sistema federal y la separación de funciones entre los poderes públicos se establece una repartición en las *competencias*<sup>25</sup> de los diferentes órganos estatales (controles horizontales). Ahora bien, ya que se encuentran delimitadas esas funciones de los diferentes poderes estatales, ahora corresponde ver la conexión que tienen éstos con los diferentes estados miembros de la federación, y esto se consigue mediante la delimitación expresa de cada una de las atribuciones tanto de ámbito federal como local (controles verticales).

Dicho lo anterior, cuestión importante en el sistema federal mexicano es la relativa a las atribuciones entre la federación y los estados miembros. Hemos venido diciendo que estas facultades deberán ser plasmadas en el texto constitucional, pero ocurre que el Constituyente del 17, con la intención de fortalecer al Gobierno Federal frente a los gobiernos locales le otorgó al Poder Legislativo, de acuerdo con el artículo 73 fracción XXX, facultades implícitas para poder legislar en su favor o en el de alguno de los otros poderes para lograr ejercitar alguna facultad explícita<sup>26</sup>. De lo que aquí se desprende, es que aparentemente se le dio un poder ilimitado al Poder Legislativo por medio de esta cláusula constitucional, pero el propio Tena no duda en reconocer que el fenómeno del progresivo centralismo político –obvio intento para que la federación detente la mayor cantidad de facultades- no se debe al otorgamiento de éstas facultades implícitas, sino que se ha llevado a cabo mediante reformas constitucionales, avaladas por el consentimiento de los titulares de los gobiernos

---

<sup>24</sup> Jorge Carpizo, *Introducción al Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, p. 34. Carpizo considera que el constituyente del 17 erróneamente pudo haber dejado pasar el Artículo 41 tal y como aparecía en la Constitución del 57, el cual sugeriría una soberanía compartida entre la federación y los estados-miembros. Sin embargo, deben entenderse los términos del artículo 41 bajo la *tesis moderna de la naturaleza jurídica del estado federal: la descentralización política*. Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 19, p. 475. A propósito de la soberanía popular, Monreal Ávila afirma que es totalmente falsa la supuesta influencia roussouniana en el constituyente de 1824, en donde se reconoce por vez primera el sistema federal en México, ya que la teoría defendida por el francés suponía una soberanía indivisible y que en el momento de transferirse ésta dejaba de ser del pueblo, tesis totalmente contraria a la reconocida por el constituyente mexicano, quien consideró que la soberanía siempre está en el pueblo y se ejerce por medio de sus representantes. Es decir, que no hay poder público alguno por encima del pueblo. Ricardo Monreal Ávila, *op. cit.*, nota 19, p. 36.

<sup>25</sup> A propósito de la distribución de las materias en el sistema federal, Carbonell nos recuerda que es *el principio de competencia normativa el que sirve generalmente para ordenar las relaciones entre los diversos centros de producción normativa dentro del Estado federal*. Pues de esto se infiere que se da una distribución de competencias que limitan el ámbito de acción de cada esfera gubernamental e inclusive dentro de cada órgano público. Miguel Carbonell Sánchez, *op. cit.*, nota 20, pp. 84-86.

<sup>26</sup> Huelga aclarar aquí, que el artículo 124 constitucional señala que las facultades que no se estipulen a favor de la federación pasaran a ser de los estados miembros. Sin embargo, la fracción XXX del artículo 73 constitucional no autoriza al Congreso de la Unión para crear nuevas facultades, sino que le permite legislar en caso necesario para coadyuvar al ejercicio de las facultades explícitas ya enmarcadas en las 29 primeras fracciones del artículo 73 constitucional. Carpizo, *op. cit.*, nota 19, p. 484.

locales, en donde estos últimos han visto disminuidas cada vez más sus facultades constitucionales<sup>27</sup>.

Podemos concluir diciendo que, la situación expuesta en el párrafo anterior ha sido una consecuencia del sistema político mexicano. Sistema en el que la semántica mexicana ha encontrado, desde el siglo XIX y hasta finales del siglo XX, en la figura del Jefe del Ejecutivo al detentador omnipotente de todos los poderes estatales -cuestión que abordaremos en seguida-. Por ahora nos basta con señalar que el federalismo en México, como instrumento de técnica constitucional, ha sufrido en la práctica enormes transformaciones, alejándose de su espíritu creador, y dejando de ser un federalismo que vigile y garantice el grado de democratización de las diferentes instituciones políticas de México<sup>28</sup>, para convertirse en un traje a la medida de la forma de gobierno *presidencialista* mexicana, que prosperó por la ausencia real de controles políticos hacia el Ejecutivo Federal, muy en especial durante el siglo XX<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Felipe Tena, *op. cit.*, nota 19, p. 126. Estas reformas se llevaron a cabo sin mayor problema debido a la situación de gobierno de partido único a lo largo de casi todo el siglo XX, tal y como lo analizaremos en el siguiente epígrafe dedicado al *presidencialismo mexicano*.

<sup>28</sup> Los problemas que el *federalismo* mexicano ha sufrido en la práctica han sido denunciados por gran parte de la doctrina. Así, un análisis sumamente objetivo es el del Profesor Valadés, quien encuentra que el *federalismo* tiene dos finalidades: la de organización y la de participación. Ahora bien, para Valadés el problema del sistema mexicano no radica en la cuestión de organización, sino en la de participación, pues dice que, al *desdibujarse las relaciones y la separación de los órganos de poder, y confinarse esta separación más a lo formal que a lo real, al no coincidir estrictamente con los imperativos constitucionales la vida institucional, nos encontramos con limitaciones que no solamente afectan a la separación de funciones y el funcionamiento orgánico del Estado Federal, sino que también repercuten en el funcionamiento de las relaciones entre el Estado federal y las entidades federativas*. Entonces, de todo el estudio realizado Valadés concluye que este problema ha *afectado el funcionamiento del sistema constitucional mexicano en términos generales, haciendo del federalismo más un sistema de organización que un sistema de participación o un sistema de control*. Diego Valadés, *op. cit.*, nota 19, pp. 207-208. Para el Profesor Carpizo, la cuestión del federalismo en México fue un problema vertebral en cuanto a la conformación del naciente Estado mexicano, principalmente de los años 1823 a 1856, y cuyo desarrollo culminaría con la Constitución vigente de 1917. Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 19, p. 465. Sin embargo, es interesante la postura de Torres Estrada, quien señala que para el Constituyente del 17 la cuestión del *federalismo* no representó uno de los temas torales en las discusiones de ese momento, sino que los debates se centraron en cuestiones tales, como la posesión, tenencia y reparto de la tierra o el municipio libre entre otras cosas. Pedro Torres Estrada, *La autonomía municipal y su garantía constitucional directa de protección, Estudio comparado de los supuestos español y mexicano*, UNAM, México, 2005, p. 109. De esta última opinión, podemos concluir que quizá sea ésta una de las principales razones por las cuales el sistema federal mexicano no alcanzó una plena operatividad, amén de otras circunstancias como el *presidencialismo mexicano* que más adelante se analizará. En el mismo sentido, vid. Jaime Cárdenas, “México a la luz de los modelos federales” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXVII, Número 110 Mayo-Agosto, México, 2004, p. 508.

<sup>29</sup> En opinión de Carpizo, la ambición presidencial se recrudeció más a partir de la Constitución de 1917, recordándonos la reforma que hizo el Presidente Calles con dedicatoria para el ex-presidente Obregón, con la clara intención de que éste último volviera al poder. Jorge Carpizo, “Algunas notas sobre el sistema presidencial en México”, *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, UNAM, México, 1979, pp. 289-290.

## IV. El Presidencialismo Mexicano

El sistema de gobierno *presidencial* fue configurado por primera vez en la Constitución norteamericana de 1787, razón por la cual, tanto el modelo de estado *federal* como el de gobierno *presidencial* de los Estados Unidos, son considerados como los modelos puros por autonomasía<sup>30</sup>. En la Constitución Federal de 1824, se estableció el sistema *presidencial* de gobierno en México, resultando evidente que, tanto la Constitución norteamericana de 1787 como la Constitución española de Cádiz 1812 tuvieron una importante influencia en la redacción del texto mexicano. Así pues en México, a lo largo de su historia, desde nación independiente hasta la actual Constitución vigente de 1917, se ha reconocido el sistema *presidencial* como forma de gobierno<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> El sistema presidencial puro lo encontramos a partir de la Constitución norteamericana de 1787, en donde influenciados por una figura de poder unipersonal como el rey de Inglaterra o el gobernador de Nueva York, se propone la figura de un presidente como un poder con suficiente energía para conservar la unidad de la nación americana. VV.AA., *El Federalista*, núm. LXIX, *op. cit.*, nota 19, p. 291. En el mismo sentido, al analizar Ogg y Ray las intenciones que tuvieron los creadores de la Constitución norteamericana de 1787 -al igual que creadores del modelo presidencial-, encontraron que el esfuerzo por parte de los *founding fathers*, para crear una presidencia fuerte, efectiva y limitada, tuvo un resultado aún más trascendental de lo previsto: *they had no idea that they were creating an office destined to become the most powerful ever known in a democracy*. Frederic Ogg, and Orman Ray, *Introduction to American Government*, New York, Appleton-Century, 1951, p. 398. La magnitud que reviste a la figura presidencial norteamericana, Friedrich la traduce en un liderazgo, pues para él, *el presidente se ha convertido en el punto focal, en el centro neurálgico del sistema político norteamericano, viiniendo a ser el tipo ideal de líder democrático*. Carl Friedrich, *Gobierno Constitucional y Democracia*, Tomo II, *op. cit.*, nota 13, p. 267. Es interesante el análisis que realiza McGregor Burns acerca de este tópico. Él señala que los *founding fathers* se cuestionaban cómo debía ser configurado el poder del presidente. Así pues, las preguntas recurrentes serían: *¿Cómo podría elegirse al Presidente? ¿Cuánto debería durar en su cargo? ¿Cuánto poder debía tener?*. La respuesta a éstas y otras cuestiones fue elaborada por Hamilton, quien proponía un *ejecutivo con una energía tal, que fuera la característica principal de un buen gobierno*. Sin embargo, su propuesta fue desechada en un principio. Pero la gran influencia de Hamilton se hizo evidente en el momento en que *la convención en el texto original dejó el poder ejecutivo y su forma de organizaciones un tanto indefinidas, en comparación con la larga lista de poderes perfectamente específicos y la composición de dos cámaras del Congreso*. De todo esto, se infiere que el poder del Presidente se fue adquiriendo con el paso del tiempo, pues *el poder ejecutivo tendría que adoptar la configuración que le impartieron los primeros hombres que la ocuparon*. Es así, como se comprueba la gran aportación del sistema presidencial norteamericano al constitucionalismo. James McGregor Burns, *Gobierno Presidencial*, Limusa, México, 1967, pp. 21-27. En el mismo sentido, pero señalando como el causante de la mutación que en la práctica sufrió la institución presidencial en los Estados Unidos, a las condiciones políticas posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1787. Manuel Martínez Sospedra, *Las Instituciones del Gobierno Constitucional. Sistemas de Gobierno y Órganos Constitucionales*, Fundación Universitaria San Pablo, Valencia, 1994, p. 78. Sobre la creación, evolución, atribuciones y funciones del cargo de Presidente en los Estados Unidos, *vid.* Edward Corwin, *El Poder Ejecutivo, función y poderes 1787-1957*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

<sup>31</sup> Sobre la génesis del sistema presidencial en la Constitución Mexicana de 1824, *vid.* Ignacio Carrillo Prieto, “El Poder Ejecutivo en las Constituciones de la Independencia Mexicana”, en *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, UNAM, México, 1977. Valadés sostiene que el Presidente Carranza advirtió una carencia de partidos políticos, razón por la cual, se debería optar por un Ejecutivo Fuerte. Diego Valadés, *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, México, UNAM, 2002, p. 123. El engrandecimiento en las facultades del Presidente de la República en México, viene dado a raíz de la Constitución del 17, pues el constituyente trató de crear un gobierno fuerte, evitando así, que se encontrara a merced del Legislativo, como había sucedido anteriormente. Un

De acuerdo con Sartori, el modelo *presidencial* es aquel en donde *el Jefe del Estado (el presidente) a) es electo popularmente; b) no puede ser despedido durante su periodo pre-establecido, y c) encabeza o dirige de alguna forma el gobierno que designa*<sup>32</sup>. Ahora bien, de la anterior definición se desprende -tal como sucede en el modelo constitucional norteamericano- que la titularidad del Poder Ejecutivo radica en el *Presidente*, el cual, se convertirá en el Jefe de Estado y de Gobierno de la Nación.

Lo anterior ocurre en México. En la Ley Fundamental mexicana se configura un sistema presidencial puro, en donde el Presidente es a la vez tanto el Jefe de Estado como de Gobierno del país. Empero, al hablar del régimen de gobierno en México nos vamos a encontrar con una situación en la práctica un tanto peculiar. Es decir, éste es un sistema de gobierno con cariz de *presidencialismo*, distinción que, siguiendo a Duverger *constituye una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del Presidente*<sup>33</sup>. De esto, se desprende que la forma de gobierno mexicana se encuentra, por decirlo de alguna manera, sesgada de la concepción por autonomía del régimen presidencial puro norteamericano. Es decir, en México fue tal la preponderancia del Presidente que éste no encontró *otro freno que su misma moderación o la tutela del ejército*<sup>34</sup>, al igual que ostentaba facultades más allá de las designadas por la propia Constitución y que atinadamente son denominadas por Carpizo como las *facultades*

---

gobierno con amplias facultades reconocidas en la Ley, que estaría legitimado por un Estado de Derecho, y que sería denominado por Rabasa como una *Dictadura Constitucional*. José María Calderón, *Génesis del Presidencialismo en México*, El Caballito, México, 1972, pp. 107 ss. Opinión en el mismo sentido, la vertida por el ex-presidente De La Madrid, quien señala que *el origen de los amplios poderes con que cuenta el Jefe del Ejecutivo en México, se debe principalmente a dos factores: las posturas que según una presidencia fuerte debía ser una posición política que así se configurara en la Constitución y las leyes a fin de llevar adelante la reforma social postulada en la propia carta magna*. Y el segundo factor sería la idea de dotar al *Estado mexicano de elementos que le permitieran consolidar y defender la independencia nacional, sobre todo considerando el gran desequilibrio de poder y fuerza que existe entre México y su vecino del Norte, y la historia y amenazas constantes de intervenciones políticas y militares por parte de los Estados Unidos*. Miguel De La Madrid, *El Ejercicio de las Facultades Presidenciales*, Porrúa, México, 1999, p. 44.

<sup>32</sup> Como se observa en la definición de Sartori, se encuentran obligadamente tres elementos a cubrir por un Estado que se ostente de reconocer el sistema de gobierno *presidencial* -al menos en la práctica-, pues él dice, que en diversos Estados con este modelo se pueden dar ausencias de cualquiera de estos elementos o *criterios definitorios de un sistema presidencial*. Giovanni Sartori, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 97-115.

<sup>33</sup> Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970, p. 213. A este fenómeno Loewenstein lo ha denominado *neopresidencialismo*; fenómeno que encuentra su origen en el bonapartismo, y por el cual se debe de entender a *un régimen político en el cual, a través de determinadas instituciones constitucionales, el jefe de gobierno –el presidente– es superior en poder político a todos los otros órganos estatales*. A ningún otro órgano le está permitido elevarse a la categoría de un detentador del poder auténtico capaz de competir con el monopolio fáctico del presidente o de controlarlo. Karl Loewenstein, *op. cit.*, nota 4, p. 85.

<sup>34</sup> Lambert encuentra similitudes tanto en el sistema mexicano como en el argentino, pues dice que en ambos sistemas, el Congreso se encuentra limitado en su actividad principal. Es decir, la actividad legislativa, puesto la mayoría de las iniciativas de ley corren a cargo del Jefe del Ejecutivo, inclusive cuando la Constitución restringe la delegación legislativa en determinados casos. Así también señala, que el órgano judicial encargado de vigilar la constitucionalidad de las leyes, vacila en aplicar medios de control jurisdiccional en contra del Presidente, argumentando cuestiones de naturaleza netamente política. Jacques Lambert, *América Latina*, Ariel, Barcelona, 1970, p. 516.

*metaconstitucionales*<sup>35</sup>. Por tal motivo Vargas Llosa no dudó en definir a México como la *dictadura perfecta*<sup>36</sup>. O más sugestiva aún es la afirmación hecha por el ex-presidente Miguel De La Madrid (1982-1988), quien plantea que *el Presidente de los Estados Unidos tiene su poder más limitado que el presidente de México, en términos relativos*<sup>37</sup> –lo cual no merece mayor comentario-. Esta es la razón por la cual la institución del control político tuvo prácticamente una nula aplicación en el constitucionalismo mexicano hasta finales del siglo XX, pues debemos hacer la aclaración de que fue hasta el año 2000 cuando se llegó a la alternancia del poder en México, entre el partido hegemónico enraizado en el poder por más de 70 años (PRI)<sup>38</sup> y el partido histórico de oposición (PAN), siendo a partir de ese año cuando podemos comenzar a vislumbrar señales de limitación de los poderes constituidos en México<sup>39</sup>.

Ahora bien, debemos señalar las características de la forma de gobierno *presidencial* puro para poderlo distinguir del fenómeno del *presidencialismo* -que insistimos, existe en México-. Entonces, por sistema *presidencial* de gobierno entendemos que es aquél en el que se asegura la independencia al máximo de los poderes mediante el principio de división de los mismos, contando con características únicas, y que podríamos enumerar de la siguiente manera: 1) el presidente es elegido de manera directa, libre y secreta por el pueblo y se convierte en el Jefe de Estado y de Gobierno -por ello estamos de acuerdo con García Pelayo cuando señala que el origen democrático del presidente es lo que lo inviste de una *auctoritas y de fuertes poderes respecto a otros órganos del Estado*<sup>40</sup>-; 2) como consecuencia de la característica anterior, el cargo del presidente no depende de la confianza del parlamento, y en tanto que éste no puede ser removido por aquel, el presidente tampoco puede disolver al parlamento -a diferencia del sistema parlamentario-; 3) los ministros de Estado son designados directamente por el presidente y sólo son responsables ante él y, por último, 4) como las tareas que específicamente le corresponden a cada uno de los poderes están delimitadas por la Constitución, se percibe una separación rígida, pero esta concepción desaparece porque de acuerdo con el diseño de este sistema se obliga, que para la realización de muchas de las atribuciones conferidas por la constitución, lleguen a puntos de encuentro tanto el poder legislativo como ejecutivo, dándose pues, una situación de colaboración –más no de dependencia- entre estos dos órganos<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> Lectura obligada sobre las facultades metaconstitucionales del Presidente de la República en México, es la ya clásica obra del maestro Jorge Carpizo, *El Presidencialismo mexicano*, Siglo Veintiuno, México, 1978.

<sup>36</sup> *Excélsior*, 25 de Junio del 2000.

<sup>37</sup> Miguel De La Madrid, *op. cit.*, nota 31, p. 45.

<sup>38</sup> Krauze en su obra *La Presidencia Imperial* describe al sistema político mexicano como un *modelo hermenéutico*, pues según él, dicho sistema vendría a ser un sistema político solar, en donde todos los actores, tanto políticos como sociales y económicos giran alrededor del sol presidencial-priista con diversos grados de subordinación. Enrique Krauze, *La Presidencia Imperial, Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, México, Tusquets, 1997, p. 16.

<sup>39</sup> A lo que nos referimos aquí, es a que a partir del año 2000 ya no se produce un *presidencialismo* tan marcado como lo fue durante el periodo priista, pero los controles políticos que existen aún no se aplican en su totalidad o no son suficientes.

<sup>40</sup> Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1997, p. 190.

<sup>41</sup> El Profesor Carpizo sintetiza de manera clara lo que serían las características esenciales en el Sistema Presidencial; a) *La separación de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo es nítida sólo desde el*

Entonces, el *presidencialismo* encuentra la fuerza de su razón de ser en el momento en que los poderes del presidente comienzan un proceso de ensanchamiento desmedido, y que lo convierte automáticamente en el eje central del sistema político. De esta manera se sitúa en el vértice de la pirámide en la toma de decisiones políticas con trascendencia para los demás poderes estatales. En pocas palabras, se convierte en el líder político de la nación que todo lo puede. Empero, este proceso de mutación en la detención del poder en el sistema político mexicano, surge primeramente de la asignación de amplias facultades al Ejecutivo, de tal suerte que de lo que se trató fue de fortalecer al Presidente frente al Poder Legislativo. Tendencia ya denunciada por Guetzévitch, quien entendía perfectamente que *el verdadero sentido del régimen democrático exige el fortalecimiento del Ejecutivo*<sup>42</sup>. De esta manera se puso en marcha un movimiento de revisión y creación de diversas Constituciones en ambos lados del Atlántico, y cuya intención era racionalizar las relaciones entre los detentadores de los poderes estatales.

Esta tendencia se comprendió perfectamente en el Congreso Constituyente del 17, tal y como lo apunta Rabasa, cuando señalaba que, *el Constituyente en cuanto a los poderes federales, no quiso que el Legislativo fuera un mero instrumento del Ejecutivo, pero tampoco, por las funciones de que el primero estaba dotado en la Constitución del “57”, estorbara o hiciera embarazosa la marcha del segundo*<sup>43</sup>. Así

---

*punto de vista de que cada uno de ellos es electo por el voto popular, origen de su popularidad. Es decir, el congreso, como regla general, no designa, directa o indirectamente, al presidente. Ni la original de Estados Unidos de América intentó una división tajante de poderes. Al respecto, existen múltiples ejemplos como la intervención del Ejecutivo en el procedimiento de elaboración de la Ley con su facultad de veto, b) Los períodos para los cuales son electos, tanto el Legislativo como el Ejecutivo, son fijos y, en principio, uno de ellos no puede modificar el periodo del otro, c) Existen entre esos dos poderes controles mutuos, los que son diversos de aquellos que se dan en un sistema parlamentario.* Jorge Carpizo, “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXIX, enero-abril, México, 2006, p. 66.

<sup>42</sup> A esta conclusión llega Guetzévitch luego de señalar que en las democracias modernas ya no existe una pugna entre el Parlamento y el poder real, sino que ahora, *el verdadero sentido del régimen democrático exige el fortalecimiento del Ejecutivo, que hace de este hecho un poder más fuerte, más intenso que el de la tradicional Monarquía y el de los antiguos Ministros de la Corona*. Para el autor, el Ejecutivo es una parte imprescindible en el proceso legislativo, ya que para que el órgano Legislativo realice el acto típico de sus facultades constitucionales, éste se tendrá que ayudar de los medios técnicos con que cuenta el Ejecutivo. Boris Mirkine-Guetzévitch, *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934, p. 202.

<sup>43</sup> Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, México, UNAM, 2000, p. 97. El constituyente de 1824 tomó de la Constitución Norteamérica de 1787 los principios fundamentales, mientras que de la española de Cádiz de 1812 *algunos elementos como el refrendo ministerial, las relaciones del Ejecutivo con el Congreso, y varias de las facultades concedidas al Presidente de la República*. Madrazo nos recuerda también que, la estructura de gobierno en el sistema mexicano ha conservado la forma de gobierno que se estableció en 1824, salvo algunas modificaciones que se le han hecho a la institución presidencial. Jorge Madrazo, “El Sistema Constitucional Mexicano”, *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 585. Entre las modificaciones hechas al sistema presidencial mexicano encontramos que, mientras que en la Constitución de 1857 se reconocía la elección indirecta del Presidente de la República a través del Congreso General, restándole así importancia a la investidura presidencial, la Constitución de 1917 decidió modificar dicha disposición, y reconoció la elección directa del Presidente de la República, por considerar que el Ejecutivo se encontraba a merced del órgano Legislativo. José María Calderón, *op. cit.*, nota 31, pp. 114 ss.

pues, el texto constitucional, producto de aquel Poder Constituyente, llegó a racionalizar las relaciones existentes entre los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Pero esta intención por parte del constituyente se fue alejando cada vez más de los motivos que se razonaron durante el proceso de elaboración de la Ley Fundamental mexicana. Al término de la Revolución Mexicana, y con una nueva Constitución la calma aún no estaba del todo presente; se sucedieron infinidad de acontecimientos con el único fin de alcanzar la máxima magistratura del país, y que, solamente crearían crispación en la clase política, pero sobre todo entre la población. Esta situación fue mitigada por la llegada al poder del General Calles, quien se convirtió en el *caudillo* que hizo el llamado de pasar del estado de las armas al de las Instituciones, creándose de esta manera el Partido Nacional Revolucionario (PNR), y que posteriormente en el año 1946 se convirtió en el Partido Revolucionario Institucional (PRI), institución llamada a convertirse en el contenedor de la familia política mexicana<sup>44</sup>. Siendo este hecho quizá el más sugestivo para llegar a comprender el poder del Presidente en México, pues al ser éste el jefe supremo de dicha organización, todas las postulaciones para candidatos -desde el sucesor en la presidencia de la república, hasta los alcaldes locales, pasando obviamente por los legisladores federales y los respectivos gobernadores- eran decisiones tomadas única y exclusivamente por él, por lo que resulta evidente que existió una ausencia de controles políticos por parte del Legislativo para con el Ejecutivo<sup>45</sup> así como también los que se desprenden del modelo federal (controles verticales).

Ahora bien, situémonos en el segundo cuarto del siglo XX. Fue a partir de ese momento, cuando el sistema político mexicano comenzó esa marcha hacia la

---

<sup>44</sup> En opinión de Valencia Carmona, *el sistema político mexicano descansó durante mucho tiempo en principios y reglas que, sin desconocer que estuvieron sujetos a una dinámica constitucional, consistían básicamente en un Poder Ejecutivo fuerte, como centro de gravedad, dotado de heterogéneas y extensas facultades tanto constitucionales como "metaconstitucionales" o "poderes de hecho"*. Salvador Valencia Carmona, "Hacia un nuevo sistema político y constitucional" en *Revista Cuestiones Constitucionales*, Num. 8, enero-junio, México, 2003, pp. 161-162. Para Krauze, la configuración del sistema político mexicano comienza al término de la Revolución mexicana, pues se decía que el *Estado era la emanación de la Revolución*. Es decir, el *Estado* encontró su legitimación en la semántica de los líderes revolucionarios por un lado, y por el otro, en la tradición imperial del periodo virreinal y del *porfirismo*. Enrique Krauze, *op. cit.*, nota 38, p. 29. Para Roderic Ai Camp, es inaceptable asumir que el Partido oficial del Gobierno (PRI) durante casi todo el siglo XX tuvo autoridad política sobre el sistema político mexicano, pues para él, dicho Partido no puede dirigir o condicionar la actividad del Ejecutivo puesto que el primero depende de éste último. Roderic Ai Camp, *La Política en México*, Siglo Veintiuno, México, 1995, pp. 185 ss. Esta última opinión no la compartimos, pues como hemos hecho mención en el texto, el sistema político mexicano tuvo vigencia debido a diversas circunstancias, entre ellas el PRI, tal y como lo señala el Profesor Carpizo al hablar de la facultad metaconstitucional del Presidente de la República como Jefe supremo de su Partido. Entonces, la discusión no se centra en si el Partido fue el contenedor o no de la actividad gubernamental, sino que dicho instituto político fue contenido dentro del sistema político mexicano.

<sup>45</sup> Jorge Carpizo, "México: ¿Sistema Presidencial o Parlamentario?" en *Revista Cuestiones Constitucionales*, Num. 1, julio-diciembre, México, 1999, p. 53. Jorge Madrazo, *Introducción al Derecho mexicano*, UNAM, México, 1981, p. 52. El fenómeno de la sucesión presidencial en México ha sido objeto de innumerables estudios, debido a su amplia complejidad y repercusión dentro del sistema político mexicano. Al respecto, es obligada la obra de Daniel Cossío Villegas, *La Sucesión Presidencial*, Cuadernos de Joaquín Mortiz, México, 1975. Sobre las sucesiones presidenciales durante el último cuarto del siglo XX en México, vid. Jorge Castañeda, *La Herencia: Arqueología de la sucesión presidencial*, Alfaguara, México, 1999. Vid. David Manuel Vera, *El Presidencialismo mexicano en la Modernidad*, Porrúa, México, 1989.

creación de un Ejecutivo fuerte<sup>46</sup>. Entonces, con el poder otorgado por la Constitución y el adquirido como *dueño sexenal* del Partido oficial, estaban dadas las condiciones necesarias para que durante los últimos setenta años del siglo XX, México adoleciera de un *presidencialismo* fuera del alcance de cualquier limitación y control del poder. Por algo, Cossío Díaz no duda en señalar que *el predominio del titular del Ejecutivo llegó a ser verdaderamente relevante, que buena parte de las iniciativas de ley hubieran sido presentadas por él y el sentido de las normas jurídicas se establecía, en buen número de casos, a partir de las determinaciones expresadas por él en la correspondiente exposición de motivos*<sup>47</sup> -demasiado sugerente ésta última opinión-. Para Carpizo el problema no desaparecería si no se corregían antes algunas cuestiones de fondo, pues para él, *el gran problema del sistema presidencial mexicano es la falta absoluta en la realidad de controles y el desequilibrio colosal que se da entre los poderes en México*<sup>48</sup>. Ahora bien, podemos decir que con la transición política ocurrida en el año 2000, se ha logrado evolucionar de manera significativa en materia de control y equilibrio de los poderes federales. Sin embargo, consideramos que esta evolución no ha sido suficiente.

## V. El Control Parlamentario en México

Hemos esbozado de manera sucinta cómo se configura el sistema de gobierno en México –régimen *presidencial* con deformación en *presidencialismo*-, así como un estudio previo a su forma de Estado, en el que se establece un sistema *federal*. Ahora bien, igualmente y de manera breve, queremos aludir a los poderes públicos reconocidos en el ordenamiento mexicano, para poder entrar a continuación en el estudio de los tipos de control político que la Constitución mexicana establece entre ellos.

En primer lugar encontramos al Poder Ejecutivo de la Federación, el cual descansa en el Presidente de la República, y que es elegido directamente por los ciudadanos, cuyo mandato tiene una duración de seis años (artículo 80 constitucional), dándose entre sus facultades, la de nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado y altos cargos gubernamentales, así como dirigir la política exterior, y ser el Jefe supremo de las fuerzas armadas, entre otras (artículo 89 constitucional).

El Poder Legislativo lo detenta un órgano colegiado –denominado en México Congreso de la Unión- en el que se reúnen dos Cámaras. Es decir, su modelo es bicameral (artículo 50 constitucional). La Cámara de Diputados se conforma por 500 diputados cuya duración será de tres años. De ellos, 300 diputados son elegidos bajo el principio de mayoría relativa, en igual número de distritos en que se encuentra distribuido el país para fines electorales, mientras que los otros 200 diputados

<sup>46</sup> Recordemos que la Constitución le otorgó suficientes facultades al Presidente de la República para que no se encontrara en situación de inferioridad respecto al órgano Legislativo, y posteriormente ese presidente se convertiría en el líder moral de aquélla que no dudamos en denominar como el *Ministerio de Elecciones* de la Federación, es decir, del partido hegemónico (PRI).

<sup>47</sup> José Ramón Cossío Díaz, “La Representación Constitucional en México”, en *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, UNAM, México, 2000, pp. 69 y 70.

<sup>48</sup> Jorge Carpizo, “Méjico: *op. cit.*, nota 45, p. 52.

restantes son elegidos bajo el principio de representación proporcional, teniéndose en cuenta las listas que registran los partidos políticos asignadas a las cinco circunscripciones políticas en que se divide el país, igualmente con fines electorales (artículo 51 y 52 constitucional)<sup>49</sup>. La Cámara de Senadores se conforma por 128 miembros. Cada una de las entidades federativas elegirá a través de sus ciudadanos a dos Senadores bajo el principio de mayoría relativa, mientras que de las listas que presenten los partidos políticos, se tomará al candidato de la fórmula que haya quedado en segundo lugar, es decir, a la primera minoría. Posteriormente los últimos 32 Senadores se asignarán de acuerdo a la lista nacional única que se haya registrado para los efectos de Senadores de representación proporcional (artículo 56 constitucional)<sup>50</sup>. Así pues, *la función vertebral del Congreso de la Unión reside en la participación que tiene tanto en el procedimiento legislativo común, como en el procedimiento especial de reforma del texto constitucional*<sup>51</sup>.

Por último tenemos al Poder Judicial de la Federación, el cual se deposita en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. En la jerarquía máxima dentro del Poder Judicial de la Federación se encuentra la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual se compone de once Ministros y funcionará en Pleno o en Salas (artículo 94 constitucional).

Por las razones que atienden a nuestro objeto de estudio, únicamente entraremos al análisis de los controles políticos interorgánicos<sup>52</sup> que se ejercen entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Estamos de acuerdo con la Profesora Huerta Ochoa, que reconoce la amplitud con que los tribunales federales realizan una importante y eficaz función de control ínterorgánico del ejercicio del poder público, y que se resumiría en el *control de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos de la administración pública*<sup>53</sup>. Sin embargo, nuestro interés se centra en analizar los medios de control político que ejerce el Congreso de la Unión, como órgano legislativo, de cara a la limitación del Ejecutivo Federal en México; razón por la cual,

---

<sup>49</sup> La Cámara de Diputados, en la actual LIX Legislatura (2003-2006), se encuentra conformada políticamente de la siguiente manera: el Partido Revolucionario por 222 diputados, el Partido Acción Nacional por 148, el Partido de la Revolución Democrática por 97, el Partido Verde Ecologista de México por 17, el Partido del trabajo por 6, el Partido Convergencia Nacional por 5, y 5 diputados independientes. Por lo cual, ninguna de las seis fuerzas políticas representadas ante la Cámara de Diputados alcanza la mayoría absoluta. Pág. web: <http://www.camaradediputados.gob.mx>.

<sup>50</sup> La Cámara de Senadores, en la actual LIX Legislatura (2003-2006), se encuentra conformada políticamente de la siguiente manera: el Partido Revolucionario por 58 Senadores, el Partido Acción Nacional por 47, el Partido de la Revolución Democrática por 15, el Partido Verde Ecologista de México por 5, y 3 independientes. Por lo que al igual que en la Cámara baja, en la Cámara se Senadores no se configura mayoría absoluta para ningún Partido Político. Pág. web. <http://www.senado.gob.mx/>.

<sup>51</sup> Miguel Eraña Sánchez, *La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, México, Porrúa, 2004, p. 14.

<sup>52</sup> Por controles políticos interorgánicos debemos entender aquellos *instrumentos que la Constitución deposita en los órganos Legislativo y Ejecutivo para controlarse y limitarse en el ejercicio de funciones, a fin de impedir la concentración del poder absoluto en manos de uno de ellos*. Jorge Madrazo: Voz “Controles Políticos Interorgánicos”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo II, Porrúa y UNAM, México, México, 2002, p. 616.

<sup>53</sup> Carla Huerta Ochoa, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, UNAM, 1998, p. 160.

no atenderemos a ningún tipo de control político ejercido tanto por el Poder Ejecutivo como el Judicial, salvo el caso excepcional del instrumento del *veto presidencial*<sup>54</sup>.

Ahora bien, para el estudio de la tipología de los controles políticos que vamos a realizar, nos ayudaremos de la clasificación propuesta por Lanz Cárdenas, quien encuentra en el control político hecho por el órgano Legislativo, tres elementos a distinguir: a) *el control de Legislación, el cual comprende la implementación de medidas de control a través de decretos o leyes que establecen una normatividad tendiente a regular específicamente los planes, el manejo de los recursos económicos e inclusive la conducta de los servidores públicos*; b) *el control presupuestal, que abarca tanto la aprobación inicial como la verificación de la cuenta anual, y c) el control político, el cual se ejerce a través de la facultad de exigir a los secretarios de Estado y titulares de organismos y empresas de participación estatal que comparezcan ante las Cámaras a informar sobre su desempeño, e incluso a través de la facultad de constituir comisiones especiales para investigar las actividades, los ejercicios presupuestales y el cumplimiento de programas por parte de las entidades de la administración pública federal*<sup>55</sup>. Entonces, es siguiendo ésta clasificación como vamos a realizar nuestro análisis.

**V.1. El Control de Legislación.-** De acuerdo con el artículo 71 de la Constitución Política Mexicana, el Presidente de la República tiene la facultad de presentar iniciativas de Ley, al igual que la Legislaturas estatales<sup>56</sup>. Resulta lógico que una facultad de gran calado, como lo es ésta, encuentre algún tipo de limitación legal ante una posible extralimitación por parte de quien la detente. Ahora bien, el reconocimiento de dicha facultad no presupone la creación inmediata de una norma legal por parte del Ejecutivo, es decir, el control legislativo consiste precisamente en la determinación que llegue a tomar el órgano Legislativo respecto a la iniciativa de Ley presentada por el Ejecutivo ante cualquiera de las Cámaras. En otras palabras, el Poder Legislativo decidirá si aprueba o no dicha ley. Sin embargo, las estadísticas no son muy elocuentes al respecto, pues el Congreso de la Unión claudicó a esa facultad

<sup>54</sup> Siguiendo la clasificación de los controles políticos en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, hecha por Huerta Ochoa, hemos de prescindir del estudio de los controles políticos con que cuentan los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Para la Profesora Huerta Ochoa, el Poder Judicial de la Federación cuenta con medios de control jurisdiccional, como lo es el Juicio de Amparo, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad. Mientras que en el caso del Ejecutivo Federal, los controles que se dan son de tipo intraorgánicos, pues casi la totalidad de los controles políticos han quedado a favor del Legislativo *quizá para equilibrar la fuerza que el Ejecutivo tiene en realidad*. Sin embargo, el *veto presidencial* es el mayor control político con que cuenta el Ejecutivo Federal frente a la actuación del Legislativo. Éste es el motivo por el cual hemos decidido incluir dentro de nuestro estudio, a la institución del *veto presidencial* por tener una gran trascendencia dentro del proceso legislativo, pero principalmente por ser uno de los pilares dentro de la relación entre Gobierno y Congreso de la Unión. Carla Huerta Ochoa, *op. cit.*, nota 53, pp. 143-177.

<sup>55</sup> José Lanz Cárdenas, *La contraloría y el control interno en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 469. citado por Carla Huerta Ochoa, *op. cit.*, nota 53, p. 128. Igualmente nos limitaremos a la clasificación de los controles políticos del órgano Legislativo hecha por la Profesora Huerta Ochoa, intentando obtener la misma claridad que contiene su estudio sinóptico.

<sup>56</sup> El artículo 71 de la CPM dice: *El derecho de iniciar leyes o decretos compete: I. Al Presidente de la República; II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión; y III. A las Legislaturas de los Estados. Las Iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las Legislaturas de los Estados o por las Diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los Diputados o Senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.*

de control legislativo durante décadas. Así pues, podemos concluir que la facultad de controlar este tipo de actos está ahí, y que comienza a tener efectividad en la actualidad<sup>57</sup>.

Otro de los controles legislativos lo encontramos en lo relativo a las facultades implícitas. En un sistema federal es imperativo que se encuentren delimitadas todas y cada una de las facultades con que cuentan los poderes federales, pues de lo contrario, cualquier autoridad podría afectar o lesionar algunos de los derechos fundamentales. O bien, podría crearse una distorsión en el quehacer gubernamental. Por ello, la Constitución Política de México delimita perfectamente las atribuciones de cada uno de los poderes, y de igual forma, el constituyente del 17 previó la posible situación en que, alguno de los poderes federales no pudiera hacer frente a cualquiera de sus atribuciones por ciertas cuestiones de ambigüedad en el texto constitucional. De tal suerte, que en caso de que se presentara alguna situación, como la que venimos abordando, constitucionalmente se estableció la posibilidad de subsanarla a través de las denominadas *facultades implícitas*.

Esta facultad la encontramos establecida en el artículo 73 constitucional en su fracción XXX, la cual faculta al Congreso de la Unión para *expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores* –es decir, las señaladas en las veintinueve fracciones anteriores–, y *todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión*. Ahora bien, de este precepto se infiere que no se crea ninguna otra facultad nueva, sino que solamente se autoriza al Congreso de la Unión para legislar en su favor, o en el de cualquiera de los otros dos poderes federales, para hacer frente a alguna de sus facultades reconocidas en el texto constitucional. Empero, aquí lo que nos interesa señalar es la facultad con que cuenta el legislativo para que, en un determinado caso, y en uso de las atribuciones conferidas por la fracción XXX del artículo 73 de la Constitución Política de México, pudiera llegar a legislar, y así que se lleguen a disminuir las facultades del Ejecutivo<sup>58</sup>.

**V.2. El control Presupuestal.-** Podemos asegurar que el control presupuestario puede ser quizás el control político más importante con el que cuenta el Poder Legislativo de la Federación para intentar mantener limitado al Ejecutivo,

---

<sup>57</sup> Como hemos señalado en el texto de este trabajo, el Presidente al contar con la mayoría absoluta en ambas cámaras, no encontró límites para realizar las reformas a la Constitución que se requirieran, por lo que, desde el período del Presidente Plutarco Elías Calles (1924) hasta el del presidente Ernesto Zedillo (2000) se realizaron 402 reformas constitucionales, de las cuales el 76% de las mismas fueron a iniciativa del Ejecutivo Federal. Sergio Márquez Rábago, “En busca de la cifra perdida: Cuadros de reformas por Regímenes Presidenciales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917-2000”, *Revista Derecho y Cultura*, Núm. 2, México, Invierno 2000-2001, pp. 123-126.

<sup>58</sup> A manera de ejemplo, podríamos decir que existe la posibilidad de que el Congreso de la Unión llegue a limitar al Presidente de la República, y explicamos por qué; el artículo 89 de la CPM en su fracción II, que en su última parte se expresa diciendo que el Ejecutivo podrá *nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes*; lo que se podría interpretar de manera que, el Congreso de la Unión, en uso de las facultades legislativas que le otorga la Constitución, podría llegar a legislar en relación a la forma en que se deba elegir al titular de un determinado cargo, o por que no, ampliar los requisitos para acceder a los cargos que puede nombrar libremente el Ejecutivo, y así restarle las facultades de nombramiento al Presidente. Jorge Madrazo, *op. cit.*, nota 45, p. 50.

puesto que, de la resolución que se tome para la captación de los recursos públicos y su consiguiente erogación, depende el buen funcionamiento del trabajo de este último. En pocas palabras, el Ejecutivo no puede ni recaudar ni gastar un centavo sin la autorización del Legislativo, razón por la cual, al menos en teoría, el Ejecutivo se encuentra sujeto a la voluntad del Legislativo –aunque, cuestión que adelantamos, en México no se operó así durante el siglo XX<sup>59</sup>–.

En el artículo 74 párrafo segundo de la fracción IV de la CPM, se establece claramente que, *el Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación..;* entonces, del anterior precepto se desprende, que la facultad de presentar la iniciativa de Ley de Ingresos le corresponde al Ejecutivo. Resultando lógica esta disposición, puesto que la elaboración de un dictamen de tal calado y exigencia técnica, sólo podría ser subsumida por este órgano, ya que, sólo éste cuenta con los instrumentos técnicos necesarios para realizar el cálculo del ingreso por concepto de impuestos, derechos, prestaciones y otros gravámenes más. De igual forma, al realizar el cálculo de los ingresos a recibir por concepto de las contribuciones antes mencionadas, también deberá expresar la manera como se harán llegar recursos de otra naturaleza, como las ganancias por la venta de hidrocarburos, por citar un ejemplo<sup>60</sup>.

En el artículo 73 fracción VII de la CPM se señala, que el Congreso de la Unión está facultado *para imponer las contribuciones que sean necesarias para cubrir el presupuesto.* Entonces, la Constitución reconoce la facultad que tiene el Congreso de la Unión para expedir anualmente la Ley de Ingresos, por medio de la cual, el Ejecutivo, al captar los recursos aprobados hará frente a las erogaciones que tuviese que realizar. Es el Ejecutivo, como órgano técnico, quien propone, mientras que el Congreso de la Unión dispone. Es decir, es primeramente en la Cámara de Diputados, en donde al conocer la Ley de Ingresos enviada por el Ejecutivo para su estudio y en su caso aprobación, se deberá dar una intensa discusión, un amplio debate, una gran reflexión y un completo consenso, según lo establecido por el artículo 72 inciso H<sup>61</sup>. Posteriormente, el proyecto pasará a la Cámara de los

---

<sup>59</sup> Rocha Díaz nos recuerda que, el Ejecutivo Federal tiene que elaborar una planeación económica para la realización de su programa de gobierno, de tal suerte que, esa planeación vendrá a establecer prioridades, definir estrategias y fijar metas, con el propósito de mejorar la realidad económica, social, política y cultural de la nación. La planeación y programación del desarrollo nacional no había sido materia directa de atención del Constituyente mexicano, sino hasta el mes de Diciembre de 1982, con motivo de la iniciativa presentada por el Presidente De la Madrid, para reformar los artículos 25,26,27 y 28 de la Constitución de 1917. Salvador Rocha Díaz, “Planeación, programación, presupuestación, control de gasto y evaluación de gestión”, *Relaciones entre Gobierno y Congreso*, Cecilia Mora-Donatto (Coord.), UNAM, México, 2002, p. 526.

<sup>60</sup> Es importante señalar que, de la aprobación de la Ley de Ingresos se desprende el principio de la anualidad de los impuestos, que no es otra cosa que la autorización a imponer tal o cual impuesto a través de dicha ley, por lo que, si en la aprobación hecha por el Congreso de la Unión, no figura un determinado impuesto que haya estado reconocido en el ejercicio fiscal anterior, éste quedará derogado. Acerca del principio de anualidad del impuesto, Carpizo señala que si la *ley de ingresos omite mencionar una materia, sobre ella no se podrán cobrar impuestos. Esto se deriva del principio de la anualidad del impuesto, y de la manifestación de la voluntad del legislador de suprimir ese impuesto, si lo omitió de dicha enumeración.* Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 35, p. 144.

<sup>61</sup> El artículo 72, inciso H, de la CPM, señala: *La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.*

Senadores, en donde se realizará el mismo proceso que en la cámara anterior, y si no hubiera observaciones que hacer, se pasará la Ley al Ejecutivo para su publicación y entrada en vigor, de acuerdo con el artículo 72 inciso A<sup>62</sup>.

La aprobación del Presupuesto de Egresos es facultad única y exclusiva de la Cámara de Diputados<sup>63</sup>. Atribución que no solamente se limita a aprobar, sino que también faculta para realizar las observaciones que considere pertinentes para el mejor desarrollo de la actividad gubernamental. Así el artículo 74 párrafo primero de la fracción IV de la Constitución Política de México señala, que es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados *aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la cuenta pública del año anterior.* De esto se infiere que no es una cuestión menor la que le corresponde autorizar a la Cámara de Diputados, pues en dicho presupuesto se deben señalar todos y cada unos de los gastos que deberá de realizar el Ejecutivo, y del cual no se podrá desprender ni un ápice. Sin embargo, el Congreso también tiene la facultad de autorizarle más recursos de los aprobados en el Presupuesto de Egresos para poder hacer frente a su actividad administrativa, por medio de una Ley posterior. Entonces vemos aquí que, para la aprobación de esta ley posterior no es suficiente el voto afirmativo de la Cámara de Diputados, sino el voto del Congreso de la Unión (artículo 126 constitucional)<sup>64</sup>.

Ahora bien, por Presupuesto de Egresos entendemos que *es la relación de gastos que se autorizan a los poderes legislativo y judicial, a las secretarías y departamentos de estado, a los principales organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria, así como el cálculo de las erogaciones que se realizarán por concepto de inversiones y deuda pública*<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> El artículo 72, inciso A, de la CPM, señala: *Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprueba, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviese observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.*

<sup>63</sup> Para Burgoa, la facultad exclusiva que tiene la Cámara de Diputados para establecer el gasto anual, la encuentra incompleta, pues según el artículo 74 fracción IV, estipula que la Cámara de Diputados aprobará el Presupuesto de Egresos, una vez que haya aprobado las contribuciones que a su juicio hagan falta para cubrir dicho presupuesto. Ahora bien, resulta incompleto, puesto que la aprobación de los ingresos es por medio de una ley. Es decir, por medio de un proceso legislativo que obliga forzosamente al Congreso de la Unión. Así pues, concluye que de nada sirve esta facultad exclusiva, si el Congreso –ambas cámaras- no aprueban previamente los ingresos por ley. Ignacio Burgoa, *op. cit.*, nota 1, pp. 764-765.

<sup>64</sup> El artículo 126 de la CPM señala: *No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por ley posterior.* Esta situación, Tena la critica con gran énfasis, pues encuentra absurdo, que si lo más importante es la aprobación de los gastos anuales, esto se le otorgue a una sola cámara, mientras que una ampliación del gasto del Ejecutivo por medio de una ley posterior le incumbe al Congreso, por ser este último acto puramente legislativo. Tena, Felipe, *op. cit.*, nota 19, p. 352. Para Andrade Sánchez, el Senado debería de contar con facultades presupuestarias, pues de acuerdo con la teoría, la Cámara alta representa los intereses de las entidades federativas, resultando increíble que se sostenga que el Senado no tiene nada que decir en materia presupuestaria. Andrade Sánchez, Eduardo, “El voto y la reconducción presupuestal en la iniciativa de reformas constitucionales presentada por el Ejecutivo en Abril de 2001”, *Relaciones entre Gobierno y Congreso*, Cecilia Mora-Donatto (Coord.), UNAM, México, 2002, p. 3.

<sup>65</sup> Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 35, p. 146.

Decíamos más arriba que, en la experiencia constitucional mexicana los controles políticos existentes en la Ley Fundamental no han tenido gran aplicación. Inaplicación que creó una cultura política de sumisión de los demás poderes hacia el Ejecutivo<sup>66</sup>, y que ha hecho, que ante el intento del Legislativo por aplicar los controles políticos frente a los demás poderes, que le otorga la Constitución, se lleguen a alzar voces aduciendo una invasión de poderes, pues el Poder Legislativo jamás había hecho uso de su facultad de fiscalización del Presupuesto de Egresos enviado por el Ejecutivo Federal. Es por ello, que el 21 de diciembre de 2004, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en su carácter de Titular del Poder Ejecutivo Federal, promovió controversia constitucional en contra de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, en la que demandó la invalidez, entre otros actos, del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005<sup>67</sup>.

Por último, en lo referente al presupuesto de egresos podemos señalar un instrumento -que al menos podríamos considerarlo de defensa- con el que cuenta el Ejecutivo en el presupuesto de egresos. Es decir, el Ejecutivo no puede erogar ni un centavo para algún rubro que no haya sido aprobado por el órgano legislativo – artículo 126 constitucional-, y esto a primera vista podría levantar suspicacias, pues parecería que el mismo aparato gubernamental está en manos del Legislativo, y se podría sugerir, que si el Legislativo desea hacer desaparecer algún cargo público dentro de la administración del Ejecutivo federal, simplemente omite el salario que debería de percibir dicho cargo. Por lo que el artículo 75 constitucional subsana esta posible situación, al señalar que *la Cámara de Diputados, al aprobar el Presupuesto de Egresos, no podrá dejar de señalar la retribución que corresponda a un empleo que esté establecido por la ley; y en caso de que por cualquier circunstancia se omita fijar dicha remuneración se entenderá por señalada la que hubiere tenido fijada en el Presupuesto anterior o en la ley que estableció el empleo.* Así pues, quisimos hacer mención de esta hipótesis para demostrar que la Constitución no deja totalmente desamparado al Ejecutivo ante la simple voluntad de los legisladores<sup>68</sup>.

Por último nos queda hacer mención de quizás la atribución más importante de las facultades contenidas en la clasificación de control presupuestario, y que sería la revisión de la cuenta pública del ejercicio fiscal anterior<sup>69</sup>. Este instrumento de

---

<sup>66</sup> Jorge Madrazo, *op. cit.*, nota 45, p. 52.

<sup>67</sup> El asunto se radicó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el número de expediente 109/2004, y mediante sentencia de 17 de mayo de 2005, el Pleno declaró la nulidad parcial, vía consecuencia, del citado Presupuesto, en la parte que fue objeto de observaciones, para el efecto de que la Cámara de Diputados demandada, en ejercicio de sus facultades exclusivas, se hiciera cargo de las indicadas observaciones. La mencionada sentencia aparece publicada en las secciones Segunda y Tercera del Diario Oficial de la Federación de 24 de octubre de 2005.

<sup>68</sup> Esta hipótesis también es advertida por Tena, quien señala que en las disposiciones de índole tributaria se da *una incongruencia que sólo puede explicarse como un resabio más del unicamarismo*, y en la que la Cámara de Diputados podría llegar a “desarmar” al Ejecutivo por medio del artículo 73, fracción XI que le da facultades al Congreso para crear y suprimir empleos federales, pero el artículo 75 que citamos en el texto, evita que se pueda llegar a atentar en contra del Ejecutivo mediante una omisión por parte del Legislativo en la elaboración del Presupuesto de Egresos. Felipe Tena, *op. cit.*, nota 19, p. 352.

<sup>69</sup> La Constitución de 1917 sólo reconocía como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la aprobación del Presupuesto de Egresos, pero mediante una reforma en diciembre de 1977, se le confirió también la facultad de aprobar la cuenta pública de año anterior, cuestión que a nuestro parecer, puede ser el mayor control político sobre

control presupuestario resulta de gran importancia para el órgano Legislativo, pues de la revisión se podrían desprender responsabilidades tanto políticas como penales, por el desvío o mal uso de los recursos públicos federales. Es decir, los controles realizados sobre Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos los entendemos como controles *a priori*, por lo tanto, esto no entraña mayor problema, pero en cuanto a la revisión que se haga de la aplicación –entendida como un hecho consumado- lo entendemos como un control *a posteriori*, el cual sí comportaría una responsabilidad por parte del Ejecutivo, en el supuesto de que haya incurrido en irregularidades en su actuación gubernamental.

La revisión de la cuenta pública del año anterior es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, al igual que la aprobación del presupuesto de Egresos<sup>70</sup>. Ahora bien, a través de la presentación de la cuenta pública, el Presidente de la República tiene la obligación de demostrar, que los recursos que le fueron aprobados mediante la Ley de Ingresos fueron aplicados correctamente, es decir, éste se encuentra obligado a comprobar, tanto jurídica como contablemente que el manejo de los recursos públicos fue realizado dentro de los límites establecidos en el Presupuesto de Egresos. Para la labor de fiscalización, la Cámara de Diputados se ayudará de un órgano técnico especializado en la materia, el cual, y de acuerdo con el artículo 74 fracción IV párrafo quinto de la Constitución Política de México, es la Fiscalización Superior de la Federación. Será la Cámara de Diputados quien designe a su titular, señalando además, que dicho órgano contará con autonomía plena de cualquier poder, de acuerdo con lo establecido en la ley, para el ejercicio y la gestión en el desempeño de sus funciones<sup>71</sup>.

---

el Ejecutivo, ya que, como señalábamos más arriba, mediante este examen que elabora la Cámara de Diputados, y por ser un hecho de naturaleza consumada -es decir, referente a una situación pasada-, se pueden llegar a exigir responsabilidades por la mala aplicación de los recursos del erario público. El artículo 74 párrafo quinto de la Constitución Política de México señala: *La revisión de la cuenta pública tendrá por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el Presupuesto y el cumplimiento de los objetivos comprendidos en los programas.*

<sup>70</sup> Esta disfunción en el control que debería de ejercer el órgano legislativo en su totalidad, respecto a la actividad gubernamental, viene a ser la prueba más palpable de que sistema mexicano tiene características únicas en el constitucionalismo moderno. Según Lujambio, en el actual diseño constitucional mexicano, se está socavando el principio de la representatividad al no reconocérsele al Senado la facultad de intervenir en todo el proceso legislativo en materia hacendaria. Ya que para él, la intención histórica era darle facultades a la Cámara Baja para de alguna manera limitar al Senado –debido al origen de sus integrantes- se encuentra desfasado totalmente, pues ambas Cámaras eligen a sus representantes por votación libre y secreta, incluso, los senadores de representación proporcional, diluyen cada vez más la vieja idea de que el Senado representa los intereses de la Federación. Alonso Lujambio, *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder*, México, UNAM, 20001, p. 49. En el mismo sentido, Tena nos recuerda que esta incongruencia en las atribuciones a una sola Cámara, ya había sido denunciada por Rabasa, quien decía que era una *consecuencia, si no legal era científica: imponer al Senado la responsabilidad de decretar los impuestos necesarios para cubrir gastos, en cuya adopción no tiene ingerencia; lo que vale tomar parte en la acción legislativa que más lastima a los pueblos, sin tenerla en la que puede aliviarlos; dar su aquiescencia al gasto sin poder hablar de economía*. Felipe Tena, *op. cit.*, nota 19, p. 351.

<sup>71</sup> El artículo 74 fracción IV párrafo quinto de la CPM señala: *Para la revisión de la cuenta pública, la Cámara de Diputados se apoyará en la entidad de fiscalización superior de la Federación. Si del examen que ésta realice aparecieran discrepancias entre las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, con relación a los conceptos y las partidas respectivas, o no existiera*

Por último, también debemos mencionar que el Congreso de la Unión, está facultado para autorizar, o limitar, la contratación de algún crédito, especificando el monto y los términos de dicha financiación. Así lo marca el artículo 73, en su fracción VIII de la Constitución Política de México; el Congreso está facultado *para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional*. De lo anterior se infiere –al menos en teoría– que el Ejecutivo no puede contraer ninguna deuda si no es por autorización expresa del Congreso de la Unión<sup>72</sup>. Sin embargo, el Poder Legislativo cedió su poder de fiscalización ante las pretensiones del poder gubernamental, es decir, dejó de ser el contrapeso que contuviera la actuación del Ejecutivo en materia tributaria, olvidándose de lo que bien señala Lujambio, cuando dice que *la idea de la representación política no surgió vinculada con la función legislativa del poder, sino con las funciones tributarias y de gasto*<sup>73</sup>.

**V.3. El control Político.-** Una de las principales características en el sistema presidencial es fundamentalmente la separación de poderes, y en la cual el Jefe de Estado y de Gobierno es elegido de manera directa por el pueblo, y que por consiguiente, éste sólo es responsable ante la ciudadanía, lo cual no ocurre en los sistemas *parlamentarios*, en donde el Jefe de Gobierno sí debe su investidura a la confianza depositada en él, por parte del Parlamento<sup>74</sup>. Así pues, el Presidente de la República no depende de la confianza del Congreso de la Unión, y mucho menos es responsable políticamente ante él<sup>75</sup>, así como tampoco lo son los miembros de su

---

*exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en los gastos realizados, se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la Ley.*

<sup>72</sup> En términos generales, el Poder Ejecutivo usufructuó el *Poder de la Bolsa* que la Constitución le otorgaba al órgano Legislativo, por las razones que ya hemos expuesto a lo largo de este capítulo. Ya Carpizo advertía lo *triste y peligroso* que suponía, que en México no se aplicaran controles efectivos a los gobernantes –y más en asuntos como éste que hemos venido tratando– porque dichos controles sólo fueron meros formalismos, nunca se limitó, nunca se censuró. Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 35, p. 149. En 1978, el profesor Carpizo ya denunciaba que el 2º. párrafo de la ley de ingresos, que autorizaba al ejecutivo federal por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para contratar, ejercer y autorizar créditos, empréstitos, etc; era anticonstitucional. Ya que, esta autorización violaba el artículo 73, fracción VIII, al no consultarle previamente al Congreso la autorización para realizar dichos actos. De tal suerte que *el Congreso claudica en su poder de la bolsa*. Situación similar pasa en la actual ley de ingresos para el año 2006, en la que también en su párrafo 2º. se autoriza al Ejecutivo para contratar empréstitos por un monto de endeudamiento neto interno de hasta 222,000 millones de pesos.

<sup>73</sup> Lujambio de manera categórica denuncia, que *las delegaciones legislativas a favor del Gobierno en materia fiscal y presupuestaria son propias de los sistemas no democráticos* (el subrayado es nuestro). Alonso Lujambio, *op. cit.*, nota 70, pp. 19-20.

<sup>74</sup> Sobre la configuración del Gobierno en el Sistema Parlamentario español, *vid.* Luis María Cazorla Prieto, *Temas de Derecho Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 245 ss. Ángela Figueruelo Burrieza, *Consideraciones sobre el gobierno de legislatura en el sistema parlamentario español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 14.

<sup>75</sup> Para Díez-Picazo, *la responsabilidad política institucional consiste en la posibilidad de que un órgano del Estado repreue el modo en que otro órgano del Estado ejerce sus funciones y provoque, en su caso, el cese o la dimisión del titular de ese último*. Y concluye que el modelo arquetípico de responsabilidad política institucional sería el Sistema Parlamentario, en donde el Gobierno depende de la confianza del Parlamento. Luis María Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 2000, p. 71. En un sistema presidencial, a diferencia de los sistemas parlamentarios, la confianza viene otorgada por la ciudadanía, es decir, el pueblo elige a su hombre se confianza para

gabinete, quienes son nombrados y removidos libremente por el titular del Ejecutivo Federal (artículo 89, fracc. II de la CPM)<sup>76</sup>.

Hecha la advertencia anterior, señalamos que la Constitución mexicana prevé dos tipos de juicios dentro del órgano Legislativo. El primero de ellos es el denominado *juicio de procedencia*, y en donde dicho juicio tiene como finalidad privar del *fuero constitucional* con el que están investidos los funcionarios públicos enumerados en el artículo 108 constitucional, es decir, en este juicio que se sustanciará en la Cámara de Diputados, de lo que se trata es de quitarle la protección *constitucional* que se le otorga al cargo, más no al titular<sup>77</sup>.

Este tipo de juicio que acabamos de mencionar, no es el que nos interesa para nuestra premisa, ya que, aunque si bien es cierto que en dicho proceso, la Cámara de Diputados –como órgano político que es– tiene la facultad de poner a disposición de la justicia ordinaria a algún determinado funcionario de los enumerados por el 108 constitucional, también es cierto que esta actividad es intrínsecamente jurisdiccional. Es decir, esta situación es una colaboración entre los poderes, puesto que por mandato constitucional interviene el Ejecutivo, el Judicial o el suyo propio, pero única y exclusivamente para declarar si están dadas las condiciones que exige la ley para removerle la protección que le otorga el *fuero constitucional*; es decir, este órgano no se pronuncia por una culpabilidad o exoneración del delito que se le impone al funcionario. Siendo así esto, esta función no entraña una cuestión política de fondo, pues formalmente si lo es, aunque materialmente sea de índole jurisdiccional<sup>78</sup>.

---

*llover a cabo una dirección política que se supone está concorde con sus deseos.* Juventino V. Castro y Castro, “El Sistema Presidencial y el “golpismo” en la América Latina”, *El Predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, UNAM, México, p. 207.

<sup>76</sup>Como veremos más adelante, aunque los Secretarios de Estado no son nombrados por el Congreso de la Unión, sin embargo, éste está facultado para solicitar la presencia de alguno de aquellos para aclarar algún asunto referente a su ramo o actividad, de acuerdo con el artículo 93 constitucional. Huelga decir que, dicho precepto no se reconoció en la constitución de 1857. Sin embargo, el constituyente del 17 sí lo reconoció, pues lo que buscaba era una mayor vinculación entre ambos poderes. José María Calderón, *op. cit.* nota 31, p.113. El incremento en el peso político de la oposición, aunado al surgimiento de un gobierno dividido a nivel federal, han hecho que se establezca un clima de tensión entre las respectivas comisiones del Congreso de la Unión y los Secretarios de Estado. Ignacio Marván Laborde, “El Congreso frente a los Secretarios del Presidente”, *Relaciones entre el Gobierno y el Congreso*, Cecilia Mora-Donatto, (Coord.), UNAM, 2002, México, p. 337.

<sup>77</sup> La palabra *fuero* deriva del latín *forum*, que significa recinto sin edificar, plaza pública, vida pública y judicial; por extensión, así se le denomina al sitio donde se administra justicia, al local del tribunal. Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa y UNAM, México, Citado por Eduardo Andrade Sánchez, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, UNAM, México, 2004, p. 1. El *fuero* es un instrumento creado para proteger un encargo o mandato, ante una posible extralimitación por parte de algún poder, y que pudiera llegar a poner en peligro la gestión para la cual fue designado. De tal suerte que el detentador de este instrumento de protección constitucional se encontrará en una condición de seguridad tal, que para poder ser sometido a la justicia ordinaria, será necesario que la Cámara de Diputados haga una declaración de procedencia, en donde señale que si ha o no lugar para removerle el *fuero* al funcionario, y pueda hacer frente al procedimiento que se le sigue por parte de la justicia ordinaria, todo esto de acuerdo con el artículo 111 constitucional.

<sup>78</sup>Típicamente se habla de tres funciones esenciales que realiza el Estado: legislativa, jurisdiccional y administrativa. Dichas funciones pueden estudiarse desde el punto de vista formal –que atiende al órgano que realiza la función-, o bien, desde el punto de vista material –que atiende a la naturaleza intrínseca del acto-, tal

Es el segundo tipo de juicio el que realmente nos interesa para nuestro trabajo: el Juicio Político. En el *juicio político* se habla de la comisión de un delito oficial, es decir, un delito que haya sido cometido por el funcionario público en el desempeño de sus respectivas funciones (artículo 108 constitucional)<sup>79</sup>.

El juicio político se desarrollará en el seno del Congreso de la Unión, en donde la Cámara de Diputados presentará la acusación –previa declaración de mayoría absoluta del número de miembros presentes en la cámara- ante el Senado (artículo 74, fracción V), el cual se erigirá en Jurado de sentencia para conocer de la acusación y en su momento dará su veredicto (artículo 76, fracción VII). Del veredicto que dé el Senado, se desprenderá la responsabilidad que tenga el inculpado en el hecho, así el artículo 110 en su párrafo segundo señala, que *las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público*. Esto que hemos mencionado opera perfectamente para cualquier funcionario público; sin embargo, el Presidente de la República no se encuentra expuesto al mismo como los demás servidores públicos, razón por la cual el artículo 108 constitucional menciona que el *Presidente de la República, durante su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común*<sup>80</sup>.

---

como nos lo explica el Profesor Serra Rojas: *Función legislativa.- Es aquella que está encomendada al Poder Legislativo y consiste en la creación del ordenamiento jurídico, es decir, la emisión de leyes, entendiendo por éstas toda norma general, abstracta e impersonal. Función jurisdiccional.- Es la que realiza el Poder Judicial al resolver las controversias que están bajo su conocimiento, mediante la aplicación de la norma jurídica al caso concreto. Función administrativa.-“Es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control.* Por exclusión, podemos señalar que las funciones estatales que no son legislativas ni jurisdiccionales, son administrativas. Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1999, p. 67. Para Kelsen, *la función legislativa es el conjunto de actos orgánicos mediante los cuales se crean normas de carácter general, impersonal y abstracto; y la función jurisdiccional, en principio, son los actos de aplicación normativa en los que se crean normas individualizadas respecto de casos concretos*. Citado por, José Ramón Cossío Díaz, *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Porrúa, México, 1992, p. 14. Cabe mencionar que, excepcionalmente, algunos actos estatales son realizados por un poder diferente al que formalmente le corresponden, sin embargo, toda excepción a la regla debe tener un sustento constitucional, esta flexibilidad de funciones tiene como propósito una mejor realización de los fines estatales.

<sup>79</sup> La Profesora Huerta Ochoa aclara, que el Presidente de la República no es políticamente responsable ante el órgano Legislativo, sino que es responsable penalmente, pues los delitos señalados en el artículo 108 constitucional son de carácter penal. Ello es así, pues considera que la responsabilidad del presidente se encuentra mitigada debido a las funciones que se le atribuyen al Presidente, dándole pues, certidumbre en su actuar gubernamental. Carla Huerta Ochoa, *op. cit.*, nota 53, p. 134.

<sup>80</sup> Como previamente hemos venido señalando, la intención del constituyente del 17 fue fortalecer al máximo la investidura presidencial, debido a la amarga experiencia de la Constitución del 57, razón por la cual, se decidió que únicamente sería llevado a juicio político el Presidente de la República bajo los supuestos señalados en el artículo 108 constitucional. Durante el debate acerca del citado precepto constitucional, se alzaron voces a favor y en contra. Sin embargo, predominó la idea de proteger la figura presidencial de los posibles ataques por parte de los otros dos poderes, pues, entonces se estaría quebrantando el principio de separación de poderes, y que cualquiera de éstos pudieran llegar a argumentar violaciones a la Constitución. Ahora bien, esto no significaba que el Presidente fuera irresponsable de cualquier manera posible. La posible violación a la Constitución por parte del

La manera en que se puede llegar a responsabilizar al Presidente ha suscitado gran cantidad de debates en la doctrina mexicana, debido a la ambigüedad del artículo 108 antes mencionado, pues éste se presta a diversas interpretaciones. Sin embargo, mantenemos aquí la postura del Doctor CARPIZO –ex Rector de la UNAM- porque consideramos que su tesis resulta ser la más sensata, al reconocer que si bien en México nunca se ha dado un enfrentamiento entre estos dos poderes -y por lo tanto no existe un precedente directo-, también es cierto que *la frase en cuestión hay que interpretarla en el sentido de que el presidente es responsable si rompe o trata de romper el orden constitucional, o si no cumple sus obligaciones constitucionales y ese incumplimiento quiebra el sistema de gobierno*<sup>81</sup>. De esta manera, la Cámara de Diputados cuenta con un arma sumamente poderosa, pues depende de ella la interpretación que se llegue a hacer del precepto constitucional antes mencionado, así como en el Senado radica el poder de decisión sobre el futuro del Presidente de la República, ya que, hemos de señalar por último, que de acuerdo con el artículo 110 constitucional, *las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables*. Podemos concluir, resaltando que el *Juicio Político* es un control político sumamente importante con el que cuenta el órgano Legislativo, pues en un clima en el que las relaciones entre los poderes estatales se encuentren en constante tensión, la simple existencia del *Juicio Político* cumple con su cometido, al recordarle a todos los actores políticos que existen las vías correspondientes para separarlos de su encargo, siempre y cuando se den las condiciones necesarias para ello; condiciones que resultan ser bastante complicadas pero no por ello imposibles en su realización.

Otro control político con que cuenta el órgano Legislativo, es el relativo al permiso que se otorga al titular del Ejecutivo Federal para ausentarse del territorio nacional. El artículo 88 de la CPM dice: que *el Presidente de la República no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente en su caso*. Pues bien, esa facultad con que cuentan ambas cámaras, puede ser un mecanismo sumamente efectivo para controlar la actividad del Ejecutivo en el concierto internacional, pues si el órgano Legislativo decide no otorgarle el permiso al Presidente de la República para ausentarse del territorio nacional, éste no podrá hacerlo bajo ninguna circunstancia<sup>82</sup>. Es por ello, que no

---

Ejecutivo, se evitaba mediante el refrendo ministerial, es decir, para que el Presidente de la República pudiera ejercer algún acto sería necesaria la firma del Secretario de Estado, de acuerdo con el artículo 92 constitucional. Consecuencia de esto, sería que ningún Secretario de Estado se convertiría *en cómplice de una violación flagrante a la Constitución por parte del Presidente de la República*. José María Calderón, *op. cit.*, nota 31, pp. 127 ss. Sin embargo, para Marván Laborde, la intención que tenía el constituyente del 17 respecto del refrendo ministerial, y que se llevó a la práctica en el sistema mexicano fue un fracaso, pues dice, *en todos los actos inconstitucionales que los presidentes han cometido, los secretarios normalmente han preferido permanecer en sus puestos*. Ignacio Marván Laborde, *op. cit.*, nota 76, p. 356.

<sup>81</sup> Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 35, p. 212.

<sup>82</sup> Esto no había ocurrido en el caso mexicano hasta el año 2002, cuando el Presidente Vicente Fox solicitó al Congreso de la Unión autorización para realizar una gira de trabajo por los Estados Unidos y Canadá. El órgano legislativo le denegó la autorización para realizar dicha actividad, argumentando que el Ejecutivo Federal no había proporcionado suficiente información acerca de la gira que realizaría por dichos países. *El 11 de abril del 2002, el Ejecutivo pretendía realizar su viaje número 17, sin embargo, la resolución del Senado de la República, negando la autorización al Presidente Fox para*

dudamos en señalar que éste es un medio eficaz de control político sumamente volatilizable en momentos de tensión entre estos dos poderes federales.

De igual manera que la Cámara de Diputados, el Senado de la República cuenta con medios de control político exclusivos frente al Ejecutivo Federal. La Constitución mexicana en su artículo 89 fracción X, le otorga al Presidente de la República, la facultad para dirigir la política exterior y celebrar Tratados Internacionales sometiéndolos a la aprobación del Senado<sup>83</sup>. Ahora bien, de acuerdo con el Derecho Internacional, quien representa a la Nación y de igual manera está facultado para realizar actos en nombre de la nación mexicana, dentro del concierto internacional, es el Jefe de Estado, en este caso el Presidente de la República. Sin embargo, tanto la ratificación de los tratados como la verificación de la política exterior, estará a cargo de la Cámara de Senadores, pues según lo dispuesto por el artículo 76 fracción I de la Constitución, el Senado está facultado para *analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario de Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión*<sup>84</sup>.

Por último, el Senado cuenta con el mecanismo de control político de ratificación en los nombramientos de algunos servidores públicos. La Constitución señala dos vías para acceder a los empleos de la Federación: por designación libre del titular del Ejecutivo o a través de ratificación del nombramiento, por parte del Senado<sup>85</sup>. A nosotros nos interesa la vía referente a los nombramientos que haga el Ejecutivo con la aprobación o *ratificación* que realice el Senado.

---

*realizar un recorrido por las ciudades canadienses de Calgary y Vancouver, en Canadá, y por Seattle y San Francisco, en Estados Unidos, fue irreversible.* Periódico *La Jornada*, 18 de abril del 2002.

<sup>83</sup> El artículo 76 de la Constitución Política de México señala que el Senado analizará la política exterior del país, de acuerdo a los informes anuales presentados por el Presidente de la República y el Secretario encargado del ramo. Ahora bien, respecto al citado precepto constitucional, Madrazo opina que *anterior se ha querido ver como una función de control del Senado hacia el ejecutivo, esto no es así, pues para ello sería necesario que se establecieran las consecuencias del análisis realizado por el Senado.* Jorge Madrazo, *op. cit.*, nota 45, p. 51. No estamos de acuerdo con ésta última opinión, pues si bien es cierto que no están establecidas las consecuencias en caso de un análisis desfavorable al Ejecutivo por parte del Senado, también es cierto que el control lo puede llegar a ejercer de igual manera. Es decir, en lo referente al concepto de Control Político, la operatividad o la aplicación de sanciones en un supuesto dado, no significa que dicho mecanismo no sea considerado un control, pues no todo control conlleva a una sanción. Entonces, del sólo reconocimiento que le da la Constitución para analizar la política exterior, el Senado puede citar a comparecer al Secretario del ramo, y así emitir una crítica parlamentaria, o bien, si se llegase a un caso de extrema gravedad en este ámbito por parte del Presidente de la República, no es necesario buscar más medidas de sanción que las señaladas para el caso de *Juicio Político*.

<sup>84</sup> La ratificación que realice el Senado acerca de un tratado, reviste de una gran importancia, pues tal y como lo señala el artículo 133 de la CPM señala: *la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.* Es por ello, que no es cuestión de menor importancia la responsabilidad que le corresponde al Senado en esta actividad, empero, de ella se puede valer muy bien el órgano Legislativo por medio del Senado, para realizar una actividad de limitación en la actividad gubernamental

<sup>85</sup> El Presidente de la Republica de acuerdo con el artículo 89 fracción II de la CPM establece: que el Jefe del Ejecutivo tiene la facultad de *nombrar y remover libremente a los Secretarios de despacho, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado*

El artículo 89, en su fracción III, estipula que el Ejecutivo tiene la facultad de *nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado*. Así también, el artículo 102 constitucional señala que el *Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado*. Y correlativo a este precepto, está de igual forma el artículo 76 fracción II, mencionando que es facultad exclusiva del Senado *ratificar los nombramientos que el mismo funcionario haga* –el Presidente de la República- *del Procurador General de la República, Ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda, coroneles y demás jefes superiores del Ejercito, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, en los términos que la ley disponga*. De todo esto se desprende, que el Senado tiene injerencia en el nombramiento de los más altos cargos dentro de la estructura burocrática federal, con excepción de los secretarios de despacho y los demás empleados mencionados en el artículo 89 fracción II constitucional. Así la Cámara alta detenta una facultad sumamente importante de control político, pues no permitirá que el Jefe del Ejecutivo designe libremente a los funcionarios que habrán de ser los titulares de las carteras más importantes de la Federación<sup>86</sup>.

**V.4. El Veto Presidencial.**- Habíamos previamente hecho la advertencia, que de manera excepcional abordaríamos el estudio del *veto presidencial*, como instrumento de control político ejercido por el Ejecutivo Federal. Para Luis Carlos UGALDE, *el veto presidencial es un instrumento de “defensa” y moderación de los poderes ejecutivos frente a decisiones de las asambleas legislativas*, y concluye diciendo que, *cuando una democracia es plural, el veto juega un papel central para que opere el sistema de equilibrios entre poderes, porque otorga al presidente un arma de contrapeso frente al Congreso*<sup>87</sup>. El instrumento de control político más efectivo con que cuenta el Ejecutivo Federal en México es el *veto*, al cual se reconoce en la Constitución en su artículo 72 inciso B, señalando que *el proyecto de ley o*

---

*de otro modo en la Constitución o en las leyes*. El proyecto de Constitución enviado por Carranza contemplaba que, los funcionarios que dependieran del Ejecutivo Federal no pudieran ser enjuiciados políticamente por el Congreso General, pues advertía que de ocurrir esto, lo que se ocasionaría sería que se seguirían dando dictaduras dentro del órgano Legislativo, o *el servilismo de los diputados que estaba más allá de las “fallas” constitucionales*. José María Calderón, *op. cit.*, nota 31, p. 96.

<sup>86</sup> De acuerdo con Madrazo, la facultad de ratificación con que cuenta el Senado podría pasar de ser un control político a una facultad exclusiva de esta Cámara. Pues de acuerdo con del artículo 89 constitucional en su fracción II, en su última parte señala, que el Ejecutivo podrá *nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes*. Pues esto se podría interpretar de manera que, el Congreso de la Unión, en uso de las facultades legislativas que le otorga la Constitución, podría llegar a legislar en relación a la forma en que se deba de elegir al titular de un determinado cargo, o por que no, ampliar los requisitos para acceder a los cargos que puede nombrar libremente el Ejecutivo, y así restarle las facultades de nombramiento al Presidente. Jorge Madrazo, *op. cit.*, nota 45, p. 50.

<sup>87</sup> Luis Carlos Ugalde, “Relaciones ejecutivo-legislativo en México: el caso del veto presidencial”, en *Relaciones entre el Gobierno y el Congreso*, Cecilia Mora-Donatto, (Coordinadora), UNAM, México, 2002, p. 645. En el mismo sentido, Valadés considera que el *veto* es un instrumento sumamente eficaz de control, y advierte que como consecuencia de la desaparición de la figura del *veto presidencial* en la Constitución de 1857, orilló al Gobierno a buscar medios extraconstitucionales a fin de lograr una sujeción de los legisladores, occasionándose con ello una distorsión mayor que si se hubiera consentido. Diego Valadés, *El Control del Poder*, UNAM, México, 2000, pp. 374 y 375.

*decreto desecharlo en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.* Entonces, entendemos por *veto*, una limitación que realiza el Ejecutivo Federal respecto de la actividad legislativa del Congreso de la Unión, pues en caso de que el Ejecutivo haga algunas observaciones a una determinada ley e imponga un *veto*, es necesario que tanto en la Cámara de origen como en la revisora, se apruebe el proyecto de ley por una mayoría de dos terceras partes en cada una de las cámaras, y así lograr superar el *veto presidencial*, situación ésta sumamente difícil para el órgano legislativo. Sin embargo, observamos y confirmamos que el *veto no es absoluto sino suspensivo*<sup>88</sup>.

La capacidad de vetar que tiene el Ejecutivo de la Unión reviste dos importantes funciones. Primeramente es una facultad que le otorga la Constitución al Presidente de la República, para hacerlo copartícipe en la creación de una ley, pues le da la oportunidad al Ejecutivo de que interponga este recurso ante un posible error por parte del Legislativo, pues del análisis que haga el primero decidirá si apoya al segundo o no; y la segunda función es la que le confiere la Constitución al Ejecutivo para protegerse de los ataques que pueda sufrir por parte del Legislativo, pues imaginemos que este último intenta legislar para disminuir las funciones del Ejecutivo; entonces, y siendo así las cosas, la mayoría calificada que exige la Ley Fundamental para superar el *veto*, pone en una situación muy comprometedora al Legislativo<sup>89</sup>. Por ello Wilson afirmaba que el Presidente de los Estados Unidos pasaba a configurar una tercera rama del Legislativo, gracias a su poder de *veto*<sup>90</sup>.

Es pues imprescindible que hagamos alusión a las acertadas palabras del Profesor Tena a propósito del *veto presidencial*; *el veto ha perdido entre nosotros todo interés práctico, desde que la actividad del legislador ha quedado subordinada a la voluntad del Ejecutivo. Si las leyes son iniciadas en su totalidad por el Presidente y*

<sup>88</sup> Ignacio, Burgoa, *op. cit.*, nota 1, p. 848. La parálisis temporal creada por el Ejecutivo, puede ser superada por una votación calificada dentro del Congreso de la Unión. Ahora bien, la Constitución no le otorga el poder de vetar cualquier acto del legislativo, pero de acuerdo con la doctrina, el inciso J del citado artículo 72 sólo proporciona confusión, pues dice que *el Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales*. Aquí la confusión estriba en que, de la lectura de este inciso se entiende que el Ejecutivo puede vetar todos aquellos actos que no estén enumerados en el inciso J. Empero, como atinadamente señala Carpizo, los actos que puede vetar el Ejecutivo de la Unión son aquellos a que hace referencia la materia del propio artículo 72, es decir, a las leyes o decretos, *cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras*. Luego entonces, el inciso J lo único que hace es crear una confusión en cuanto a las facultades para vetar por parte del Ejecutivo. Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 35, p. 87.

<sup>89</sup> Jorge Carpizo, *op. cit.*, nota 22, p. 346.

<sup>90</sup> Woodrow, Wilson, *El Gobierno Congresional, régimen político de los Estados Unidos*, UNAM, México, 2002, p. 148. Debemos de mencionar que en México el *veto* se configura de manera tanto *total* como *parcial*, a diferencia del modelo Norteamericano donde sólo se aplica el *veto total*, pues Corwin nos recuerda que en los Estados Unidos, desde 1879 se han propuesto varias docenas de enmiendas destinadas a otorgar al Presidente el *veto* algunas veces llamado “*selectivo*”, el cual permitirá vetar partes de una ley y aprobar el resto. Que el Ejecutivo cuente con las dos modalidades de *veto* lo fortalece, pues no encuentra impedimento para modificar algún proyecto tanto en lo general como en lo particular, siempre atendiendo a sus intereses. Edward Corwin, *op. cit.*, nota 30, p. 314.

*se aprueban por el Congreso sin otras modificaciones que las aceptadas previamente por los órganos del ejecutivo, no se da ocasión de que el Presidente objete la voluntad del Congreso, que es al fin y al cabo la suya propia*<sup>91</sup>. La función de *veto* no ha formado parte de la cultura política en el sistema mexicano, debido a las circunstancias a que hemos aludido. Sin embargo, a causa del sistema de partidos configurado actualmente en el sistema político mexicano, y a la oposición dentro del órgano Legislativo mexicano, el instrumento del *veto presidencial* ha comenzado a tener operatividad dentro de las relaciones entre el Gobierno y el Congreso de la Unión.

## VI. Conclusiones

Podemos concluir resaltando que el estado constitucional mexicano ha avanzado enormemente. Es un hecho evidente que después del año 2000 México entró en una transición que le ha permitido valorar, entre muchas otras cuestiones, los mecanismos de control político que son el presupuesto esencial y básico de un Estado democrático constitucional. En materia de federalismo aún quedan rezagos, como sucede en otras diferentes áreas. Sin embargo, la pluralidad de fuerzas políticas representadas en los titulares de los Ejecutivos locales ha permitido lograr avances significativos en las relaciones entre el Gobierno Federal y las Entidades Federativas. El *presidencialismo* se encuentra agonizando; el poder sin límites que el Ejecutivo Federal ejerció durante prácticamente todo el siglo XX ha desaparecido casi en su totalidad, y aunque quedan todavía resabios del viejo sistema, somos de la opinión que gracias a la pluralidad política con que se conforma hoy en día el Congreso de la Unión, y el ánimo por parte de sus integrantes de realizar su función limitadora y fiscalizadora, se ha podido alcanzar de forma incipiente claro está, un equilibrio de poderes.

La labor del constitucionalista comprometido, y en especial del legislador mexicano que represente al pueblo, consiste en conocer y desarrollar a cabalidad todos y cada uno de los controles políticos que se enmarcan en la Constitución Política de México. La panacea a los problemas que se dan dentro de nuestro sistema político no se encuentra en la socorrida reforma constitucional tal y como lo señala Huerta Ochoa<sup>92</sup>. Los mecanismos de control político existen y tienen un potencial operativo. La cuestión de fondo es conocerlos, aplicarlos de una manera responsable y políticamente oportuna, pues, de nada sirve el uso desmedido e irresponsable de la aplicación de los mismos, cuando lo único que se busca es el revanchismo o la ganancia política. Consideramos que es cuestión de conocimiento y de *sentimiento constitucional*<sup>93</sup>, el conseguir que se logre un funcional equilibrio entre los poderes, alcanzando el respeto de las instituciones que señala la Constitución y convertirnos de este modo en un verdadero Estado democrático constitucional.

<sup>91</sup> Felipe Tena, *op. cit.*, nota 19, p. 260.

<sup>92</sup> Carla Huerta Ochoa, *op. cit.*, nota 53, pp. 11-13.

<sup>93</sup> El *sentimiento constitucional* es un factor de integración Política, de respeto por el orden jurídico. Para Lucas Verdú el *sentimiento constitucional* consiste en la adhesión interna a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, Madrid, 1985, p. 71.

# El sistema electoral en México

Alejandro de la Fuente Alonso.\*

**RESUMEN:** El sistema binominal continúa siendo cuestionado, razón por la cual parece conveniente su reforma, pese a que sus efectos han sido empíricamente bastante beneficiosos. El mismo balance se desprende, a nivel teórico,

comparando los efectos del sistema electoral vigente en México con criterios de evaluación que se expresan homogénea y universalmente en procesos de reforma electoral

**Palabras clave:** sistemas electorales, sistema binomial, reforma electoral.

**ABSTRACT:** The binominal system has continuously been questioned. This is the reason for thinking about an electoral reform, although some of its effects empirically have benefited the democratic development of the country. The same result is obtained, if \_at a theoretical level- the effects of the binominal system are considered comparatively, applying criteria of evaluation which stem from world wide processes of electoral reform.

**Key words:** electoral system importance, binomial system effects, processes of electoral reform.

**SUMARIO:** 1.- Los sistemas electorales. 1.1. Definición de Sistemas Electorales. 1.2. Funciones de los Sistemas Electorales. 2.- Tipos de sistemas electorales. 2.1. Sistema de Mayoría. (relativa y absoluta) 2.1.1 Característica del Sistema de Mayoría. 2.2. Sistemas Semi-Proporcionales. 2.3. Representación Proporcional. 2.3.1. Características del Sistema de Representación Proporcional. 2.4. Sistemas Mixtos. 3.-Efectos de los sistemas electorales. 4.- Necesidad de reforma electoral. 5.- Conclusión. Bibliografía.

## 1. Los sistemas electorales

### 1.1. Una definición de sistemas electorales

Al hablar de Sistemas Electorales, podríamos definirlo como un conjunto de medios por los cuales la voluntad de los que vivimos en una sociedad se transforma en órganos de gobierno o de representación política, es decir, los llamados Sistemas Electorales recibe votos y genera órganos de gobierno, en este mismo sentido, es una estructura en donde, por medio de ella, nosotros como ciudadanos elegimos a nuestros representantes.

Algunos autores definen a los Sistemas Electorales como el conjunto de dispositivos y normas que regulan las elecciones de un país; cuyo propósito es definir las reglas mediante las cuales los electores pueden expresar su voto a favor de

---

\* Maestro en Economía, Doctor en Derecho por la UNAM, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Investigador del Colegio de Veracruz.

determinados partidos o candidatos, así como elegir los métodos válidos para convertir estos votos en cargos de representación popular parlamentarios o ejecutivos. Básicamente encierran tres componentes: un sistema de distritación, una fórmula electoral y un método de votación.

De acuerdo a *Dieter Nohlen* el término Sistemas Electorales se refiere “al principio de representación que subyace al procedimiento técnico de elección, y al procedimiento mismo por medio del cual los electores expresan su voluntad política en votos que a su vez se convierten en escaños o poder público”<sup>1</sup>.

Los sistemas electorales son producto de la evolución histórica, por lo que sus efectos políticos han dependido siempre de la estructura social, de las instituciones existentes y del comportamiento político de los electores, en consecuencia, de las condiciones prevalecientes en cada país.

A través del tiempo, la sociedad ha ido conociendo el sufragio, visto como la forma democrática de decidir a sus gobernantes en la actualidad, es de esa manera como la democracia adquiere el nombre de: democracia representativa; se dice que es el mas apto de los sistemas de gobierno que ha inventado el Hombre. Podemos mencionar elementos y actores que han tenido mucho que ver en el ámbito Electoral como lo son los electores, los candidatos, los partidos, los medios de comunicación, las mismas autoridades que organizan el proceso, así como también los procedimientos para llevar acabo las elecciones, la realización de las campañas de difusión, la selección de los lugares en donde se llevará acabo el sufragio y finalmente, la resolución de los posibles problemas que pueda traer consigo la jornada electoral.

Así, para los maestros *Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona* por Sistema Electoral debe entenderse “el conjunto de normas, instituciones y prácticas que configuran los procesos electorales en una sociedad dada”<sup>2</sup>

Con todo lo anteriormente señalado los Sistemas Electorales toma un papel primordial y de especial importancia, ya que debe responder a un sin fin de cuestionamientos de manera clara y sin dejar a un lado el principio de equidad; por dichos motivos los Sistemas Electorales tiene designadas determinadas funciones.

## 1.2. Funciones de los sistemas electorales

Como lo hemos mencionado los Sistemas Electorales se componen por reglas y ciertos procedimientos que sirven para regular los aspectos y etapas de los procesos de votación, solo por citar algunas reglas tenemos por ejemplo: quiénes pueden votar y quiénes pueden ser votados, así como de cuántos votos dispone cada elector, definen las secciones electorales, también nos mencionan quiénes serán los encargados de realizar los comicios y cómo debe emitirse y contarse los votos, quién gana la elección y quiénes y cómo resuelven los conflictos que arroje la jordana electoral; estas son algunas circunstancias que la Ley Electoral debe tener en cuenta al rededor de una elección y son también funciones básicas de los Sistemas Electorales. Existen evidentemente otras normas o leyes que regulan lo concerniente a los Partidos Políticos, el registro de los ciudadanos, el papel de los medios de comunicación, el financiamiento de las campañas, etc.

<sup>1</sup> *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre la reforma electoral*, UNAM, México, 1993, p. 11

<sup>2</sup> *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 616.

## 2. Tipos de sistemas electorales

### 2.1. Sistema de mayoría (relativa y absoluta)

El Sistema de mayoría simple, o también se conoce como el *First past the post system*, es el más viejo de todos los Sistemas en los países de habla inglesa, generalmente es de aplicarse en los distritos de carácter uninominal, esto quiere decir, que tiene su aplicación en las zonas o regiones en que se divide un país para elegir a un solo representante popular por mayoría en cada una de ellas, en donde cada elector tiene derecho a un voto y el candidato que logre mayor votación durante la jornada electoral gana, incluso si no obtiene la mayoría absoluta, es conocido también como sistema de mayoría relativa.

Este sistema se encuentra vigente principalmente en los países anglosajones, como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia.

Autores afirman que el Sistema más antiguo, cuyo propósito es la formación de mayorías aun a costa de posibles desproporciones en la relación votos para con los escaños.

Este sistema cuenta con una variante, en donde por medio de ésta pretende asegurar que el candidato que resulte ganador en las urnas tenga en realidad el apoyo de la mayoría de los electores; todo esto se da gracias a que en el caso de presentarse una gran fragmentación del voto, puede presentarse que un candidato que represente a una pequeña minoría del electorado tenga la mayoría simple de los votos y por lo tanto sea declarado ganador.

La objeción más importante a los Sistemas de Mayoría tiene que ver con la elección para los órganos legislativos. Con éste tipo de sistema, un partido con Mayoría, relativa o absoluta, puede obtener todos los cargos en disputa y de esa manera puede quedar sobre representado y sus adversarios subrepresentados.

Las cualidades que encontramos en los Sistemas de Mayoría, salen a relucir cuando se trata de elegir a órganos personales, como los son los Poderes Ejecutivos; en las elecciones para Presidentes o Gobernadores, el Sistema de Mayoría muestra sus ventajas de sencillez y certeza en la designación del vencedor; en cambio, al Sistema de Mayoría Absoluta se le atribuye la cualidad de dotar al Ejecutivo de un claro mandato mayoritario del electorado, ya que el ganador de la contienda cuenta con el apoyo de más de la mitad de los electores.

#### 2.1.1. Características de los sistemas de mayoría.

Este sistema opera bajo los siguientes supuestos:

A). Una distribución equilibrada de los electores en las circunscripciones (todo elector tiene el mismo "peso" y se limita al máximo la sub representación de algunas circunscripciones en relación con otras).

B). La ausencia de una mayoría favorecida por factores meta-políticos (por ejemplo divisiones étnicas) que voten prescindiendo constantemente de la línea política efectivamente en discusión.

La característica distintiva de los sistemas mayoritarios es que hacen uso de distrito de miembro único.

En este tipo de Sistemas de Mayoría Simple, en distritos uninominales, es elegido quien obtiene mayor número de votos, es decir, quien resulte vencedor de la

jornada electoral, aunque cabe mencionar que no necesariamente obtenga la mayoría absoluta; pero cuando éste Sistema se utiliza es distritos con varios escaños, nos encontramos frente a la figura del Sistema denominado Voto en Bloque y es aquí cuando los votantes tienen tantos votos como escaños a llenar, en donde salen vencedores los candidatos que obtengan mayor votación , sin depender del porcentaje que hayan logrado en la contienda.

Los inconvenientes de un sistema así se presentan porque tienden a favorecer a los partidos grandes dejando en desventaja a los partidos pequeños, ya que producen una brecha entre los porcentajes de votos y los escaños obtenidos por los diversos partidos.

Estos sistemas tienen más aceptación en culturas políticas relativamente estables. En ellas, las fluctuaciones del apoyo electoral de uno a otro partido, reducen la polarización y estimulan políticas centristas.

## 2.2. Sistemas Semi-Proporcionales

De estos mencionados Sistemas existen dos que son los que comúnmente se utilizan: El Voto Único No Transferible (VUNT), o los Sistemas Segmentados o Mixtos.

En los primeros, cada votante tiene la oportunidad de sufragar solo en una ocasión pero hay varios escaños a ocupar dentro del distrito y son elegidos los candidatos con mayor número de votos.

En los Sistemas Segmentados se utilizan listas de Representación Proporcional y distritos por mayoría simple, pero a diferencia de los Sistemas Mixtos de Representación Proporcional la lista de Representación Proporcional no compensan la desproporcionalidad que arroje como consecuencia en los distritos mayoritarios.

## 2.3. Representación proporcional

El término Representación proporcional es usado de manera genérica y se aplica a todos los sistemas que buscan igualar el porcentaje de votos que alcanza cada partido con el de representantes en los órganos legislativos y de gobierno; generalmente se plica en demarcaciones o circunscripciones plurinominales, es decir, regiones en que se divide un país para la elección de representantes populares por el Sistema de Representación proporcional, en donde participan los Partidos Políticos mediante listas de candidatos que los electores votan en bloque.

Este sistema se guía por el principio de equilibrio o proporcionalidad, esta idea sostiene que en el ejercicio del poder público deben participar tanto las mayorías como lo establece el sistema mayoritario como las minorías políticas.

Este sistema ha sido el contrincante tradicional al Sistema de Mayoría, el Sistema de Representación proporcional intenta resolver el problema de la sobre y subrepresentación, asignando a cada partido tantos representantes como correspondan a la proporción de su fuerza electoral.

Los críticos de este Sistema argumentan que si bien los órganos de representación electos por ese medio pueden ser un fiel reflejo del estado de las opiniones y los intereses de la ciudadanía en un momento determinado.

Según Nohlen pueden existir varios tipos de sistemas de representación proporcional:

- a). *Representación proporcional pura*, en donde coinciden la proporción de votos conseguidos por un partido y la proporción de escaños que se les asignan. Los electores no están presionados para calcular su voto.
- b). *Representación proporcional impura*, su principal característica es que existen barreras indirectas, como una gran cantidad de distritos pequeños y medianos, que impiden que se iguales las proporciones votos/escaños.
- c). *Representación proporcional con barrera legal*, en el cual se limita el número de partidos mediante una barrera que impide de antemano a los pequeños acceder a una representación parlamentaria, con lo cual se reducen las opciones del voto a los electores. La proporcionalidad se distorsiona porque se distribuyen los escaños sólo a los partidos que logran saltar esa barrera.

Existen para éste Sistema varias fórmulas matemáticas para aproximarse a la proporcionalidad en la operación de convertir votos en escaños. La más conocida de ellas es la del "cociente electoral" en donde el dividendo es el total de votos válidos de un partido y el divisor el número de escaños por repartirse; conforme al cociente electoral, o sea la cifra repartidora, se adjudica a cada lista de partido un escaño por cada vez que el cociente esté contenido en el número de sus votos. Sin embargo, existen muchas maneras de hacer esta estimación (*D'Hondt, Hare, Niemayer, etc.*)

Un aspecto que dio origen a este sistema fue la creación del cociente electoral mismo que se considera como un hallazgo en la ciencia política de inigualable valor, dicho cociente se extrae dividiendo el número de votos por el de los representantes a elegir; para después en la lista de cada partido, adjudicar tantos representantes como el cociente que este contenido en la cantidad de sufragios que logró.

### **2.3.1. Características de los sistemas de representación proporcional.**

Se funda en la búsqueda consciente de reducir la disparidad entre la proporción del voto popular que obtiene un partido y la proporción de sus escaños en el parlamento.

Generalmente se considera que dicha proporcionalidad se logra de mejor forma haciendo uso de listas de partidos, en donde las agrupaciones políticas presentan a los votantes las listas de los candidatos a nivel nacional o regional; pero también se puede obtener la proporcionalidad si el componente proporcional de un Sistema de Mayoría de Representación Proporcional puede llegar a compensar la desproporcionalidad que puede existir en los resultados en los distritos mayoritarios.

También el voto Preferencial puede cumplir la misma función, el llamado voto Transferible por medio del cual los electores ordenan a los candidatos según sus preferencias en distritos plurinominales, éste es otro Sistema proporcional que se utiliza ampliamente.

El argumento primordial a favor de los Sistemas de Representación Proporcional consiste en la garantía que ofrecen a la minoría contra los abusos de la mayoría.

En cambio, sus desventajas son que implican problemas de técnica electoral muy complicados, tanto para convertir los votos en escaños, como para que el mismo votante tome su decisión electoral; así como también, no producen, por sí solos, ni mayorías estables de gobierno ni impulsos hacia una integración política que esté acompañada por una mayor cohesión social. También promueven la fragmentación de

los partidos, y los representantes electos por este sistema no se sienten responsables ante los electores que los eligieron. Además, estimulan la partidocracia. Lo anterior conlleva a que a mayor fragmentación social es más probable el surgimiento de un sistema de representación proporcional y de un sistema de partidos multipartidista. Por eso, estos sistemas son más aceptados en sociedades en donde existen divisiones o clivajes étnicos, lingüísticos, o religiosos, o en aquellas que experimentan una lucha de clases persistente y grandes conflictos ideológicos. Sin embargo, este sistema está más relacionado con la democracia de masas y la extensión del sufragio universal.

#### 2.4. Sistemas Mixtos

Hay también sistemas mixtos que tratan de aprovechar las ventajas y aminorar las desventajas de los dos anteriores, como es el caso de México. Se trata de combinar las bondades de cada uno de ellos. Algunos sistemas mixtos se derivan del sistema mayoritario, mantienen firmes los rasgos principales, pero tienden a permitir en cierta medida una representación de la minoría. Otros, a partir de la representación proporcional tratan de favorecer a los partidos mayoritarios a fin de reforzar la estabilidad de la mayoría en el gobierno.

Una variante de los Sistemas Mixtos es el llamado sistema adicional y son sistemas que mezclan elementos de los propios mecanismos de mayoría y representación proporcional.

En el fondo, quizás la dimensión fundamental que distingue a un Sistema Electoral de otro es la oportunidad que concede a la oposición dentro de su estructura. Los sistemas democráticos permiten a la oposición deponer y sustituir a quienes ocupan el gobierno; los autoritarios no permiten su derrota y son esencialmente instrumentos de movilización de las masas y de legitimación de su régimen.

Por lo general los Sistemas Mixtos se basan en una estructura de mayoría simple en distritos uninominales, complementándose por diputaciones adicionales distribuidas por el Sistema de Representación proporcional.

Este sistema electoral mixto está consagrado en los artículos 52 y 56 constitucionales, en el primero se establece que la elección de diputados se llevará a cabo a través del principio de mayoría relativa (300 diputados, distritos uninominales) y de representación proporcional (200 diputados, circunscripciones plurinominales). En el artículo 56 se establece la elección de diputados; dos por el principio de mayoría relativa en cada estado y el Distrito Federal y uno por la primera minoría en cada estado, y finalmente uno por representación proporcional en circunscripción plurinominal.

El Sistema Mixto mexicano, vigente entre los años de 1978 y 1986, que estaba regido bajo la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, es un ejemplo de lista adicional, según el ordenamiento, la República mexicana estaba dividida en 300 distritos uninominales, en consecuencia se elegía a 300 diputados de mayoría relativa, además se elegían a 100 diputados de Representación proporcional de circunscripciones plurinominales, éstos de Representación proporcional estaban reservados para los partidos minoritarios que hubieran alcanzado más del 1.5% del total de la votación nacional.

### 3. Efectos de los sistemas electorales

Son importantes en la vida democrática de un país, ya que por medio de estos se coloca al elector frente a la posibilidad de elegir sobre diversas opciones de candidatos y partidos políticos.

Podemos que tienen un efecto principal de los Sistemas Electorales es que traducen el resultado electoral en puestos legislativos o ejecutivos.

Existen dos tipos de efectos principalmente; el directo y el indirecto; el *directo* reside en la conversión de preferencias políticas en poder político, en escaños. Para hacerlo se basan en el voto, el votante es afectado por el sistema electoral e impulsado a estructurar su voto según las condiciones que mejor le favorezcan.

El *efecto indirecto*, radica en que los Sistemas Electorales influyen en la cantidad y en el formato de los sistemas de partido, existen teorías que sostienen que entre más partidos existan se presenta una mejor representación de las presencias de la ciudadanía, sin embargo esto también ocasiona una mayor dispersión de los votos y evita obtener una verdadera mayoría.

### 4.- Necesidad de reforma electoral.

Es casi imposible encontrar un sistema político, en el que la opinión pública no dude de la conveniencia del sistema electoral vigente. El sistema electoral se encuentra de alguna manera en debate continuo en todos los países. Por cierto hay épocas altas y bajas, el debate se inflama ycede alternativamente el interés por el sistema electoral y su reforma. Nunca se termina en definitiva. Existe incluso una necesidad de retomar el tema de vez en cuando, dado que en ocasiones la opinión pública pierde la memoria en cuanto a las características y a las conveniencias del sistema vigente. Sin embargo, hay que diferenciar entre situaciones digamos normales, en las que, animado por la academia y a través del examen comparativo con sus alternativas, el sistema electoral vigente se reafirma conscientemente, y otras en las que el sistema electoral sigue siendo un tema de discrepancia y conflicto continuos.

En México el aspecto electoral ha sido motivo de fuertes brotes de ingobernabilidad, la discusión y consenso entre los partidos esta suspendido y parece bastante lejano el momento en que se rompa con la inercia de los intereses partidistas y las descalificaciones a priori en búsqueda de una solución legislativa acorde a las necesidades de la evolución social que se ha dado a nivel interno.

Las grandes crisis del sistema electoral nacional se deben analizar a la luz de los hechos y sustentarlo en el mundo de las ideas, es decir debemos estar abiertos a las posibilidades teóricas de solución que tenemos al alcance y otorgar la participación a las instituciones de educación superior y organismos especializados para que aporten alternativas que mejoren la condición del sistema imperante.

### 5. Conclusión

Con todo lo citado anteriormente sólo me queda por señalar la gran importancia de los Sistemas Electorales que radica en que establecen el marco que abre o cierra posibilidades de actuación a electores, partidos y candidatos, así como en que definen proporciones entre votos y cargos de representación, lo cual necesariamente incide en los resultados de una elección, dado que esas posibilidades pueden ser mejor

aprovechadas por alguno de los competidores en la justa electoral y que esa manera de determinar proporciones inclinará el triunfo a favor de alguno de ellos.

Así, los Sistemas Electorales tienen efectos directos en la votación pues pueden motivar al elector a que calcule su voto (voto estratégico), y predeterminar el grado de proporcionalidad en que los votos se convierten en escaños. También tienen efectos indirectos dado que influyen en el número y características de cada uno de los partidos.

Para el autor Nohlen los Sistemas Electorales influyen en la polarización del electorado y de los partidos; en la estructura interna de los partidos y en su relación con el electorado; en cómo se representan los intereses de los diferentes segmentos de la sociedad; en el tipo de competencia política que se establece; en el comportamiento político del electorado; en las características de las campañas; y en la legitimidad del sistema político y en su capacidad para generar bienestar para la población.

En la mayoría de las democracias los sistemas electorales se han vuelto extremadamente costosos y alientan distintos grados de deshonestidad y corrupción. Por eso, es importante realizar un esfuerzo constante de vigilancia, evaluación y perfeccionamiento, a través de una propuesta condensada y seria de reforma electoral integral en los diferentes niveles de gobierno.

## **Bibliografía**

BERLIN VALENZUELA, Francisco, *Derecho electoral*, Porrúa S.A. México, 1980.

BOBBIO, Norberto, *El filósofo y la política*, traducción de José Fernández Santillán., Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, S.A., México, 1999.

MARTINEZ NATERAS, Arturo, *El sistema electoral mexicano*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1979.

NOHLEN, Dieter, *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre la reforma electoral*, UNAM, México, 1993.

PATIÑO CAMARENA, Javier, *Derecho electoral mexicano*, 2· ed., Editorial constitucionalista, México, 1996.

SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, 2002.

VALDES, Leonardo, *Sistemas Electorales y de Partidos*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática No. 7, IFE.

### **Páginas electrónicas consultadas:**

[www.eluniversalonline.com.mx](http://www.eluniversalonline.com.mx)

[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

[www.trife.gob.mx](http://www.trife.gob.mx)

## **ARTÍCULOS**

*Artículos*

# **Elecciones por usos y costumbres en México**

**Petra Armenta Ramírez\***

**Resumen:** El artículo se aboca a describir, sintetizar y analizar al sistema electoral por usos y costumbres en el contexto mexicano, tratando de presentar una imagen general sobre sus principales características y los principios en que se sustenta. Se deja asentado en estas líneas que uno de los desafíos que se tienen que atender con los municipios indígenas en su interior; es hacer compatible el derecho y la costumbre, de tal suerte que la tradición política indígena no pierda su identidad frente al derecho positivo. Evitar que el gobierno, los partidos y los caciques regionales continúen con la manipulación y el control en muchos municipios de usos y costumbres.

**Palabras claves:** Elecciones, derecho, usos y costumbres.

**Abstract:** *The article aims to describe, synthesize and analyze the electoral system by uses and customs in the Mexican context, trying to present a general image on its main characteristics and the principles in which it is supported. It is left written down in these lines that one of the challenges that have to be attended with the native municipalities in their interior, is to make law and custom compatible, so that the native political tradition doesn't lose its identity against positive law. To avoid that the government, the parties and the regional overlords continue with the manipulation and control in many municipalities of uses and customs.*

**Key words:** elections, law, uses and customs.

**Sumario:** Introducción 1. El sistema electoral indígena 2. Elecciones por usos y costumbres. Epílogo. Bibliografía.

## **Introducción**

El reconocimiento de las instituciones electorales indígenas ha sido parte de una amplia política de reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas. La legalización de los usos y costumbres electorales implica el reconocer que las diferencias culturales son importantes en el ámbito de lo público y por lo tanto que el constitucionalismo moderno, implica el reconocer la validez de prácticas institucionales que en algunos aspectos importantes son diferentes de las tradicionalmente reconocidas por la Constitución Mexicana.

La vigencia de formas propias de organización comunitaria en municipios indígenas, nos habla de la preservación de la identidad y el reforzamiento de la solidaridad interna. En marco

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad Veracruzana. Profesora-investigadora en la misma casa de estudios. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

más amplio podemos decir que el movimiento indio de las últimas décadas ha luchado por el reconocimiento de sus derechos como pueblos indios, a una identidad cultural, a un territorio, a regirse por sus propias instituciones, a la autodeterminación. En esta lucha, una pieza clave es el reconocimiento de los derechos de los pueblos indios ha sido el Convenio 169 de la OIT. La relación de los pueblos indios con el Estado Mexicano no ha sido nada fácil, de hecho, las actuales formas de organización en las comunidades indígenas tienen ya una larga historia. En este sentido influyen los avances legislativos a nivel internacional para el que Estado Mexicano busque adecuarse a los nuevos tiempos.

El sistema electoral de usos y costumbres se ha transformado de una manera continua en el tiempo, pero dispareja en el espacio. Esta evolución diferenciada ha sido determinada por una serie de historias sociales, económicas, políticas y étnicas fundamentalmente locales, por lo que en la actualidad encontramos una serie de variaciones de municipio a municipio, de comunidad a comunidad. No es posible entonces ofrecer una descripción unívoca y definitiva del sistema electoral de usos y costumbres. Sin embargo, es por supuesto posible presentar una imagen general sobre sus principales características y los principios en que se sustenta.

## **1. El sistema electoral indígena**

México es un país en el cual se reconoce que la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo, mismo que en todo tiempo, tiene el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno, si bien a través del procedimiento de reforma Constitucional previsto expresamente (artículos 39 y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Dicha Nación, como forma de Estado, se ha constituido como una república representativa, democrática y federal (artículo 39 y 40 de la Constitución Federal).

El Estado Federal Mexicano está integrado por 31 estados que son autónomos en lo concerniente a su régimen interior, y un Distrito Federal que se denomina Ciudad de México y es la sede de los poderes federales y capital de los Estados Unidos Mexicanos( artículo 40 y 44 de la Constitución Federal).

Esta característica del régimen democrático y representativo del Estado Federal mexicano llega a sus consecuencias más próximas a los ciudadanos, ya que en los estados existe una organización municipal, la cual es su base de la división territorial y organización política y administrativa, y para el caso del Distrito Federal, se prevé el establecimiento de órganos político-administrativos(delegaciones), atendiendo a la demarcación territorial en que se divide dicha entidad federativa (artículos 115 y 122, apartado C, Base Tercera, Fracción II, de la Constitución Federal).

Como puede apreciarse, en el sistema jurídico mexicano<sup>1</sup>, existe una gran diversidad de disposiciones jurídicas, porque el sistema de distribución de competencias o de descentralización normativa permite que cada órgano del poder público de los distintos ámbitos competenciales validamente pueda legislar, sobre una misma materia que esté reservada a los Estados, pero con la sabida obligación constitucional de respetar la supremacía constitucional y los demás principios que se prevén por los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución

---

<sup>1</sup> Elisur Arteaga Nava, *Derecho constitucional*, Harla, México, 1998, pp. 16-26.

Federal y que pasen por el tamiz procedural respectivo (art.76, fracción I;89, fracción X, y 133 de la Constitución Federal.

De esta manera por ejemplo, en México existe una Constitución Federal y, en un plano inferior, treinta y un constituciones locales, así como un Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, lo cual, por razones obvias, puede propiciar que, en las leyes locales, se establezcan disposiciones jurídicas que amplíen o limiten los derechos básicos o fundamentales, o bien, las llamadas garantías individuales que se prevén en el sistema jurídico mexicano, lo cual, de suyo, puede implicar que a la larga se articule un sistema de tutela jurídica que sea desigual para las personas.

Esta característica del Estado Federal Mexicano, ha propiciado, que en materia de derechos indígenas, existan desarrollos normativos y regulaciones legales diferenciadas, lo cual va en detrimento de la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas, como lo serían la participación política, ya que, en el todavía vigente artículo 4 constitucional, en la materia sólo se contienen ciertos principios muy genéricos e infinidad de conceptos indeterminados y a pesar de que, en el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, el cual es derecho positivo en México, existen principios más amplios de los que actualmente se contienen en la misma Constitución Federal.

Lo cierto, es que los órganos normativos de los Estados no han atendido puntualmente a dichos principios cuando determinan o desarrollan las normas básicas en materia de derechos de la tercera generación que corresponderían a las comunidades indígenas. Esto ha implicado una situación de desigualdad para los pueblos o comunidades indígenas, según se sitúen en una u otra zona geográfica, sin que se considere para determinar su estatuto jurídico el hecho de que pertenezcan a un mismo grupo étnico, lingüístico o cultural, pues la división política de las entidades federativas del Estado Mexicano no coincide con la distribución de las comunidades indígenas.

De acuerdo con los planteamientos que se formularon, el sistema jurídico mexicano, se puede establecer que los documentos y normas jurídicas fundamentales relativas a los usos y costumbres indígenas en materia participativa<sup>2</sup>, está: a) Constitución Federal (artículos 1 y 2, apartado A); b) Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989; c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1, 2, 3, 25 y 27); d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1, 2, 4 y 5), y e) Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1, 2, 8, parágrafo 1, 23, 25,29, y 30).

Sabemos que las estructuras organizacionales sociales y políticas en comunidades indígenas —como las conocemos hoy en día— fueron moldeadas originalmente durante el período colonial. Desde hace varios siglos, los pueblos y comunidades indígenas<sup>3</sup> asentadas en el

<sup>2</sup> Juan Carlos Silva Adaya, *Justicia electoral en usos y costumbres. Reflexiones sobre legislación electoral en municipios indígenas*, IFE, México, 2004, p.49.

<sup>3</sup> Manuel González Oropeza, et al., *El derecho y la justicia en las elecciones en Oaxaca*, Tomo II, Tribunal Estatal del Estado de Oaxaca, México, 2003, p.463 y ss; Cipriano Flores Cruz, *El sistema electoral por usos y costumbres*:

territorio de la actual República mexicana se gobiernan internamente por sus propias tradiciones y formas de autoridad. La conquista española y el régimen colonial respetaron, en principio, estas formas de gobierno, en tanto que no fueran contrarias a los intereses de la corona española ni a los mandamientos de la iglesia católica. Aunque las constituciones republicanas del siglo XIX, y la vigente hasta 1992, no reconocían ni autorizaban expresamente tales formas de gobierno, éstas se mantenían vigentes, gozando de reconocimiento y tolerancia tácitos. El régimen de partido hegemónico que subsistió hace pocos años facilitó el ajuste de estas tradiciones con las formalidades de las leyes, al tiempo que se salvaguardaban recíprocamente los intereses del partido y de los grupos gobernantes en las comunidades indígenas.

Este sistema electoral —distinto al sistema prescrito por la Constitución Federal— contiene mecanismos de votación específicos y se basa en una serie de principios que emanan de la naturaleza propia del sistema de cargos. En este sentido, los usos y costumbres electorales y el sistema de cargos son dos estructuras institucionales de tal manera relacionadas entre sí que conforman un solo andamiaje institucional, base de un modelo indígena de autoridad pública.

Los usos y costumbres no subsistirían sin la convicción de los ciudadanos de pueblos y comunidades indígenas de que debe cumplirse con las tradiciones. La costumbre es el uso implantado en la colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*<sup>4</sup>. El derecho consuetudinario tiene dos características: la práctica reiterada a través del tiempo y la opinión de que es obligatorio.

Por otra parte, uso, del latín *usus*, es la acción de usar, es el ejercicio o práctica general de una cosa, el ejercicio habitual de obrar. Costumbre deriva del latín *consuetidine*<sup>5</sup>, práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de precepto, plural, conjunto de inclinaciones y usos de un pueblo o individuo. De los conceptos anteriores podemos advertir que tanto la palabra uso, como la voz costumbre se refieren a prácticas reiteradas dentro de un cuerpo jurídico y político, que podemos advertir en la vida cotidiana de los pueblos indios, y que son en suma parte de la cultura, de la identidad propia de las comunidades; esto conlleva la determinación de la elección de sus autoridades bajo diversas formas en asambleas, es decir, el uso o costumbre electoral forman parte del llamado sistema normativo interno, este último es un término más preciso para definir las normas propias de cada etnia.

Es importante precisar que la democracia electoral por usos y costumbres en los pueblos y comunidades indígenas deben ser entendidos a partir del principio de justicia y equidad, que consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, sin que esto implique que por su diversidad sean considerados ciudadanos de segunda.

Con base a lo descrito, tenemos que el sistema electoral de usos y costumbres se rige por principios colectivos y servicio público para el acceso a los cargos de representación, y por los

---

*El caso de los municipios indígenas de México*, Instituto Electoral de Colima, México, 2001, p.42; Guillermo Trejo y José Antonio Aguilar Rivera, “Como votan los indígenas”, en *Nexos*, México, abril de 2000, pp.59-69.

<sup>4</sup> Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*, Trigésima Tercera Edición, Porrúa, México, 1982, p. 61.

<sup>5</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 1992, p.2052.

mecanismos también colectivos de legitimación<sup>6</sup>. Estos principios y estos mecanismos ponen en juego un sistema de reglas que operan en el nombramiento de los órganos de gobierno y en un marco de libertad para determinar el procedimiento. El procedimiento electoral seguido en el sistema de usos y costumbres para renovar órganos de gobierno local, aunque es variable de municipio a municipio, sin duda alguna, tiene rasgos comunes y básicos, que dan el sustento para considerarlo como un sistema electoral, se desenvuelven en el marco de una asamblea comunitaria, en cada municipio, se siguen una serie de pasos que, de acuerdo con el registro obtenido, revelan la homogeneidad relativa del procedimiento.

El sistema electoral por usos y costumbres, como cualquier sistema electoral, depende de condiciones específicas de la estructura social y política, y en este caso, de las complejidades históricas propias del desarrollo de los pueblos comunitarios.

El sistema de usos y costumbres es el resultado de procesos históricos que generó condiciones propias para un desarrollo *sui generis*, con base en la amalgama de dos culturas políticas, la europea y la indígena. Es un sistema basado en una democracia directa que evoca, precisamente, la democracia ateniense. También más que una elección es un sistema de designación, que se basa en una carrera pública de servicio, sancionada de manera continua por la comunidad. Es un sistema amplio, que suma la designación de autoridades para la conformación de un gobierno local.

Los medios electorales del sistema de usos y costumbres son carácter eminentemente público y su base fundamental es la cultura local y regional. La justicia electoral, por su parte, se da en el marco de la asamblea comunitaria, y se observa como un fenómeno interesante es mínimo y las divergencias se resuelven mediante mecanismos automáticos de conciliación. El sistema electoral por usos y costumbres en las comunidades indígenas, tienen un pasado, tienen un futuro y es, en resumidas cuenta, una opción democrática.

## **2. Elecciones por usos y costumbres**

Los permanentes reclamos de los pueblos indígenas y la prominencia internacional que adquirió el reconocimiento de sus derechos, han llevado a una importante modificación de las coordenadas en las que se desarrollan los procesos políticos y sociales en las etnias del país<sup>7</sup>. En el mismo año de 1992 se llevó a cabo una reforma constitucional al artículo 4 constitucional que a la letra dice que "la Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas..." Este reconocimiento se traduce en distintas disposiciones legales que garantizan la aceptación de las instituciones tradicionales indígenas, y de sus usos y costumbres. La ley mexicana autoriza que en ciertas condiciones, la elección de cargos municipales se realice sobre la base de los procedimientos de decisión ancestralmente utilizados por las poblaciones indígenas locales, y el derecho indígena conocido como "usos y costumbres", por lo que se reconoció por primera vez la composición pluriétnica y pluricultural de la nación mexicana, a la vez que se formulaban también un primer reconocimiento a las costumbres y usos jurídicos propios de los pueblos y comunidades indígenas.

---

<sup>6</sup> Emilio Arenas Bátiz, *Reflexiones en torno a la integración y prueba del derecho electoral consuetudinario indígena*, México, IFE, 2003, pp. 158 y ss.

<sup>7</sup> Héctor Fix Fierro, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2<sup>a</sup> Ed. UNAM/IIJ, México, 2006, p.64.

El reconocimiento de este derecho y de las instituciones tradicionales indígenas<sup>8</sup>, muchas de las cuales tienen una realidad de hecho indudable, ha avanzado en México en los últimos años, aunque es todavía incipiente. En el nuevo texto institucional de aborda explícitamente el reconocimiento de su libre determinación y autonomía, lo que incluye sus formas propias de gobierno.

De acuerdo con la fracción III del apartado A del artículo 2o., constitucional. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 14 de agosto del 2001).

Para el reconocimiento y regulación de estos derechos en los municipios, la constitución remite a las constituciones y leyes de las entidades federativas, determinado que la reglamentación local tendrá “el propósito de fortalecer la participación y la representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas”.

Como ejemplo de esta regulación de las modalidades por usos y costumbres, podemos mencionar al Estado de Oaxaca, excepcional toda vez que habitan pueblos cuya tradición, historia y composición territorial es símbolo de la identidad en la diferencia y de la unidad en la pluralidad. Además de contar con la mayor riqueza ambiental, étnica y lingüística del país, por la presencia de sus pueblos indígenas, Oaxaca es la entidad federativa con el mayor número de municipios, concentrando el 23% del total nacional.

La necesidad de trazar el futuro jurídico de una pluralidad necesaria, en apego a los avances en materia de derechos políticos de los pueblos indígenas, se ha integrado al derecho electoral los principios nominativos de las prácticas democráticas seguidas por las comunidades para renovar sus órganos de gobiernos locales, por cuyo carácter consuetudinario son conocidas como de usos y costumbres.

En Oaxaca 418 municipios se rigen bajo el sistema de usos y costumbres, y 152 municipios están en el régimen de partidos políticos, reconocidas por la Constitución Política del Estado, la Ley Orgánica Municipal y el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales.

En 1995 se reforma el artículo 25 penúltimo párrafo de la constitución estatal que dice” la ley protegerá las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas, que hasta ahora han utilizado para la elección de sus ayuntamientos”. Con fundamento en esta disposición dos reformas al Código de Instituciones Políticas y Procesos Electorales del Estado (CIPPEO), de

---

<sup>8</sup> Véase con mayor profundidad el desarrollo de los *Derechos políticos de los pueblos indígenas de México*, en Emilio Gidi Villarreal, Porrúa, México, 2005. En donde nos proporciona elementos teóricos de “conceder a estos pueblos y a sus integrantes derechos diferenciados, sin que tal acción represente necesariamente violentar la naturaleza del Estado”. El texto nos brinda un análisis histórico desde el multiculturalismo, entendiéndolo como una vía hacia la aceptación del otro, de su derecho de ser y de sus libertades.

1995 y 1997, establecieron las reglas que rigen las elecciones por usos y costumbres (art. 109 a 125). De acuerdo con dichas disposiciones, los municipios que cumplan determinadas condiciones pueden acogerse al régimen de elecciones por usos y costumbres, por oposición a las elecciones con la participación de los partidos políticos.

El CIPPEO dispone, además, que los ayuntamientos electos bajo normas de derecho consuetudinario no tendrán filiación partidista (art. 118), y confiere al IIEO la facultad de resolver las controversias, que se presenten, previa búsqueda de conciliación entre las partes (art.125).

En Oaxaca, la Constitución estatal y la Ley de los Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, contienen avances notables en materia indígena respecto al contexto nacional.

En 1985 se introduce el Tlaxcala<sup>9</sup> lo que podríamos llamar el "principio de representación comunal y territorial", dentro del ayuntamiento, con los "regidores de pueblo". Los delegados o agentes del ayuntamiento en los pueblos rurales y en los barrios urbanos ya no son designados por el ayuntamiento sino electos por la comunidad. Al mismo tiempo, son incorporados como regidores al ayuntamiento ("regidores de pueblo"). El ayuntamiento está compuesto así por tres tipos de regidores: 1) los de mayoría relativa, 2) los de representación proporcional y 3) los de pueblo (representación comunal y territorial). El ayuntamiento amplía el número de sus regidores según la cantidad de regidores de pueblo, aunque permanezcan en número fijo los regidores de mayoría y de representación proporcional.

El efecto trascendental de la introducción de la "representación comunal y territorial" en el ayuntamiento tlaxcalteca se refleja en que ahora las entidades que forman parte del municipio (pueblos rurales, comunidades urbanas) están representadas en el órgano de gobierno municipal. En 1995 se introduce en la Constitución del estado de Tlaxcala la figura de la "presidencia municipal auxiliar", donde el "presidente municipal auxiliar" sigue perteneciendo al ayuntamiento como "regidor de pueblo" pero con atribuciones y recursos municipales, legislados por el Congreso local, que ejercen en su ámbito microlocal.

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala en su artículo 87 fracción IV inciso b, reconoce dos sistemas de elección de presidentes de Comunidad en el Estado: por el principio de sufragio universal, libre, directo y secreto y la modalidad de usos y costumbres. Con el reconocimiento al sistema de usos y costumbres como un método de elección, el Estado respeta las formas de organización política y social propias de las comunidades que practican este método concediéndoles a los presidentes de Comunidad electos bajo este sistema, las mismas atribuciones que a los electos por el principio de sufragio universal.

Antes de las reformas en materia electoral, las comunidades que practican este método de elección no estaban obligadas a informar sobre sus elecciones de Presidentes de Comunidad al Instituto Electoral de Tlaxcala y, a su vez, este no estaba facultado para intervenir en las

---

<sup>9</sup> Farideh A. Espinoza Ponce, "Usos y costumbres: elecciones en Tlaxcala", en *Con ciencia política*, número once, México, 2006, pp. 110-125.

elecciones por usos y costumbres, pero con la legislación electoral vigente y las reformas al artículo 116 de la Ley Municipal del Estado de Tlaxcala, se faculta y se obliga a dicho Instituto a tener presencia en las asambleas y dar asistencia técnica, jurídica y logística que se requiera. Existe un catálogo que permite identificar a 98 comunidades que eligen a sus presidentes por el sistema de usos y costumbres, en 24 de los 60 municipios que integran el Estado de Tlaxcala.

La legislación en Chiapas busca un compromiso entre el sistema de usos y costumbres y el régimen de partidos. El artículo 6 de la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado “reconoce y protege a las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas, nombradas por consenso de sus integrantes y conforme a sus propias costumbres”. Estas autoridades no sólo incluyen las electas para efectos de la integración del correspondiente ayuntamiento. Por su parte, el artículo 37, fracción XV, del Código Electoral del Estado señala, como obligación de los partidos: “En los distritos y municipios con población predominante indígena, los partidos políticos preferirán registrar candidatos a ciudadanos indígenas, previo proceso de selección interna, respetando sus tradiciones, usos y costumbres; y que en las planillas para la integración de los ayuntamientos, la población indígena de esos municipios estén preponderantemente representadas”.

Las Constituciones estatales de Jalisco, Veracruz, Campeche, Quintana Roo reconocen los derechos de los pueblos indígenas; las leyes electorales de Guerrero, Puebla y Sonora, a pesar de reconocer los usos y costumbres en materia electoral no determinan recursos o medios de impugnación para el caso de que se presenten alguna violación a los derechos políticos electorales de los integrantes de las comunidades indígenas.

## **Epílogo**

La finalidad esencial de la justicia electoral ha sido la protección o tutela del derecho a elegir o ser elegido para desempeñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes a efecto de impedir que pueda violarse la voluntad popular, contribuyendo a asegurar la constitucionalidad, legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y, en general, justicia de los comicios.

En las comunidades que se rigen por el sistema de usos y costumbres enfrentan una serie de problemáticas y retos en relación a la elección de autoridades y el marco jurídico en que éstas se realizan son diversas, pasan por la velada participación de los partidos políticos, el papel de las autoridades municipales, amén de otros conflictos que existan en los municipios. Entre los desafíos que se tienen con los municipios indígenas, en su interior, en la legislación y en las instituciones políticas es hacer compatible el derecho y la costumbre, de tal suerte que la tradición política indígena no pierda su identidad frente al derecho positivo. Evitar que el gobierno, los partidos y los caciques regionales continúen con la manipulación y el control en muchos municipios de usos y costumbres. No hay un órgano de control constitucional estatal, y por esta razón, para el caso de que sean individuos los que vean afectados sus derechos políticos electorales en el sistema de usos y costumbres que son muchas veces diversos a los de la elección por el régimen de partidos. En este último sentido, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas quedarían en el papel, sin validez real. Al ciudadano ante la falta de tutela local de sus derechos le queda como única alternativa el Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano, previsto en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación.

Es primordial que en los municipios que se rigen por el sistema de usos y costumbres debiera realizarse en el ámbito nacional para que una ley indígena federal pudiera determinar con precisión los supuestos normativos en que se daría el ámbito de aplicación de la misma, esto último con el objeto de que las leyes sean reales y no disposiciones declarativas en el papel, sin aplicación práctica o que hagan pervivir la alta marginación de los pueblos y comunidades indígenas. Resulta indudable que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no puede quedar sin la tutela de los derechos individuales dentro del propio sistema normativo interno, sólo de esta manera se logrará la justicia en las prácticas democráticas de los destinatarios de la ley.

## **Bibliografía**

- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, Harla, México, 1998.
- ARENAS BÁTIZ, Emilio, *Reflexiones en torno a la integración y prueba del derecho electoral consuetudinario indígena*, México, IFE, 2003.
- Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 1992.
- ESPINOZA PONCE, Farideh A., “Usos y costumbres: elecciones en Tlaxcala”, en *Con ciencia política*, número once, México, 2006.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*. Trigésima Tercera Edición, Porrúa, México, 1982.
- GIDI VILLARREAL, Emilio, *Los derechos políticos de los pueblos indígenas mexicanos*, Porrúa, México, 2005.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, et al., *El derecho y la justicia en las elecciones en Oaxaca*, Tomo II, Tribunal Estatal del Estado de Oaxaca, México, 2003.
- FIX FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2<sup>a</sup>. Ed. UNAM/IIJ, México, 2006.
- FLORES CRUZ, Cipriano, *El sistema electoral por usos y costumbres: El caso de los municipios indígenas de México*, Instituto Electoral de Colima, México, 2001.
- SILVA ADAYA, Juan Carlos, *justicia electoral en usos y costumbres. Reflexiones sobre legislación electoral en municipios indígenas*, IFE, México, 2004.
- TREJO, Guillermo y José Antonio Aguilar Rivera, “Como votan los indígenas”, en *Nexos*, México, abril de 2000.

## **Legislación**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*
- Constituciones de los estados de la república mexicana*
- Códigos electorales estatales*
- Leyes Orgánicas Municipales*

## Aspectos constitucionales de la Ley Aduanera vigente

Nohemí Bello Gallardo\*

**Resumen:** El siguiente ensayo, pretende cuestionar las facultades constitucionales del Congreso de la Unión para emitir la Ley aduanera vigente, que tiene por objeto regular la entrada y salida de mercancías de territorio nacional y de los medios en que se transportan o conducen, el despacho aduanero y los actos o hechos que deriven de éste o de dicha entrada o salida. En ese mismo entorno, la facultad reglamentaria del Ejecutivo para la emisión de distintas disposiciones en materia aduanera.

**Palabras claves:** constitucionalidad de la ley aduanera, el Congreso de la unión y la emisión de la ley aduanera, facultad reglamentaria en materia aduanera.

*Abstract: This essay, pretends to question the constitutional abilities of the Federal Congress to emit the effective customs Law, which has the objective to regulate incoming and outgoing merchandises from national territory and the means by which they are transported or conducted, the customs office and the actions or facts that derive from it or from said entrance or exit. In that same subject, the prescribed ability of the Executive to emit different dispositions in customs matter.*

**Key words:** constitutionality of the customs Law, the Federal Congress and the emission of the customs Law, prescribed ability in customs matter.

**SUMARIO:** Introducción. I. Facultades del Congreso de la Unión para el establecimiento de contribuciones al comercio exterior. II. Facultad reglamentaria del Ejecutivo federal en materia de comercio exterior. Conclusión. Bibliografía.

### Introducción

El propósito del presente ensayo es efectuar un análisis constitucional, en particular de las facultades del Congreso de la Unión y del Poder Ejecutivo , para regular la entrada y salida de mercancías de territorio nacional, así como señalar la constitucionalidad en las distintas normas que rigen el objeto mencionado, desde las facultades señaladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como el uso de esas que se reflejan en las leyes secundarias , reglamentarias, así como normas de carácter general muy inferior como las reglas generales en materia de comercio exterior para el año 2006.

---

\* Candidata a Doctora por la Universidad Veracruzana

Primero analizaremos los distintos artículos que son señalados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dan vida a las facultades del Congreso de la Unión en materia de impuestos y contribuciones así como para la regulación del comercio exterior y en este mismo contexto de las facultades que le son concedidas al Ejecutivo Federal en materia de contribuciones al comercio exterior. Como segundo término será la ley aduanera vigente, cuyo propósito es enmarcar la constitucionalidad de la misma atendiendo a su objeto regulador, para lo cual complementaremos esta parte con el Reglamento vigente y la recientemente modificada Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación.

Las autoridades aduaneras utilizan a los manuales y circulares como normas jurídicas, que aunados a contener actos de organización entre sus diversas dependencias, rigen también la conductas de las personas obligadas cuyo acto generador sea la entrada y salida de mercancías. Sobre estos analizaremos su carácter constitucional.

Por último expondremos un apartado de conclusiones, producto del breve análisis realizado. Nuestro estudio y método será exegético, en el marco positivista y funcional.

## I. Facultades del Congreso de la Unión para el establecimiento de contribuciones al comercio exterior

El poder supremo de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial<sup>1</sup>. El poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en el Congreso General, el cual se divide en dos Cámaras, conocidas como la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores. La facultad otorgada para el Congreso de la Unión en materia de comercio exterior, se encuentra estipulada en el artículo 73, fracción XXIX, en donde es señalada la de establecer contribuciones sobre el comercio exterior.

Como primer punto, consideramos pertinente señalar un marco conceptual de lo que son las contribuciones y lo que es el comercio exterior, para que de ahí continuemos con la facultad del Congreso de la Unión para establecer contribuciones<sup>2</sup> al comercio exterior.

Refugio de Jesús Hernández Martínez en su libro *Derecho Fiscal*, define a las contribuciones como “las prestaciones en dinero o en especie establecidas en la ley unilateralmente por el Estado, a cargo de las personas físicas y morales, para sufragar los gastos públicos, cuando se encuentren en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma”.<sup>3</sup>

Este primer acercamiento de lo que debe entenderse como contribución hace referencia a una prestación que debe efectuarse ya sea en especie o en dinero; en donde particularmente desprendemos como el pago que deberá efectuarse en especie o en

<sup>1</sup> Cfr. Artículo 49, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>2</sup> El Código Fiscal de la Federación en su artículo segundo primer párrafo clasifica a las contribuciones en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos; definiendo cada uno de estas connotaciones. No encontramos en este federal ordenamiento legal la definición propia de contribución, esta aportación la hace la doctrina.

<sup>3</sup> El autor señala que esta definición se desprende esencialmente del contenido de los artículos 31 fracción IV, 73 fracción VII y 74 fracción IV de la Constitución Federal; y de los artículos 1 y 2 del Código Fiscal de la Federación

dinero por los diferentes sujetos obligados que se sitúen en la hipótesis jurídica establecida en forma unilateral por el legislador. No haremos mayor pronunciamiento sobre los otros elementos del vocablo contribución ya que para el presente ensayo no toman relevancia. Más si consideramos conveniente resaltar que el término contribución lleva consigo el acto de pagar.

Por su parte el doctor Jorge Witker en su libro *Régimen jurídico del Comercio exterior de México*<sup>4</sup> referencia y distingue entre el comercio exterior y comercio internacional. Al distinguirlos no deben ser utilizados como sinónimos, como de facto acontece por el común denominador de los sujetos. Apunta que el término comercio exterior provee una connotación de un espectador que habla de las relaciones entre diferentes entes económicos, enfocándolos desde el lugar o país en el que se encuentra. Continua señalando que el comercio exterior de un país es importante sector de su actividad económica debido a la naturaleza de sus funciones, es pues, que define al comercio exterior como “aquella parte del sector externo de una economía que regula los intercambios de mercancías, productos y servicios entre proveedores y consumidores residentes en dos o más mercancías nacionales y/o países distintos, incluso considera los intercambios de capital y los aspectos referentes a la entrada temporal de personas de negocios. Se trata de transacciones físicas entre residentes de dos o más territorios aduaneros que se registran estadísticamente en la balanza comercial de los países implicados”. Queremos resaltar del concepto, lo referido por el autor, del carácter regulador del comercio exterior de los intercambios de mercancías.

Ahora bien, el artículo 73 fracción XXIX de la Constitución mexicana señala como una de las facultades del Congreso la de establecer contribuciones en materia de comercio exterior, entendemos por ello a la facultad de establecer los pagos en especie o dinero en el intercambio de mercancías entre países.

Es el mismo artículo 73 de la norma fundamental, pero ahora en su fracción XXX que señala la facultad de “expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”, desprendemos que sí bien el texto de la redacción a primera lectura pareciera ser muy amplia la facultad de expedir la leyes, debe de entenderse sólo bajo los contextos de que la expedición de las leyes se hará cuando se hagan efectivas las facultades que se enmarcan en las veintinueve fracciones del artículo 73 ó cuando expida leyes concedidas por la Constitución a los otros poderes de la Unión. Es decir, la fracción XXX del artículo último referido no otorga una potestad ilimitada para la expedición de leyes por parte del Congreso de la Unión ya que debe de ajustarse necesariamente a las dos hipótesis jurídicas ahí mencionadas, de lo contrario todo acto legislativo que no cumpliera con esas características necesariamente debía ser nulo.

Para la formación de leyes en materia de contribuciones, en la que se incluye las de comercio exterior, es disposición constitucional el señalar que la formación de la ley o decreto deberá comenzar en la Cámara de diputados<sup>5</sup> para continuar posteriormente con el proceso legislativo enmarcado en los artículos 71 y 72 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consideramos que un reflejo de esas facultades del Congreso de la Unión para establecer las contribuciones al comercio exterior, lo es la Ley del Impuesto General de

---

<sup>4</sup> Cfr. Jorge Witker, Laura Hernández, *Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México*, 2<sup>a</sup> ed., Universidad Autónoma de México, México, 2002, pp. 10-11.

<sup>5</sup> cfr. Artículo 72 fracción H de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Importación y Exportación, que contiene al conjunto de mercancías que se encuentran gravadas bajo un arancel al ingreso o su salida del territorio nacional. Esta ley refleja el sistema de designación y codificación de mercancías adoptado por México en el Consejo de Cooperación Aduanera, por lo cual enuncia la fracción arancelaria, la descripción de la mercancía y el Impuesto correspondiente a cubrirse. Incluso la ley Aduanera, ordenamiento de carácter secundario, también enuncia esta ley en su artículo 51 al mencionar que se causará el impuesto al comercio exterior conforme es establecido en las Leyes General de Importación o de Exportación.<sup>6</sup>

Aunque pareciera que la Ley de Comercio Exterior, tuviera su sustento legal de emisión por el Congreso en el artículo 73 fracción XXIX, consideramos que no es así ya que la ley referida tiene por objeto, en materia de comercio exterior, sólo el regularlo y promoverlo, más no establecer contribuciones en materia de comercio exterior, pues no es ese el fin de la Ley del Comercio Exterior.

Hasta aquí bastaría una primera reflexión respecto sí el artículo 73 en su fracción XXIX, para preguntarnos si es éste el sustento constitucional que da pauta para regular por parte del Congreso de la Unión la entrada y salida de mercancías del territorio nacional, nos adelantamos en señalar que no, al menos en este apartado, porque el mismo sólo se refiere a la potestad del Congreso para el establecimiento de contribuciones al comercio exterior.

Si bien es cierto existe otras disposiciones contendidas en la constitución que de manera indirecta tendrían que ver con la entrada y salida de mercancías del territorio nacional, como lo son la facultad exclusiva del la Cámara de Senadores para aprobar los tratados internacionales, señalada en el artículo 76 fracción I, esta facultad la considero en gran medida asociada con el establecimiento de contribuciones, ello porque lleva el mismo fin, que en el caso de los tratados internacionales de contenido comercial , el propósito de ellos es el establecimiento de una tasa ad-valorem reducida a la señalada en la Ley de los Impuesto Generales de Importación y de Exportación en base a las negociaciones efectuadas siempre y cuando el producto sea considerado como originario de alguna de las partes contratantes .

Resulta necesaria la aportación doctrinal que efectúa Ricardo Guastini<sup>7</sup> al mencionar que normalmente la Constitución no asigna a la competencia de la ley un objeto determinado (sí así fuera la ley no podría regular nada más que las materias enumeradas, en consecuencia la ley tiene como suele decirse , una competencia material residual, en principio que puede regular cualquier materia, sin embargo la Constitución establece una reserva de competencia a favor de otras fuentes, diversas de la Ley de modo que la ley puede regular cualquier materia, con excepción de las que según la Constitución deben ser reguladas por fuentes distintas.

## **II. Facultad reglamentaria del Ejecutivo federal en materia de comercio exterior**

Lo señalado toma real importancia para este ensayo, ya que si el propósito es analizar el carácter constitucional de la Ley Aduanera que tiene por objeto regular la entrada y salida de mercancías del país y de los medios en que se transportan o conducen, el

---

<sup>6</sup> La ley aduanera vigente debiera modificarse y adaptar el artículo 51 al texto actual vigente de la ley que establece los impuestos generales de importación y exportación que anteriormente eran dos leyes y que por modificaciones efectuadas en el año 2000 deja de ser dos para convertirse sólo en una, cuyo texto ya fue enunciado.

<sup>7</sup> Cfr. *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2002, p. 48.

despacho aduanero y los actos o hechos que derivan de él, y de lo cual hasta lo analizado no hemos encontrado sustento constitucional, esta aportación doctrinaria podría ser el marco que le otorgue el carácter constitucional a esta ley tan importante y de la cual se desprende o enuncia a otras cuyo objeto es el mismo como es la Ley de los Impuesto Generales de Importación y Exportación.<sup>8</sup> Hablaríamos entonces de una facultad implícita del artículo 73 de la constitución para la formulación de leyes, en particular en materia aduanera.

Por lo que respecta a los artículos constitucionales que de alguna manera indirecta podrían estar relacionados con la Ley Aduanera en cuanto hace a las facultades del Ejecutivo Federal, son las consideradas desde el punto de vista doctrinal, como facultades extraordinarias. Es así que el artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que se pasen de tránsito por territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar en el Distrito Federal, los impuestos o leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

Extraeremos de este primer párrafo datos relevantes, el primero de ello es el señalamiento de que sólo la Federación puede gravar las mercancías que se importen o exporten, que pasen en tránsito por territorio nacional<sup>9</sup>. Como consecuencia se excluye a las entidades federativas de acceder a gravar las mercancías en los términos señalados. No encontrando de manera textual y literal el señalamiento de regular la entrada y salida de mercancías del territorio nacional, sólo se preceptúa el hecho de gravar, esto es, imponer carga impositiva e incluso en tránsito. También se menciona que la Federación puede reglamentar en todo tiempo y aún prohibir por motivos de seguridad o de policía la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos<sup>10</sup> con independencia de su procedencia. En esto último encontramos la prohibición de circulación de toda clase de mercancías por motivos de seguridad nacional.

El segundo párrafo del artículo 131 de la Constitución contiene:

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

En este apartado ahora se manifiesta la Facultad del Presidente de la República para que sólo en casos urgentes y con los propósitos señalados aumente, disminuya, o

<sup>8</sup> Cfr. Artículo 1ro., primer párrafo de la Ley Aduanera, *Compendio de Comercio Exterior 2004*, Ediciones Fiscales Isef, México, p. 1.

<sup>9</sup> Es la Ley aduanera en sus artículos 2, 124 al 135 los que definen lo que debe considerarse por mercancías, así como los regímenes de tránsito interno e internacional de mercancías, respectivamente

<sup>10</sup> Inducimos que el términos efectos es sinónimo de mercancías, pues incluso dentro del término mercancías señalado en la ley aduanera los incluye: MERCANCÍAS.- Los productos, artículos, efectos y cualesquiera otros bienes, aún cuando las leyes los consideren inalienable o irreductibles a propiedad particular.

suprime las cuotas de las tarifas de los impuestos generales de importación y exportación, debiendo dar cuentas al Congreso de la Unión del debido uso que haya hecho de esa facultad concedida, sólo en casos urgentes. Como puede apreciarse tampoco estable aún mención de la regulación de las mercancías en su entrada y salida del territorio nacional. Lo que es importante para la Constitución es la facultad para imponer tasas impositivas.

Ahora bien debemos reconocer que este artículo también establece la facultad del Presidente de la República, para regular la importación, la exportación y el tránsito de mercancías, por el momento abandonaremos nuestra postura de que ello también se limita a casos urgentes. Sí el Presidente de la República puede regular las importaciones, esta enunciación no es clara ni precisa a lo que se refiere, ello porque la Ley Aduanera vigente establece en su artículo 90 diferentes regímenes aduaneros, entre los que se encuentran los de importación y exportación definitiva, de importación y exportación temporal y también los regímenes de tránsito interno e internacional, como primer punto señalamos que la constitución no especifica a cual de estos regímenes el Presidente de la República tiene la facultad de regular, y sí debe entenderse que en los demás regímenes no tiene esa facultad como por ejemplo en los regímenes de depósito fiscal, de elaboración, reparación o transformación en recinto fiscalizado o el de recinto fiscalizado estratégico. Deducimos que el término importación y exportación lo equipara con la entrada y salida de mercancías a través de sus distintos regímenes, sin embargo de ser así quedaría ocioso el señalamiento de regular el tránsito de las mercancías, ya que constituye otro régimen más regulado en la Ley Aduanera. Con lo anterior queda de manifiesto que el objeto regulador de la Ley Aduanera está muy por encima de las facultades otorgadas tanto al Congreso de la Unión como al Presidente de la República.

Lo normado en el Artículo 131 segundo párrafo de la Constitución, es conocido dentro de la Doctrina como Decreto Delegado que es cuando la “Constitución autoriza al Poder Ejecutivo para emitir normas con fuerza de Ley por un tiempo limitado y para objetos definidos”, ello en opinión de Rodríguez Lobato Raúl. Desde 1950 al Ejecutivo se le permite modificar las tarifas de exportación “debido a poderosas razones de política económica que hicieron indispensable la misma para defender la Economía Nacional de fluctuaciones de precios en el comercio exterior.”<sup>11</sup> Con las anteriores manifestaciones es evidente que aun los mismo doctrinarios reducen tanto al Congreso de la Unión como al Poder Ejecutivo en el primero de ellos a legislar y en el segundo a través de Decreto delegado, el establecer según correspondan tarifas de importación o exportación entre otros, subsistiendo la no enunciación de la facultad de regular la entrada y la salida de mercancías.

Sin embargo la Ley Aduanera vigente desde el año de 1996 y emitida por el Congreso de la Unión, regula situaciones más amplias y complejas que el propio señalamiento de conceptos como mercancías, los diferentes tipos de regímenes existentes para la introducción y extracción de mercancías, aunado a que ella no establece los gravámenes o tasas a cubrir por la introducción o extracción de mercancías. En los últimos diez años, la función recaudadora de la aduanas ha perdido paulatinamente importancia por los tratados internacionales signados,<sup>12</sup> los cuales

---

<sup>11</sup> Sergio de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, 18<sup>a</sup>, Porrúa, México, 1994, p. 269.

<sup>12</sup> En reciente Congreso denominado 1er. Congreso Empresarial de Operación Aduanera y Comercio Exterior , celebrado los días 3 y 4 de marzo del presente año, diferentes servidores públicos de la Administración General de Aduanas, como lo es la Licenciada Fanny Euran Graham, Administradora

conllevan una captación menor de los impuestos al comercio exterior, por ello la función de la aduana actual es controladora , como por ejemplo del cumplimiento de restricciones y regulaciones no arancelarias.<sup>13</sup>

Por lo que respecta al contenido en el artículo 31 fracción IV Constitución, este señala:

Son obligaciones de los mexicanos.- fracción IV. Contribuir para los gastos públicos, así como de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan de manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Es por demás conocido las obligaciones de los mexicanos e incluso de los extranjeros de contribuir al gasto público de manera proporcional y equitativa que lo dispongan las leyes. En materia de comercio exterior, reduciendo a la entrada y salida de mercancías bajo un lineamiento otorgado por Jorge Witker, queda de manifiesto que es la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación los que llevan consigo esa función.

El principio de legalidad establece que las autoridades sólo pueden hacer aquello que les esta expresamente permitido, a *contrario sensu*, lo que no es expresado le estará prohibido. Nuestra inquietud continua latente respecto al fundamento jurídico constitucional que rige para la formulación por parte del Congreso de la Unión de la Ley Aduanera. Marat Paredes Montiel y Raúl Rodríguez Lobato en su obra *El principio de reserva de ley en materia Tributaria*, contiene elementos constitucionales y de legalidad para la imposición del tributo y la reserva de ley que esta concedida al Congreso de la Unión y particularmente a la Cámara de Diputados, ello por la representación de la que gozan.

Analizan en forma detenida el principio de reserva de ley y la legalidad en materia tributaria por parte del Congreso de la Unión y del Ejecutivo Federal, y coincidimos que el Congreso sea el que emita y determine los impuestos a causarse en la importación y exportación de las mercancías, y sólo en casos extraordinarios le es concedido al Ejecutivo la modificación de esas cargas impositivas establecidas por el Congreso.

Apoya lo anterior la opinión de Álvaro Magaña quien manifiesta:

Una consideración importante que debemos tener presente en el estudio de este problema es que la Administración (El Poder Ejecutivo) no tiene el ejercicio del poder tributario que se concreta específicamente en la creación y establecimiento de los tributos. En consecuencia, no puede la Administración regular materias que son del ejercicio de ese poder tributario y por lo mismo corresponde a otra autoridad: El poder legislativo y es que la relación tributaria, la administración es solamente titular de un derecho subjetivo creado por la Ley, es decir la Administración no tiene poder (o potestad), como la llaman algunos autores en sentido propio.<sup>14</sup>

Central de Regulación del Despacho Aduanero , así como el Administrador Central del Laboratorio Central quien fungió como representante del Administrador General de Adunas, señalaron ante aproximadamente 800 asistentes, que la función de las aduanas del país es aplicar la políticas aprobadas por la Secretaría de Economía y que su función principal no es recaudadora, sino operadora

<sup>13</sup> La Ley de Comercio Exterior en su artículo 17 párrafo segundo, señala que son restricciones y regulaciones no arancelarias consistirán en permisos previos, cupos máximos, marcado de país de origen, certificaciones, cuotas compensatorias y los demás instrumentos que sean considerado para los fines de la ley de Comercio.

<sup>14</sup> Álvaro Magaña, "Potestad Reglamentaria y Estado de Derecho: remisiones normativas en la Ley del Impuesto Sobre la Renta y Resoluciones ministeriales modificando impuestos", en: *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Núm. 231, Ed. De Derecho Financiero, Mayo-Agosto, España, 1994, p. 701.

Consideramos que la aportación efectuada por este doctrinario está encaminada a señalar que de manera habitual y constante el Ejecutivo no debe imponer los Tributos, ya que esa atribución o potestad le esta concedida sólo al Congreso de la Unión. Ahora bien es sabido que de manera constante esta facultad es utilizada por el Presidente de la República el que sin que sean casos urgentes, constantemente modifica las tarifas impuestas por el Legislativo, nos referimos al Decreto por el cual se establece el Programa de Promoción Sectorial, cuyo propósito es la reducción de las cargas impositivas a ciertos sectores de la economía que obtengan ese registro.

Sí los gobernados debemos de contribuir al gasto de la Federación, conforme lo establezcan las leyes, sin lugar a duda, esa leyes deben estar sustentadas en la propia constitución como lo expone de manera clara Rolando Tamayo y Salmorán en su libro titulado *Elementos para una teoría general del derecho*, que expresa que los materiales jurídicos leyes, testamentos, tratados, constitución, sentencias etc. así como los actos que lo crean y aplican, no son independientes unos de los otros. Los materiales jurídicos se encuentran en tal forma relacionados que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que los crean se produzcan en un cierto orden que va de los actos jurídicos condicionantes (actos que facultan), a los actos a los actos jurídicos condicionados (actos que ejercitan estas facultades), conexión sin la cual no es posible la creación escalonada del derecho. Partiendo de los elementos otorgado por Rolando Tamayo y Salmorán es necesaria la expresión de acto que faculta para la emisión de una ley en la constitución, en el caso en concreto de la Ley aduanera, como quien será el encargado de ejercitar esas facultades. Retomando nuestro estudio, no se encuentra señalado en la constitución a quien le compete la legislación en materia aduanera de manera clara, precisa e indubitable. Si partimos del concepto general e idea que es el Congreso quien emite todas las leyes, será constitucional el objeto regulador de la ley aduanera, sin embargo por seguridad jurídica de los gobernados y atendiendo al principio de legalidad consideramos muy conveniente la implantación directa en nuestro máximo ordenamiento legal, de que esa facultad este concedida al Congreso de la Unión.

Nos atrevemos en consecuencia proponer un texto constitucional que a la letra señale:

Artículo 73.- El Congreso tiene la facultad: fracción XXX.- Para regular la entrada a territorio nacional y salida del mismo, de mercancías y los medios en que se transportan o conducen, el régimen a que se destinan y los actos que deriven del despacho aduanero de las mercancías, así como regular los entes<sup>15</sup> quienes intervienen en el mismo.

No resulta necesario dar esa facultad a una de la Cámaras que integran de Congreso de la Unión, ya que debe ser en su conjunto quien apruebe esa Ley. Al existir lo anterior necesariamente habría que adicionar otra fracción a este artículo que contemplara lo que hasta ahora señala la fracción XXX.

Considerado haber agotado los textos constitucionales del Congreso de la Unión que podrían dar pauta para la regulación del objeto de la Ley Aduanera, pasamos a la facultad reglamentaria del Presidente de la República establecida en el Artículo 89

---

<sup>15</sup> La expresión de “entes” debe entenderse como aquellas personas morales y físicas que intervienen para la entrada y salida de mercancías, como lo son los agentes y apoderados aduaneros, dictaminadores aduaneros, recintos fiscalizados, administraciones portuarias, entre otros.

Fracción I que a la letra dice: “ Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I.- Promulgar y ejecutar las leyes que expide el Congreso de la Unión proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Ahora bien, si particularmente, ha quedado en tela de juicio que en la Constitución se establezca a quien le corresponde regular sobre la entrada y la salida de mercancías a territorio nacional, por ende la facultad de expedir cualquier ley reglamentaria que regule ese objeto queda también en entredicho. Sí el Presidente de la República por disposición de la norma fundamental, sólo puede promulgar y ejecutar las leyes que expide el Congreso de la Unión, ¿Es posible que sí el Congreso de la Unión no tiene la facultad para regular la entrada y salida de mercancías del país, tenga en consecuencia el Presidente de la República, la posibilidad de reglamentar sobre una Ley que debiera considerarse inválida? Nuestra respuesta terminantemente sería que no. Sin embargo, de hecho, el Congreso emite la Ley Aduanera, el Presidente de la República la promulga y expide leyes reglamentarias como en su caso el Reglamento de la Ley Aduanera haciendo uso de esa facultad reglamentaria.

Por otra parte, en la fracción XIII del artículo 89 Constitucional faculta al Presidente de la República para habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación. Concretándonos a la idea de establecer aduanas marítimas y fronterizas, de forma inexplicable en la Ley Aduanera vigente en su artículo 143 fracción I, señala que son atribuciones del Ejecutivo Federal en materia aduanera el establecer o suprimir aduanas fronterizas, interiores y de tráfico aéreo y marítimo así como designar su ubicación y funciones. Sí en la Constitución sólo le es permitido al Presidente de la República establecer aduanas marítimas y fronterizas así como designar la ubicación de éstas, bajo ¿qué lineamientos jurídicos el legislador le faculta al Presidente de la República el establecer aduanas interiores y de tráfico aéreo señalando su ubicación y funciones?, representando lo anterior un exceso de facultades por parte del Congreso de la Unión y del Presidente de la República, porque la Constitución jamás enuncia a las aduanas interiores y aéreas ni su funcionamiento, aunado a éstas últimas el funcionamiento de las aduanas marítimas y fronterizas. En consecuencia se hace conveniente a fin de brindar legalidad y certeza jurídica hacia los gobernados el que dicho texto de la Constitución establezca lo siguiente:

*Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:*

*III.- Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas y secciones aduaneras marítimas, aéreas, fronterizas e interiores, así como designar su ubicación y funciones.<sup>16</sup>*

Una muestra más de la incongruencia de la apreciación equivocada de la facultad reglamentaria es la que se observa en el texto de los diferentes decretos de fomento a la exportación como es el caso de los Decretos Maquila (Decreto para el fomento y operación de la Industria Maquiladora de Exportación)<sup>17</sup> PITEX (Decreto que establece programas de importación temporal para producir artículos de

<sup>16</sup> Las reglas generales en materia de Comercio Exterior, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de marzo del 2004, actualmente consta de 29 anexos, el anexo 22, referente al instructivo de llenado del pedimento, modificado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 2005, consta de apéndices, y en el apéndice 1 registra al conjunto de aduanas y secciones que operan en el territorio mexicano, existiendo por sus características y tráfico las aduanas marítimas, terrestres, interiores, aéreas y fronterizas, esta situación convalida nuestra aportación al texto constitucional.

<sup>17</sup> Modificado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de Octubre de 2003

exportación)<sup>18</sup> ECEX (Decreto para el establecimiento de empresas de comercio exterior)<sup>19</sup> y ALTEX (Decreto para el fomento y operación de las empresas altamente exportadoras),<sup>20</sup> los cuales en sus Considerandos justifican su existencia en el artículo 89 fracción I, pero que de la consulta a éste, jamás habla de algún tipo de mecanismo de fomento a la exportación como constituye el objeto de cada uno de esos Decretos.

Cada uno de los decretos mencionados revisten particular importancia por el apoyo y fomento a la exportación de las empresas legalmente instaladas en México, por lo que lejos de cuestionar su legalidad debe fortalecerse jurídicamente, más con los medios que se encuentran dentro de la legalidad. Por ello estimamos pertinente una reforma de estado en materia aduanera a fin de que de llegarse a convalidar nuestras argumentaciones sean modificadas las disposiciones jurídicas que fundan el actuar del comercio exterior y en forma más concreta la Ley Aduanera.

## Conclusión

De un primer acercamiento al análisis de la Constitución relativa ¿a quien es el órgano que tiene la facultad para regular la entrada y salida de mercancías del territorio nacional?, no encontramos su fundamento constitucional de manera literal, fehaciente e indubitable, por ende debemos concluir que la actual Ley Aduanera, no tiene sustento constitucional. En consecuencia tampoco habría fundamento constitucional para que el Presidente de la República emita disposiciones reglamentarias a fin de que provea en el aspecto administrativo la exacta observancia de Ley Aduanera. Es sólo el carácter doctrinario y muchas explicaciones “rebuscadas” como el señalamiento de las facultades implícitas las que podrían dar sustento a la Ley Aduanera. Lo anterior representa una gran inquietud que se traduce en molestia y preocupación. Ello en virtud que no cabe en nuestro pensar, que un estado de ilegalidad prive en materia aduanera. No pretendemos ser sensacionalistas o encontrar el hilo negro, con nuestra conclusión, a la que probablemente pueda cambiar con análisis más profundos, pero no por ello dejaremos de expresar nuestro sentir y razonar al momento.

Sin lugar a dudas, requerimos de mayor elementos para retomar de nueva cuanta el estudio constitucional del objeto regulador de la Ley Aduanera, aunado a adentrarnos a las diversas interpretaciones que hayan hecho los órganos jurisdiccionales respecto a la facultad del Congreso de expedir todo tipo de leyes, así como los criterios sustentados de la facultad reglamentaria. No obstante ello, nos atrevemos a decir y señalar que incluso aunque la Suprema Corte a través de jurisprudencias o precedentes haya interpretado que sí hay facultades para la emisión del Congreso de tipo de leyes, ello sólo debiera servir de referencia, más no como una verdad jurídica, ya que conocemos, por desarrollarnos en este medio aduanero, que muchas interpretaciones de la Suprema Corte atienden a intereses políticos y no jurídicos.

Por muchos es conocido la apertura de fronteras comerciales que actualmente priva en este país. Sin embargo si la Constitución e incluso las leyes secundarias que han recepcionado diversas disposiciones jurídicas para la apertura comercial no gozan de legalidad, nulo debiera ser todo esfuerzo de adentrarnos a un primer mundo

<sup>18</sup> Modificado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de Octubre de 2003

<sup>19</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de abril de 1997.

<sup>20</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de Mayo de 2004.

comercial y de globalización, ya que primeramente debiéramos convalidar el estado de derecho que debemos proteger a fin de brindar certeza y seguridad jurídica a todos los entes que intervienen en la entrada y salida de mercancías.

## Bibliografía

- CASARIN LEÓN, Manlio F., *La facultad reglamentaria*, Porrúa, México 2003.
- CARVAJAL CONTRERAS, Máximo, *Derecho Aduanero*, 10<sup>a</sup> ed., Porrúa, México, 2000.
- CARRASCO IRIARTE, Hugo, *Amparo en materia Fiscal*, Oxford, México, 2003.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Refugio de Jesús, *Derecho Fiscal*, McGraw-Hill, México 2002.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *El derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 2001.
- FLORES ZAVALA Ernesto, *et al.*, *Grandes Temas del Derecho Tributario*, Ed. Universidad de Guadalajara, México, 1995.
- FRAGA GABINO, *Derecho Administrativo*, 13<sup>a</sup> ed., Ed. Porrúa, México, 1993.
- GUTIERRÉZ ARAGÓN, Raquel y RAMOS VERÁSTEGUI, Rosa María, *Esquema fundamental del Derecho Mexicano*, 15<sup>a</sup> ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003.
- HERNÁNDEZ DE LA CRUZ, Arturo, *Infracciones y Sanciones Aduaneras*, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2002.
- J. SIERRA, Carlos y MARTÍNEZ VERA, Rogelio, *Historia y Legislación Aduanera de México*, Ediciones de “Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1973.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*”, 2<sup>a</sup> ed., Editora Nacional, México, 1974.
- KUPPE, René y POTZ, Richard, *La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*, Universidad Autónoma de México, México, 1995.
- MABARAK CERECEDO, Doricela, *Derecho Financiero Público*, 2<sup>a</sup> ed., McGraw-Hill, México, 2000.
- RABASA, Emilio, *Mexicano, ésta es tu constitución*, Instituto de Investigaciones Legislativas, México, 1997.
- PAREDES MONTIEL, Marat y RODRIGUEZ LOBATO, Raúl, *El principio de reserva de Ley en materia Tributaria*, Ed. Porrúa, México, 2001.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, 15<sup>a</sup> ed., Ed. Porrúa, México, 1992.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Themis, México, 1993.

TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, *Teoría y Práctica de los Delitos Fiscales*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Porrúa, México, 2001.

WALSS AURIOLES, Rodolfo, *Los tratados Internacionales y su regulación jurídica en el Derecho Internacional y el derecho mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2001

WITKER, Jorge y PEREZ NIETO, Leonel, *Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior de México*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Nueva Imagen-UNAM, México, 1980.

\_\_\_\_\_ y HERNÁNDEZ, Laura, *Régimen Jurídico del Comercio Exterior Mexicano*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. UNAM, México, 2002.

## Fuentes Legislativas

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Aduanera*, Diario Oficial de la Federación de 30 de abril del 2002.

*Ley Aduanera*, 20<sup>a</sup> ed., Ediciones Fiscales ISEF, México 2006.

*Reglamento de la Ley Aduanera*, 28<sup>a</sup> ed., Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

*Ley de Comercio Exterior*, Diario Oficial de la Federación de 13 de marzo de 2003.

*Código Fiscal de la Federación*, Ed. SISTA, México, 2006.

*Decreto para el Fomento y Operación de las Empresas Altamente Exportadoras.*

*Decreto para el fomento y operación de la industria maquiladora de exportación*

*Decreto que establece programas de importación para producir artículos de exportación*

## DELINCUENCIA JUVENIL

Ana Gamboa de Trejo\*

**RESUMEN:** El debate en torno a la justicia de niños y jóvenes ha interesado al Estado de Veracruz, a raíz de la reforma al artículo 18 Constitucional, que urgió a las legislaturas de los estados a crear leyes que vendrían a suplir el llamado derecho tutelar, para dar paso a un derecho penal garantista dirigido a niños y jóvenes. Ello sin duda obligará a sustentar y poner en práctica una política criminal diferente, renovadora y atenta a la puesta en práctica en todos los sentidos de los lineamientos que advierte la Convención sobre los Derechos de los niños.

**Palabras claves:** Derecho tutelar  
Derecho penal garantista.

**SUMARIO:** Introducción. 1. La doctrina de la situación irregular. 2. Despues de la Convención sobre los Derecho del Niño. La concepción punitivo-garantista del derecho penal de menores. 3. Ley de Asistencia social y Protección de niños y niñas del Estado de Veracruz. 3.1. Reforma al Artículo 18 Constitucional. 4. Conclusión. Bibliografía.

### Introducción

¿Cuándo comenzamos a hablar de delincuentes juveniles? En el momento en que se separó la aplicación del Derecho Penal y surgió el Derecho Tutelar. Los niños y jóvenes delincuentes forman parte de la historia del Derecho Penal, de la Criminología y de la Política Criminal. Sin embargo, no fue sino hasta el año de 1899 cuando, con la creación del primer Tribunal Juvenil en Chicago, Illinois; se empezó a comentar la necesidad de sustraer al menor de edad de la justicia penal. Con este objetivo, se inició la labor de creación de una jurisdicción especializada, totalmente diferente a la concepción del Derecho Penal de adultos y con una marcada tendencia tutelar y protecciónista.

Este modelo tutelar se constituyó en la base de muchas de las legislaciones de menores de edad en Latinoamérica, empezando con la Ley Agote de 1919 en Argentina y continuando con las legislaciones del resto de países latinoamericanos, incluyendo a Costa Rica que, en 1963, emite la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores con el fin de adaptarse a la corriente vigente en aquella época. Los Estados de la República Mexicana entran dentro de esta tendencia.

La gran mayoría de esas legislaciones se mantienen aún vigentes, a pesar de que contienen una estructura y una concepción totalmente incompatibles con los principios que se establecen en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de

---

\* Doctora en Derecho Público. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

1989, y suscrita por la totalidad de países latinoamericanos. México ratificó la convención sobre los Derechos del Niño el 10 de agosto de 1990.

La concepción tutelar del derecho de menores de edad se fundamenta en la llamada "Doctrina de la Situación Irregular".

## 1. La doctrina de la situación irregular

Tal vez habrá que preguntarse por qué es llamada la "doctrina de la situación irregular", las razones las anotaremos enseguida:

- a) El menor de edad es considerado como sujeto pasivo de intervención jurídica, objeto y no sujeto de derecho, por lo que las garantías propias del derecho penal y las que le corresponden por su especial condición de menor de edad, no son ni siquiera pensadas en este derecho. A este respecto, garantías de orden penal, procesal y de ejecución previstas en el derecho penal común no existen en este régimen especial; ejemplo de esta situación es la falta de asistencia jurídica obligatoria propia del derecho penal. Se trata de sistemas básicamente *inquisitivos* donde el juez tiene un doble carácter, como órgano acusador y como órgano de decisión.
- b) La figura del juez dentro de este sistema es inexistente. Quienes deciden la permanencia o no, dentro de un centro de internamiento son quienes conforman el llamado Consejo Tutelar que está compuesto por un Presidente, un Secretario de Acuerdos, un Pedagogo, un Médico un Psicólogo y el Jefe de Vigilancia, ellos son los encargados de decidir el internamiento o liberación del menor. Las decisiones tomadas cuando se lleva a cabo el estudio del expediente del menor da lugar a que se inicie las llamadas "penas indeterminadas", es decir, al no existir un procedimiento penal, en donde sabemos se aportan pruebas y hay una defensa jurídica, el menor queda a expensas de la decisión subjetiva del Consejo Tutelar quienes adoptan una figura "paternalista", y que debe buscar una solución para ese menor de edad -objeto de protección-, que se encuentra en situación irregular. Tal propósito es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como único fin la *resocialización* y la adaptación o readaptación del menor de edad a la sociedad. Con ello, lo que se afirma es que ese menor de edad es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su reincorporación en la sociedad.
- c) La "situación irregular" puede ser cualquier situación que el juez o la administración consideren como tal, bajo esta perspectiva "se equiparan en su naturaleza y en las medidas adoptadas, en consecuencia, situaciones totalmente disímiles, tales como: que un menor de edad se encuentre en situación de abandono o de peligro, que carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, que su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren, que haya sido autor o partícipe de una infracción penal, que carezca de representante legal, que presente deficiencia física, sensorial o mental, que sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en adicción, que sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, que se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad."<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art.30, Código del Menor de Colombia, citado por Elías Carranza y Rita Maxera, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina" en: *La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la*

- d) Existe, como se desprende del punto anterior, confusión entre la función jurisdiccional del Estado y su función administrativa- asistencialista. Una confusión entre los casos de infracción a la ley penal y los casos llamados de riesgo social, otorgándole a los consejeros, el estudio y resolución de situaciones que no tienen relación con su obligación de dirimir conflictos de carácter jurisdiccional y que tiene más relación con cuestiones de orden económico o social que giran entorno al menor de edad.
- e) En las legislaciones actuales o en las que ya han adoptado el nuevo sistema garantista, pero que aún tienen internados a niños y jóvenes que han sido privados de su libertad bajo el régimen tutelar el internamiento continúa siendo una medida indeterminada, que se aplica indiscriminadamente, en los centros de reclusión.
- f) Se trata de un derecho de medidas, al menor de edad se le considera como un "no imputable", con lo cual se elimina, por completo, la posibilidad de atribuirle una responsabilidad penal atenuada por la comisión de un hecho antijurídico. En este sentido, las medidas aplicadas al menor de edad son consideradas como beneficiosas y, en ningún momento, se analiza la grave restricción de derechos que ellas conllevan.
- g) Por último, es característica importante de estas legislaciones el hecho de que, inspiradas en la Doctrina de la Situación Irregular, han tratado de ocultar, con eufemismos, situaciones que en la práctica atentan contra la dignidad y los derechos humanos de los menores de edad, y que condiciona el sistema a la no verificación empírica de esas consecuencias.

Se trata de una doctrina en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la trasgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectivo-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor de edad, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. En esta doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores de edad, de tal forma que la definición de la situación del menor de edad era potestad de los jueces de menores de edad facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento "reeducativo" del menor de edad que comete una infracción a la ley penal<sup>2</sup>.

## **2. Después de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Concepción Punitivo-Garantista del Derecho Penal de Menores**

Con el transcurrir del tiempo, se fueron haciendo cada vez más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para los menores de edad producto de la concepción tutelar, por lo que, como respuesta, surgió una nueva idea sobre el derecho de menores de edad. Esta nueva propuesta encontró su fundamento en un reconocimiento de los menores de edad como seres humanos y, por tanto, en un registro de los derechos del niño como una categoría de los derechos humanos.<sup>3</sup>

A nivel positivo, esta concepción ha quedado asentada en diversos instrumentos internacionales. Es así como en 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó "Las Reglas de Beijing", las cuales son reflejo de la denominada "Doctrina de la

*Ley Penal*, pp. 64-65., citados por Carlos Tiffer Sotomayor en: *Ley de Justicia Penal Juvenil*, Editorial Jurítexto, San José de Costa Rica, 1996.

<sup>3</sup> Palomba y Salinas. Citados por Alessandro Baratta, "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia" en *La niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal*, p. 48. Citado por Carlos Tiffer Sotomayor, *op. cit.*

<sup>4</sup> En este mismo sentido, véase Valencia Corominas, Jorge. *Derechos Humanos del Niño*, Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1990.

"Protección Integral". Este nuevo paradigma tiene como objetivo dar protección a los niños, jóvenes y adolescentes en todos los ámbitos de su desarrollo y, en este sentido, "Las Reglas de Beijing" pretenden cubrir uno de esos aspectos, el de la administración de justicia.

Continuando con esta nueva aportación, en 1990 la misma Asamblea General aprueba importantes documentos relativos a los derechos de los niños privados de libertad, a la importancia de la prevención de la delincuencia de los menores de edad en las estrategias de política criminal y el uso instrumental de menores de edad en acciones criminales.<sup>4</sup>

Sin embargo, es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el instrumento que define por primera vez el tema, con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos. Es por ello que, a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de la normativa internacional. Además, ha sido este, el instrumento que ha tenido el mérito de llamar la atención, tanto de los movimientos sociales, como del sector político, acerca de la importancia y la dimensión jurídica de este proceso de lucha por el mejoramiento de las condiciones de vida de la infancia.

De esta manera, podemos decir que la Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental, determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia. Se supera, de esta forma, la "Doctrina de la Situación Irregular" y surge, plenamente, la "Doctrina de la Protección Integral".

En este sentido, este nuevo derecho considera que el joven o adolescente está sujeto a una regulación especial en todos los ámbitos de su desarrollo, sea éste social, psíquico o jurídico. Sin embargo, se pretende que esta regulación esté claramente delimitada para que, de esta forma, no se presenten las confusiones que surgían en torno a la concepción tutelar del Derecho de Menores<sup>5</sup>.

Es así como el derecho de los niños y jóvenes en la República Mexicana, requirió de la adopción de una política criminal diferente, inspirada principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, que de acuerdo a la tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1999 está considerada como Ley Suprema, por lo que se obliga a todos los Estados que conforman la República Mexicana a adoptar este mandato.<sup>6</sup>

Una vez emitida la disposición de la Suprema Corte de Justicia, el Congreso de la Unión reformó el artículo 4º de la Constitución, con la finalidad de considerar a los niños y las niñas como sujetos de pleno derecho. Contemplando el acatamiento al respecto de los Derechos Humanos sustentados en la Convención. Habrá que señalar, que en el Estado de Veracruz el cuatro de septiembre de 1998, ya había sido puesta en vigor la Ley Num. 102 De Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz. Adelantándose a la que se promulgaría en el año 2000 publicada en el Diario Oficial de la Federación en acatamiento a lo dispuesto en el Artículo 4º constitucional.

---

<sup>4</sup>Algunos de estos documentos son las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

<sup>5</sup> Véase a Carlos Tiffer Sotomayor, *Ley de Justicia penal Juvenil*, Editorial Jurítexto, San José de Costa Rica.

<sup>6</sup> Véase a Paula Ramírez España Beguerisse, "Reforma del Artículo 18 Constitucional en Materia de Justicia para Adolescentes" en *Criminalia*, Año LXXI, No. 3, México, D.F., sep-dic., 2005, pp. 167-213.

### **3. Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz.**

Aún cuando esta Ley como ya se dijo acataba lo dispuesto por la Convención y por la Reforma al artículo 4º constitucional, hizo caso omiso a la atención que se tendría que dar a los menores que delinquían, manteniendo substancialmente todo lo dispuesto por la Ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Estado. Así lo estipula el Capítulo Octavo y Título Cuarto, de la Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz.

#### **3.1 Reforma al Artículo 18 Constitucional**

La iniciativa para la reforma al Artículo 18 Constitucional fue presentada en el Senado de la República el 4 de noviembre de 2003. Tanto, el Pleno de la Cámara de Senadores como el Pleno de la Cámara de Diputados, aprobaron dicha iniciativa el 31 de marzo de 2005 y el 28 de junio del mismo año. Posteriormente fue enviada a los Congresos de los Estados para su aprobación. Una vez obtenido el registro de cada uno de los Congresos con las aprobaciones requeridas, es emitida la Declaratoria por el Senado, que reforma el párrafo cuarto y adiciona los párrafos quinto y sexto. Tal y como a continuación observamos:

El párrafo cuarto del artículo 18 constitucional previene que la Federación y los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de "menores infractores". Esta disposición regula el régimen de ejecución de sentencias, lo que presupone que el estatuto de las garantías procesales en materia penal se instituye, fundamentalmente, en el artículo 20 de la propia Constitución. No obstante, ninguna disposición de ésta previene garantías de naturaleza jurisdiccional a favor de los "menores infractores" cuyo tratamiento constituye, actualmente, una función tutelar de la autoridad administrativa.

La vigencia en nuestro territorio de tratados internacionales orientados a conceder a niñas, niños y adolescentes la calidad de sujetos de derecho y titulares de garantías, determina la exigencia de establecer un sistema de procuración y de impartición de justicia penal para adolescentes, fijando órganos, procedimientos y sanciones acordes con las características especiales de los sujetos a quienes resulte aplicable.

La instauración de tal sistema encuentra su fundamento en los artículos 1º, 4º y 17 de la Constitución. En este sentido, en el alcance del artículo 1º quedan comprendidas las personas menores de dieciocho años de edad como sujetos de garantías; el artículo 4º establece con toda nitidez la obligación del Estado para proveer lo necesario a fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez; en tanto que el artículo 17 confiere a las personas menores de dieciocho años de edad el derecho a la jurisdicción. A mayor abundamiento habrá que citar la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del artículo 4º constitucional, la cual, en su Título IV, les confiere el derecho al debido proceso de las y los adolescentes, en caso de infracción a la ley penal.

Se trata, en consecuencia, de postular la incorporación a la Constitución de un sistema nacional de justicia penal para adolescentes, que conforme a los características especiales de éstos, proteja sus intereses en un juicio formal y en la ejecución de las sanciones aplicables mediante resoluciones judiciales.

Motivados en los argumentos expuestos y con fundamento en los artículos antes mencionados los integrantes de esta Comisión de Puntos Constitucionales coincidimos en someter a la consideración de esta Honorable Asamblea la aprobación de la Minuta con Proyecto de:

Decreto Que reforma el párrafo cuarto y adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**ÚNICO.-** Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 18. ....

.....

.....

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

.....

.....

#### Transitorios

**PRIMERO.** El presente Decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

**SEGUNDO.** Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente Decreto.

Con la reforma al 18 Constitucional, se adopta en los Estados de la Federación, el derecho penal garantista dirigido a los menores, el cual le da al joven o adolescente, mayor responsabilidad para responder por sus actos. Pero de igual manera, le otorga una serie de derechos que eran anuladas dentro del derecho tutelar.

Esta concepción punitivo-garantista de este Derecho Penal para Jóvenes y Adolescentes, tiene como rasgos más característicos los siguientes:

- a) Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.
- b) Refuerzo de la posición legal de los jóvenes y adolescentes.

- c) Una mayor responsabilidad de los jóvenes y adolescentes por sus actos delictivos.
- d) Limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal.
- e) Establece una amplia gama de sanciones como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos; reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad.
- f) Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a la misma.
- g) Conserva para los jóvenes y adolescentes los principios educativos establecidos en las legislaciones anteriores dando atención primaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor de edad

Todos estos principios y postulados de la llamada concepción punitivo-garantista Debieron de haber sido desarrollados a plenitud dentro de la nueva Ley que protege los Derechos de los niños y jóvenes que delinque en el Estado de Veracruz. Donde se debió considerar al joven o adolescente como un sujeto de derechos humanos absolutos y originarios. Estos derechos les son garantizados y reconocidos gracias a la fijación de una serie de garantías sustantivas y procesales que permiten su eficaz cumplimiento.

También se debieron tomar en cuenta los principios de responsabilidad y subsidiariedad, sobre la tipicidad, sobre la culpabilidad. Es preciso que la aplicación de una sanción se fundamente en el reproche que de los hechos se le pueda hacer por sus actos. Este reproche se fundamenta en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse. Nos dice Zaffaroni que "la culpabilidad sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la auto-determinación como capacidad del hombre. Cuando se suprime esa base, desaparece la culpabilidad, sea se le reemplaza por la peligrosidad..."<sup>7</sup>.

#### **4. Conclusión**

Sabemos que una ley por sí sola no resuelve el problema de la delincuencia de niños y jóvenes. Su aplicación requiere adiestramiento y conocimiento de este derecho. La improvisación suele convertirse en el peor enemigo de la Política Criminal..ero frecuentemente sucede que quien se arroga la confección de una ley comienza hacer uso de su "derecho" de la colocación de amigos (a) que carecen de preparación y conocimiento de la política criminal de menores, entonces, cualquier ley por más brillante que sea, no funciona. Para que sea operada como debe ser, habrá que adiestrar (enseñar) que el derecho penal para niños y jóvenes, no es un derecho penal de adultos aplicado a niños. Consecuentemente, surgirán nuevas figuras, tales como:

1. Creación de la figura del Juez para Adolescentes y Jóvenes.
2. Creación de la figura del Juez de Ejecución Penal para Jóvenes.
3. Dirección General de Atención de los Adolescentes y Jóvenes dentro de la Justicia Penal (o en Conflicto con La Ley penal)
4. Policía Judicial Juvenil
5. Policía Administrativa.
6. Instituciones adecuadas en donde exista separación física de los procesados y sentenciados.
7. Se hace necesaria la aplicación de la figura jurídica de la Conciliación.

---

<sup>7</sup> E. Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 550.

**8.** Al no existir el “Juicio Oral” en el Estado de Veracruz, que agilizaría el procedimiento, esta ley se someterá al proceso tradicional.

Si la Política Criminal es entendida como debe ser estaremos frente a una ley infantojuvenil exitosa, si no sólo será para cumplir con la tarea impuesta por el Ejecutivo en el sentido de que todos los Estados habrían de legislar al respecto.

## **Bibliografía:**

CARRANZA, Elías, y Rita Maxera, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina" en *La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal*, citados por Carlos Tiffer Sotomayor en *Ley de Justicia Penal Juvenil*, Editorial Jurítexto, San José de Costa Rica, 1996

RAMÍREZ Ramírez España Beguerisse, Paula, "Reforma del Artículo 18 Constitucional en Materia de Justicia para Adolescentes" en *Criminalia*, Año LXXI, No. 3, México, D.F., sep-dic., 2005.

TIFFER Sotomayor, Carlos, *Ley de Justicia penal Juvenil*, Editorial Jurítexto, San José de Costa Rica.

VALENCIA Corominas, Jorge. *Derechos Humanos del Niño*, Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1990.

ZAFFARONI E. Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 1979.

## **LEGISGRAFÍA**

Código del Menor de Colombia

Código Penal de Veracruz.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención de los Derechos de los Niños.

Ley de Asistencia Social para niños y niñas del Estado de Veracruz

Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

# La Asistencia Social en México.

Ma. Del Rosario Huerta Lara<sup>\*</sup>

**Resumen:** En el presente trabajo se trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país, que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el modelo de Estado social que contiene la Constitución. La importancia de la acción asistencial, tanto de las instancias públicas como de las instituciones particulares, requiere precisiones. En primer lugar, qué es la asistencia social. Después, quiénes la brindan, quiénes la reciben, cómo se ejecutan las acciones, quiénes las realizan física o materialmente, en dónde se prodigan y cuáles son los principios inspiradores y reguladores.

**Palabras clave:** Asistencia Social, Derecho a la Asistencia social, Estado social de derecho, servicios sociales.

**Abstract:** In this paper the subject now is to shape a new development in the social services of the country that broadens and complements the protecting action of this system, strengthening the social State model laid in the constitution. The importance of assistance actions from the public instances to the private institutions requires accuracy. First, they need to define what social assistance is, then who the providers are. Who the recipients are, how these actions are performed, who carries them out both physically or materially, where they are provided and which are the inspiring and regulatory principles.

**Key Words:** Social Assistance, Right to Receive Social Assistance, Social state based on the rule of law, Social Services.

**SUMARIO:** 1.- Introducción. 2.- El Derecho Internacional Pùblico. 3.- De la caridad y la filantropía 4.- De la beneficencia pública a la Asistencia social. 5.- La actualidad. 6.- Conclusiones.Bibliografía.

*Marcar la presencia del Estado asegurando la protección social, trataría de un avance notable en relación a la filosofía y la estrategia neoliberales que apuestan a Estados minimalistas. Por otra parte, en la cultura conservadora, un Estado que asegura una cobertura de protección social es visto como un Estado asistencialista en el sentido peyorativo del término. Y no se entiende como un Estado que garantiza el ejercicio de los derechos de la ciudadanía. Cuesta comprender que la atención social es efectivamente un*

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Candidata a Doctora en Derecho, UNED, España.

*derecho social. Todo esto para explicar que al examinar la situación social en el país que hoy vivimos es importante preguntarse sobre la práctica y la universalización de los derechos de la ciudadanía.*<sup>1</sup>

## 1.-Introducción

La asistencia social seguirá siendo un imperativo; incluso si continúa siendo segregada y estigmatizada. Los desafíos que plantea el futuro inmediato, para disminuir y aliviar las dimensiones e intensidad de la pobreza, hacen imprescindible revalorar el desinterés que hemos contemplado a la asistencia; aceptando que su indefinición, su carácter marginal y su insuficiencia expresan el consentimiento y la tolerancia de la sociedad hacia formas inaceptables de desigualdad y discriminación, resumidos en el desinterés por los pobres.<sup>2</sup>

En México no se han desarrollado auténticas políticas públicas en materia asistencial; en todo caso ha habido una serie de acciones y proyectos desprovistos de un eje integrador y una definición precisa. Pero la nota principal ha sido la falta de una delimitación de la esfera de competencia del ámbito gubernamental en materia de asistencia social.<sup>3</sup> Debido a que no existe en el plano constitucional una protección directa hacia este tipo de derechos plenamente reconocidos en el derecho internacional público y en muchas legislaciones nacionales.

El recorrido histórico que examina este artículo muestra esta indefinición, y más grave, que en nuestros días permanezcan vigentes concepciones varadas en el pasado, donde la tarea del Estado en la tarea asistencial fue en exceso limitado. Se consideraba que la miseria habría de desaparecer, en la medida que el desarrollo traería aparejado una ampliación de la seguridad social y, en consecuencia, la asistencia no sería necesaria. Así, la ayuda estatal se daría sólo en las posibilidades económicas del gobierno. Además, la ayuda sería eventual y la prevención debía acabarse, porque de otro modo se contribuiría a perpetuar el desnivel económico de las clases sociales. Este argumento, con todo y sus diferentes matices, ha sido sustentado por actores e instituciones políticas de signo diverso.

En conclusión, se trata de explorar a través del Derecho internacional público por una parte, y de los antecedentes históricos nacionales, desde la Colonia, el México independiente, la Reforma, y durante lo que fue el S. XX a nuestros días, cómo desde el Estado mexicano se han concebido y operado las acciones de asistencia social.

## 2.-El Derecho Internacional Público

---

<sup>1</sup> Aldaíza Sposati, Doctora en Servicio social, docente, consultora de la UNESCO y las Naciones Unidas y Secretaría Municipal de Asistencia Social de la ciudad de San Paulo, (2001-2004).

<sup>2</sup> Gloria Guadarrama, O. *Entre la Caridad y el Derecho. Un estudio sobre el agotamiento del Modelo Nacional de Asistencia social.* El Colegio Mexiquense, A.C./Consejo Estatal de Población, Zinacantepec, México, 2001.

<sup>3</sup> Eugenio Martínez, *Caminos y opciones para una política social,* Colegio de Bachilleres del Estado de México, 2002.

El derecho a la asistencia sanitaria está reconocido a través de una cuádruple vía en las principales declaraciones internacionales de derechos humanos

A. De una manera implícita a través del reconocimiento del genérico derecho a la vida.

- *Declaración Universal de Derechos Humanos*: “Todo individuo tiene derecho a la vida. *Declaración Americana de Derechos Humanos*: Todo ser humano tiene derecho a la vida”. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. *La Convención Americana de Derechos Humanos*: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”. *Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales*, aprobada por el Parlamento Europeo, en virtud de Resolución de 1989: “Todo individuo tiene derecho a la vida”. *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, de 9 de diciembre de 1989: “Todos los trabajadores deben beneficiarse, en su medio de trabajo, de condiciones satisfactorias de protección de su salud y su seguridad”. *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, de 1981: “La vida humana es inviolable. Todo ser humano tiene derecho al respeto de la vida y la integridad física y moral de su persona. Nadie puede ser privado arbitrariamente de este derecho. Todo pueblo tiene derecho a la existencia.”

B. De una manera también implícita a través del reconocimiento del derecho a la integridad psicofísica y moral:

- *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*: Derecho a la integridad personal. *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, de 1981: “La vida humana es inviolable. Todo ser humano tiene derecho al respeto de la integridad física y moral de su persona. Nadie puede ser privado arbitrariamente de este derecho”. *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1963: “Toda persona, sin distinción por motivo de raza, de color o de origen étnico, tiene derecho a...la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra su integridad personal cometido por funcionarios públicos, o por cualquier individuo, grupo o institución”. *La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965*: “Los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona. El derecho a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución.”

C. De una manera implícita a través del reconocimiento del genérico derecho a la salud:

- *La Declaración Universal de Derechos Humanos*: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”. *Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del*

*Hombre*: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”. *La Carta Social Europea*: “Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar. Asimismo, establece que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

1. Eliminar en lo posible, las causas de una salud deficiente.
2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de la responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.
3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.”

*El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. *La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales*, aprobada por el Parlamento Europeo por Resolución de 16 de mayo de 1989:

4. “Toda persona tiene derecho a beneficiarse de todas las medidas que les permitan gozar del mejor estado de salud posible.
5. Los trabajadores, los independientes y sus derechohabientes tienen derecho a la seguridad social o un sistema equivalente.
6. Toda persona que no disponga de recursos suficientes tiene derecho a la ayuda social y médica. “

*La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, de 9 de diciembre de 1989: Todos los trabajadores deben beneficiarse, en su medio de trabajo, de condiciones satisfactorias para protección de su salud y su seguridad. Deben adoptarse las medidas apropiadas para proseguir la armonización en el progreso de las condiciones existentes en este ámbito. *La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, de 1981, reconoce el derecho a la salud física y mental.

#### D. A través del reconocimiento explícito del derecho a la asistencia sanitaria:

- *La Declaración Universal de Derechos Humanos*: “Toda persona tiene derecho a la asistencia médica”. *La Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del hombre*: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.” *La Carta Social Europea*: “A fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen:

1. A cuidar de que toda persona que no disponga de recursos suficientes, ni esté en condiciones de procurárselos por sus propios medios o de

recibirlos de otras fuentes, especialmente de las prestaciones procedentes de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que necesite su estado.

2. A cuidar de que las personas que se beneficien de una tal asistencia, no sufran por ello una disminución de sus derechos políticos y sociales.
3. A prever que todo el mundo pueda obtener, de servicios competentes públicos o privados, cuantos consejos y ayuda personal necesiten para prevenir, poner término o aliviar su situación personal o familiar.”

*La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales*, aprobada por el Parlamento Europeo por Resolución de 16 de mayo de 1989: “Los trabajadores, los independientes y sus derechohabientes tienen derecho a la seguridad social o aun sistema equivalente. Toda persona que no disponga de recursos suficientes tiene derecho a la ayuda social y médica”. *La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965: “Los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho a la salud pública, a la asistencia médica”. *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. *La Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo Social*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542, de 11 de Diciembre de 1969: “El progreso y el desarrollo en lo social debe encaminarse a el logro de los más altos niveles de salud y la prestación de servicios de protección sanitarias para toda la población, de ser posible en forma gratuita.”

### ***3.-De la Caridad y la Filantropía: de indígenas enfermos, viudas, huérfanos, necesitados, pobres e indigentes y desprotegidos de la Nueva España huérfanos, enfermos mentales, menores que incurren en alguna falta a la ley y mujeres en trabajo de parto.***

El desmantelamiento que operó sobre la organización comunitaria de los pueblos mesoamericanos durante la conquista y después, lo que quedó de ella, se convirtió en una estructura fundamental para su sobrevivencia que necesariamente debió someterse al nuevo orden colonial. Fue entonces la cooperación social voluntaria, la solidaridad, la defensa de las costumbres, tradiciones y valores los elementos fundamentales que dotaron de capacidad de cohesión de la cual dependía no sólo la suerte de la persona sino de la comunidad entera. En la Colonia, ante la ausencia de un Estado tutelar, la ayuda hacia los indígenas enfermos, viudas, huérfanos, necesitados y desprotegidos de la Nueva España se realizó bajo la fórmula de la caridad cristiana, brindada por particulares y religiosos (católicos en su mayoría). Predominaba la opción preferencial por los pobres: ayuda al prójimo, actos de bondad, solidaridad grupal y principios mutualistas.

Más tarde, durante el México Independiente, fueron las instituciones civiles y religiosas quienes asumieron la responsabilidad de procurar la beneficencia social y las acciones filantrópicas aunque de manera desarticulada. La beneficencia se destinó básicamente a la atención a la salud y en menor grado a la educación y alimentación de la población pobre y marginada.

El tránsito de la caridad a la Filantropía estuvo a cargo de la Iglesia y los grupos de particulares. El papel del Estado era débil debido a las penurias de la hacienda pública. Sin embargo, en la Reforma, la beneficencia pública pasa a ser responsabilidad del Estado. Por vez primera se institucionalizan las actividades y proyectos de ayuda a los pobres e indigentes, surgiendo el concepto de beneficencia en y por el Estado. Se brinda atención a la salud, en menor grado a la educación y alimentación. Prevalecen labores desde las instituciones de gobierno marcadas por las ideas filantrópicas y caritativas. El término de beneficencia no sólo abarca acciones de atención a la salud o el socorro y la limosna a pobres e indigentes, sino también a la educación, la previsión sanitaria y otras actividades. Se consideraba como objetivo a la población económicamente débil, incapaz de satisfacer sus necesidades primordiales.

En el Porfiriato, Beneficencia pública-Beneficencia privada. Alejamiento del Estado y nuevo posicionamiento de la iglesia católica y algunos grupos privados. No obstante, se decreta que la beneficencia pase a formar parte de la salubridad general. La procuración de alivio y apoyo a las personas desprotegidas demanda el concurso activo de la ciudadanía, el gobierno y los instrumentos jurídicos y administrativos del Estado. Se empieza a conceptualizar y a poner en práctica el *Sistema de Asistencia Social Pública y Privada*. Se consagran dos principios fundamentales: el derecho de los habitantes de la República, cuando son débiles sociales-económicos, a que el Estado les preste ayuda médica, y el deber que la sociedad tiene de contribuir conforme a sus posibilidades a la anterior erogación. Los sujetos de la asistencia eran los indigentes, huérfanos, enfermos mentales, menores que incurren en alguna falta a la ley y mujeres en trabajo de parto.

**4.-De la Beneficencia pública a la Asistencia social: de Niños pobres y menesterosos. mendigos o indigentes, pequeños desvalidos, madres embarazadas, Discapacitados. Niños indígenas, niños, mujeres, ancianos, discapacitados. Grupos más desprotegidos. La familia como célula básica de la sociedad. Niñez desvalida, mujeres de escasos recursos, embarazadas y en etapa postnatal, madres que viven en condiciones precarias. Viudas zapatistas y niños españoles refugiados. Débiles sociales y económicos, ciudadanos que carecen de medios de vida, gente sin trabajo, enferma y en la miseria. Ciegos y sordomudos.<sup>4</sup>**

En los albores del siglo, tras la promulgación de la Constitución de 1917, fue durante el periodo de Álvaro Obregón (1920-1924) que surge la Sociedad Protectora del Niño; en 1921 se lleva a cabo el Primer Congreso Nacional del Niño, en el que se observa la necesidad de crear centros de higiene y atención. La Secretaría de Educación Pública da inicio al reparto de desayunos escolares. Son objeto de atención los niños pobres y menesterosos. En el siguiente gobierno, Plutarco Elías Calles (1924-1928), se realizan escasas obras de Asistencia Social; sin embargo, se abre un Dormitorio para Niños y se conforma la primera Red de Comedores Infantiles de México. Posteriormente, con Emilio Portes Gil (1928-1930) se crea un Comité Nacional de Protección a la Infancia para amparar al niño física, social y moralmente y se crea la Asociación Nacional de Protección a la Infancia (1929), con delegaciones en todo el país; 10 Hogares infantiles para que las mujeres de escasos recursos pudieran salir a trabajar; Centros para mujeres en estado de gravidez. Se crea la Asociación “Gota de Leche”, para obsequiar alimento a los niños humildes, auspiciada con presupuesto del gobierno y donativos de

<sup>4</sup> Las siguientes notas tienen como fuente el documento *Marco histórico por períodos de gobierno de la segunda década del Siglo XX al año 2000. Bases para el Desarrollo de Modelos en Asistencia Social*, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, DIF, México, Agosto del 2006.

particulares; Casas de Salud para combatir la alta mortalidad infantil; y la beneficencia pretende convertirse en actividad asistencial organizada y dirigida por el gobierno. Al indigente o el discapacitado se le culpa de su situación. Fueron objeto de atención los mendigos o indigentes, pequeños desvalidos, madres embarazadas, discapacitados.

Con Pascual Ortiz Rubio (1930-1932) se continúa con el Programa “La Gota de Leche” y se incrementan las casas hogar para niños; se agrega un sistema dominical exclusivo para niños indígenas y se transforma la Casa de Salud del Periodista en Maternidad Pública. Los niños siguen siendo la atención principal de los programas asistenciales, como también lo fueron en el periodo de Abelardo L. Rodríguez (1932-1934) adoptando modelos de puericultura, relativos al cuidado del niño, su alimentación e higiene.

Pero quizá el esfuerzo más profundo e integrador de todo este periodo de gobiernos, emanados de la revolución, tiene lugar durante el régimen de Lázaro Cárdenas del Río (1934-1940). Para entonces, la beneficencia pública, desde la óptica de la justicia y la igualdad social, se convierte en Asistencia Social. Es decir, el auxilio de los pobres no solo era una buena acción sino una obligación estatal, se trataba de una responsabilidad social. De esta manera se produce lo que serán las bases jurídicas y reglamentarias de la Asistencia Social en México, así como su orientación y sus beneficiarios. Se crea la Secretaría de Asistencia Pública; se construyen y condicionan hospicios, hospitales, asilos, dormitorios, comedores públicos, escuela para ciegos y sordomudos; se ponen en marcha los programas de Atención Médica a madres y menores de 7 años y el de apoyo a viudas zapatistas; se crea la Asociación del Niño Indígena y el Comité de Ayuda a los Niños Españoles. Como era de esperar las acciones asistenciales se dirigieron a los *sectores débiles sociales y económicos*, ciudadanos que carecen de medios de vida, gente sin trabajo, enferma y en la miseria.

Durante el sexenio de Manuel Ávila Camacho (1940-1946), la Asistencia Social adquirió una orientación clientelar. Se repartían raciones alimenticias, desayunos y meriendas a indigentes. Se realizaron campañas de alfabetización, legalización de matrimonios y educación vial a escolares; se institucionalizó el 10 de mayo, a las madres humildes les pagaban las boletas de empeño de hasta 25 pesos para liberar sus máquinas de coser. La nota principal era el paternalismo gubernamental hacia los pobres. En 1943 se crea la Secretaría de Salubridad y Asistencia, fusionando las actividades de la entonces Secretaría de Asistencia Pública con las del Departamento de Salubridad. Grupos más desprotegidos: niños, mujeres, ancianos, discapacitados fueron el principal objeto de atención de estas acciones gubernamentales.

Miguel Alemán Valdés (1946-1952) da inicio a “La Seguridad Social”, el método moderno y universal para garantizar el bienestar de las mayorías, el cual era superior a la Asistencia Social. Se reconoce a *la familia como célula básica de la sociedad*. Se crean el Instituto de Bienestar de la Infancia, la Oficina Nacional del Niño y la Asociación Pro-nutrición infantil. Se distribuyen desayunos a nivel nacional de 20 centavos, a la vez que se reciben donativos de particulares. Se instrumentan programas como los llamados Subsidios Familiares, los Hogares sustitutos y la Educación para Padres. En este periodo da inicio el proceso de privatización de la Asistencia social, perdiendo la importancia y el interés que tuvo y se convierte en una protección paternalista para los sectores económicamente débiles, esto es, la niñez desvalida, mujeres embarazadas y en etapa postnatal, madres que viven en condiciones precarias.

Con Adolfo Ruiz Cortines (1952-1958) se habla de justicia Social. Se habrá de proporcionar sustento básico a unos cuantos de entre los pobres, atender su salud cuando están enfermos. Estos esfuerzos no se dirigen a la prevención ni a la integración del individuo al trabajo. Sin embargo, se establecen comedores familiares y cocinas económicas; se instituye la Junta para el Mejoramiento de la Alimentación, vuelven a abrir las escuelas Amigas de la Obrera, guarderías, tiendas populares y centros de bienestar. En este tenor se organiza el Congreso Nacional de Protección a la Infancia que propone un Instituto para proteger a los menores de edad.

### Segunda Mitad del S. XX

Adolfo López Mateos (1958-1964) institucionaliza la Asistencia Social, con presupuesto propio. Impulso al reformismo social. Se crea el ISSSTE; retoma y afianza la Asociación de Protección a la Infancia. Se funda en 1961 el Instituto Nacional de Protección a la Infancia INPI, el cual tiene por objetivo proteger a la niñez en forma integral (salud, física y mental), reparte desayunos nutritivos y balanceados pero organizados de manera institucional en todo el sistema educativo público nacional; realiza la convención de Desayunos Escolares de la República, se replican institutos y centros regionales en el país y plantas de elaboración de desayunos y rehidratación de leche, con el Instituto Nacional Indigenista se organizan guarderías para niños indígenas; clínicas de atención a la salud dando servicio de orientación nutricional; servicio a mujeres embarazadas en centros materno infantil; desarrolla el Programa para la integración de menores vagabundos; el Instituto de Rehabilitación para niños impedidos por la Polio. México es admitido en la Sociedad Mundial de Protección a la Infancia; firma el manifiesto contra el hambre; un esfuerzo destinado a cambiar la situación de los niños sin recursos, desvalidos, niños, ancianos, mujeres y familias de escasos recursos.

Gustavo Díaz Ordaz (1964-1970). El INPI amplía su atención en alimentación, capacita y educa a los padres para lograr la integración familiar. En 1968 se crea la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez IMAN, con el objetivo de velar por los niños huérfanos, abandonados o enfermos (asistencia a menores en condiciones de riesgo). Se construye el Hospital de Pediatría y Casa Cuna Tlalpan para la custodia de niños sin familia de hasta 4 años, y la Casa Hogar para niñas de 4 a 15 años. Se disminuye sensiblemente el presupuesto de la Asistencia Social. Familia, Menores en condiciones de riesgo.

Bajo el sexenio de Luis Echeverría Álvarez (1970-1976), se marcan objetivos a la Asistencia Social, se habla no solo de *remediar* los males, sino *combatir* las causas de las carencias; se pretende de la Política Social un instrumento de Desarrollo Social, pasando de acciones aisladas a una visión global de la Asistencia Social. No era posible atender al niño sin atender a la familia cuyo pilar es la mujer; entonces se reforman las instituciones de Asistencia Social en agencias de promoción del bienestar; el INPI se reestructura en Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia, IMPI, incluyendo un área administrativa denominada Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia; el IMPI y la Política Social cubren un vacío institucional; la Asistencia Social se convertía también en responsabilidad de sus receptores, quienes debían prepararse para ayudarse a sí mismos, no ser pasivos y esperar todo del gobierno. No se trataba de paternalismo –se decía– sino de apoyo, no era caridad sino servicio; trabajaron 23 programas para

llevárselos principalmente a zonas rurales, el programa de Capacitación Campesina para la Orientación Familiar y para la salud, Parteras Empíricas, Desarrollo de la Comunidad, Paternidad Responsable (ya que por primera vez en México se da atención a la alta tasa de crecimiento demográfico); los desayunos se incrementan y logran un alcance a zonas marginadas como el Valle del Mezquital. Se establece la Red de Servicio Social Voluntario, fue el vínculo de comunicación e intercambio entre diversas dependencias y niveles de gobierno, así como entre empresas y organismos descentralizados con organizaciones privadas. Atención a niños, mujeres embarazadas y lactantes, comunidades rurales.

Durante el periodo de José López Portillo y Pacheco (1976-1982), la Secretaría de Salubridad y Asistencia hizo saber que por instrucciones del presidente se replantea la asistencia social, con base en una clasificación sobre las clases de marginación aglutinadas en dos tipos: 1. la del campo o rural y 2. La urbana, localizada en los cinturones de miseria de las grandes urbes. El primer tipo sería atendido por el Programa para zonas deprimidas y grupos marginados (COPLAMAR), el Programa Integral de Desarrollo Rural (PIDER), y por la Comisión para la Integración en Áreas Sociales marginales (CIDER), Coordinación de la Montaña de Guerrero, Oaxaca y el de las Truchas; el segundo por medio del Plan de Asistencia a la Salud a las Clases Marginadas en las Grandes Urbes del país. Se aseguraba el cambio de la Asistencia Social, ya que se pretendía nuevamente terminar con los rezagos sociales y dar a los grupos marginados “los mínimos de bienestar” (alimentación, salud, vivienda y educación), sin embargo, continuaban incrementándose los niveles de desnutrición en el país, la mortalidad infantil y la atención de la salud era escasa; se funcionan las dos instituciones encargadas de la asistencia social pública, con la innovación de coordinar también a la asistencia social privada; 1977 fusionan IMPI e IMAN y nace el Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), que debía promover el bienestar social, fomentar la nutrición y prestar servicios asistenciales, atendiendo a niños y la familia; el Sistema Nacional de la Promoción Social Voluntaria que da origen al Patronato Nacional de Promotores Voluntarios a fin de institucionalizar la labor social encabezada por la Primera Dama; se crea el Fondo Nacional para Actividades Sociales FONAPAS, cuyo objetivo es promover la cultura en niños y adultos creando casas de cultura en diversas partes del país, se organiza el primer Festival Cervantino; en 1978 se crea el Sector Salud y Seguridad Social con un Sistema Nacional de Salud (SNS) a los que se integraron los organismos de Asistencia Social. Niños, adultos, familia y comunidad son objeto de atención de los programas oficiales.

Con Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988) se publica la Ley General de Salud en la cual se establecen las facultades de la federación en materia de salud. Como parte del sector, adquieren fuerza de ley los derechos ciudadanos en cuanto a servicios de asistencia social se refieren. La Política Social se ocupa de los grupos marginados a quienes llama *vulnerables* (casi el 55% de la población), se pretendía continuar proporcionando los mínimos de bienestar social. Se le reduce presupuesto a las Instituciones de Salud (IMSS, ISSSTE, SSA) y le incrementan al DIF como órgano especializado que encabeza la asistencia social. En 1986 es aprobada la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social, la cual aglutina al DIF, Centros de Integración Juvenil y al Instituto Nacional de la Senectud. Para mejorar las actividades de asistencia social, el Plan Nacional de Desarrollo establece algunos puntos de partida. Es la primera vez que la cuestión de la asistencia social se inserta en un plan de dimensiones nacionales, como una tarea propia del Estado. Da inicio el proceso de replicas del DIF

con el establecimiento de DIFs estatales y municipales, cuyo objeto era ampliar la cobertura, además se constituye una Junta de Gobierno como autoridad; se pone en marcha un plan de rehabilitación de discapacitados y educación especial. Además de programas de asistencia alimentaria, médico, educativa, acciones para menores maltratados, fármaco-dependientes, invidentes, planificación familiar, asistencia jurídica y familiar. Niños, ancianos, niños minusválidos, comunidades de escasos recursos, familias de escasos recursos.

Durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) la asistencia social está inserta ya en el plano nacional, con una institución que parte del sector salud. Se produce una reestructuración de los programas anteriores para iniciar nuevos, algunos de los cuales son compromisos adquiridos en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1992 y otros derivados de la experiencia adquiridas. Para entonces se contempla ya la necesidad de incluir el trabajo de las comunidades organizadas en la toma de decisiones y la priorización de problemáticas; se crean programas como: Desarrollo Integral del Adolescente, Escuela para Padres, Casas de Cuidado Diario, La Salud Comienza en Casa, COPUSI, Salud Reproductiva, SOLIDARIDAD, PRONASOL, PROCAMPO, PROGRESA. En 1994 las comunidades indígenas del estado de Chiapas demandan atención a los desposeídos y justicia a los indígenas; comienzan a incrementarse la creación de organizaciones civiles para la atención de la Asistencia Social. Aplicación preferente a niños, ancianos, niños minusválidos, comunidades de escasos recursos (micro regiones) y familias pobres.

Por último, durante la presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000) la Política Social estuvo marcada por la falta de recursos, no interesaban las acciones sociales; los programas de asistencia social fueron dirigidos a la zona del conflicto en el estado de Chiapas y a aquellas en riesgo de *levantarse*; comenzó a darse el desabasto en medicamentos y atención médica debido a los recortes presupuestales en el ámbito de la seguridad social. En el de la asistencia social se redujo al mínimo para mantener solo el aspecto alimentario, ante la imposibilidad de desaparecerlo por cuestiones históricas como simbólicas, comienzan a desaparecer instituciones de asistencia social. Ante la indiferencia presidencial de la asistencia social se le abate del plano gubernamental generando graves problemas en la dirección del quehacer asistencial nacional. En febrero de 1995 se pone en marcha el Programa de Alimentación y Nutrición Familiar PANF, el cual al año y medio de anunciado desaparece debido a la falta de recursos; desaparece el Patronato Nacional de Promotores Voluntarios; es desmantelada la planta de integración de raciones alimenticias e hidratación del DIF Nacional; se realiza una reestructuración de éste organismo generando la creación del DIF para el Distrito Federal y en el Senado de la República se presenta una iniciativa de Ley de Asistencia Social, misma que no prospera. Atención a menores de 5 años, escolares de 6 a 14 años, adolescentes, ancianos, mujeres embarazada y/o en periodo de lactancia, familias que recibe hasta dos salarios mínimos, así como algunas de las localidades ubicadas en las 250 micro regiones del país.

##### **5.- *La actualidad: De niños y niñas, adultos mayores, incapaces, menores, personas con capacidades diferentes y otras figuras novedosas***

En México, la Constitución en ninguno de sus preceptos hace referencia al concepto de salud pública; sin embargo, no debemos perder de vista, que el artículo 4º

constitucional<sup>5</sup> sirve de sustento a la Ley General de Salud (Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984) por ello se le conoce como la ley reglamentaria de la referida norma constitucional, la que establece en su artículo 24 que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: I. De atención médica; II. De salud Pública, y III. De asistencia social, así las cosas, es la compilación que regula el derecho a la protección de la salud, define las bases para el acceso a los servicios de salud y establece la concurrencia entre la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, sus disposiciones son de orden público y de interés social.

De lo anterior se infiere que la Constitución consagra el derecho a la protección de la salud, mismo que se regula mediante la Ley General de Salud, en la cual se acredita a la asistencia social como un servicio de salud y se refiere a un organismo público descentralizado que tiene por objetivos, entre otros, la promoción de la asistencia social y prestación de servicios en este campo. De esta manera, el Artículo 4to. Constitucional, y sus derivaciones en la Ley General de Salud, constituyen el fundamento jurídico de la asistencia social en nuestro país.

De acuerdo a Patricia Kurczyn Villalobos<sup>6</sup> la asistencia pública en México se reglamenta en el derecho administrativo como función propia del Estado ejercida a través, primero de la "Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública",<sup>7</sup> y después por varios organismos gubernamentales y descentralizados.

En la actualidad, señala la investigadora, la administración asistencial se ejerce a través de tres importantes entidades, dos secretarías de Estado, la de Salud (vale la pena recordar su anterior nombre: Salubridad y Asistencia Pública) y la de Desarrollo Social y un organismo descentralizado, el Sistema Nacional DIF; además de las funciones sociales desempeñadas por otras tantas dependencias, entre ellas las procuradurías sociales. A nivel estatal, en términos generales, ocurre el mismo sistema de administración, y aun la misma estructura con Sistemas Estatales DIF, así como sistemas municipales.

Al considerar, como ya se expuso, que la asistencia se ejerce tanto desde el sector público como del privado, la reglamentación se dispersa en distintas leyes y códigos, circunstancia natural si se toma en cuenta que el derecho social, al que corresponde la asistencia, tiene como característica la expansión, ejerciendo su influencia tanto en el derecho público como en el privado, en sus aspectos sustantivo y adjetivo.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Mediante reformas y adiciones que se le imprimieron al artículo 4º de la Constitución Política Federal, el 3 de febrero de 1983, se elevó a rango constitucional el derecho a la protección de la salud como una garantía individual y social de los mexicanos, al señalar que: "toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las Entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución...".

<sup>6</sup> Cfr. *Asistencia pública y privada, el trabajo voluntario*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, IIJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

<sup>7</sup> Antecedentes legislativos: Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1935; las de 1939 y 1946; reformas al artículo 4o. constitucional de 1974, de 1980 y 1983. LOAPF de 1985.Olga Hernández Espíndola, *Diccionario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>8</sup> Ejemplo de unos y otros: la asistencia social como función pública, propia del campo jurídico administrativo, se conecta indisolublemente con el derecho social; así, el DIF, órgano descentralizado del gobierno, desempeña funciones asistenciales para beneficio de la sociedad. En el área privada, tanto la clásica función social de la propiedad demuestra la gentil invasión de lo social en lo privado, como la

La raíz legal de la asistencia está en la norma constitucional, el derecho a la educación (artículo 3o.) la protección a la salud, el derecho a la vivienda (artículo 4o.), el derecho y la libertad al trabajo (artículo 5o.), las facilidades para organizar y expandir la actividad económica del sector social (artículo 25), la protección de los derechos de los trabajadores (artículo 123), son el prototipo formal.

De acuerdo con las disposiciones de la Ley General de Salud (artículo 3o. frac. XVIII) la asistencia social es materia de salubridad en general. El Sistema Nacional de Salud tiene entre sus objetivos (artículo 6o.) "colaborar al bienestar social de la población mediante servicios de asistencia social (frac. III); [...] dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad (frac. IV)"<sup>9</sup>

El Sistema Nacional de Asistencia Social se desempeña en los términos de Ley de Asistencia Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de septiembre de 2004. Esta Ley se fundamenta en las disposiciones que en materia de Asistencia Social contiene la Ley General de Salud, para el cumplimiento de la misma, garantizando la concurrencia y colaboración de la Federación, las Entidades Federativas, el Distrito Federal y los sectores social y privado. (Artículo 1ro) a fin de disponer que sus *disposiciones son de orden público e interés general, de observancia en toda la República y tienen por objeto sentar las bases para la promoción de un Sistema Nacional de Asistencia Social que fomente y coordine la prestación de servicios de asistencia social pública y privada e impulse la participación de la sociedad en la materia.* (Artículo 2do.)

Las disposiciones transcritas determinan la rectoría de la asistencia social como competencia federal, entendida aquélla como "*el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección, física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva*" (artículo 3).

Esta Ley destaca en su numeral 27 las funciones de promoción de asistencia social a un organismo federal, que además debe interrelacionar las acciones correspondientes que lleven a cabo las instituciones públicas (artículo 172 de la *Ley General de Salud*).

El organismo titular con carácter de descentralizado, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia,<sup>10</sup> se proyecta a cada uno de los Estados de la Federación en las tareas de promoción de la asistencia social en su territorio, tomando como base para sus legislaciones, el modelo de la Ley Nacional. Por su parte, las leyes estatales, por lo general, garantizan la concurrencia y colaboración de los gobiernos federales, estatales y municipales, instituyendo su propio Sistema Estatal DIF.

---

intervención estatal en el ejercicio de la patria potestad, cuando existe irresponsabilidad severa, como es el caso de maltrato grave, para lo cual se prevén medidas que llegan hasta la pérdida de ésta por parte de los padres. En el derecho adjetivo, los ejemplos se representan con el funcionamiento de las diversas procuradurías, que actúan para defensa de los derechos de los trabajadores, de los campesinos y de los menores.

<sup>9</sup> Ley reglamentaria del artículo 4o. constitucional, de 26 de diciembre de 1983.

<sup>10</sup> Antes regido por los decretos de 1977 y 1982

## **6.- Conclusiones**

La asistencia social incumbe, en principio al Estado, pero no le es exclusiva, ni como función ni como obligación, sobre todo cuando se acentúan problemas económicos derivados del desajuste de oportunidades personales.

El Estado debe estimular las acciones asistenciales privadas como método de convivencia social, en función de alcanzar la justicia social, conservar la tutela social y ejercer medios de control como acción legal y moral.

La asistencia social es un derecho para quien se encuentra en estado de necesidad o de vulnerabilidad.

El derecho asistencial forma parte del derecho social, junto con otras ramas como son la previsión, prevención y seguridad social, integrando un todo llamado protección social.

La asistencia social puede ser pública o privada según su administración por organismos del gobierno o privados; en ningún caso se determina su naturaleza en función del origen de los fondos o de la condición de sus trabajadores. Finalmente se determina su régimen por el acto de su fundación o creación.

## Bibliografía

GUADARRAMA O., Gloria, *Entre la Caridad y el Derecho. Un estudio sobre el agotamiento del Modelo Nacional de Asistencia social.* El Colegio Mexiquense, A.C./Consejo Estatal de Población, Zinacantepec, México, 2001

HERNANDEZ ESPÍNDOLA, Olga, *Diccionario Jurídico,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, s/f

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Asistencia pública y privada, el trabajo voluntario,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, IIJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

MARTÍNEZ, Eugenio, *Caminos y opciones para una política social,* Colegio de Bachilleres del Estado de México, México, 2002.

SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, *Bases para el Desarrollo de Modelos en Asistencia Social,* DIF, México, 2006.

WEHRLE, Beat y Ferrari, SERGI, *La asistencia social como derecho social,* Entrevista con Aldaíza Sposati, Revista Rebelión, s/d, México

## Legislación

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ed. Porrúa, México, 2005.

LEY DE ASISTENCIA SOCIAL, Diario Oficial de la Federación, México, 2 de septiembre de 2004.

LEY GENERAL DE SALUD, Ed. Porrúa, México, 2006

Jalapa, Ver., Noviembre 2006

Ma. Del Rosario Huerta Lara

# El papel del mexicano en el desarrollo nacional

Jaqueleine Jongitud Zamora<sup>1</sup>

Grupo 102 de la Facultad de Derecho de la UV<sup>2</sup>

**RESUMEN:** El texto presenta al lector, en primer lugar, una serie de rasgos que son comúnmente considerados como parte de la caracterología del mexicano, posteriormente presenta lo que constituyen los deberes ético-jurídicos básicos de las personas respecto al desarrollo nacional, para finalmente presentar una serie de reflexiones en torno a los obstáculos que se presentan en torno al desarrollo del país y del papel que los mexicanos han jugado y deberían jugar respecto al mismo.

**Palabras clave:** desarrollo, desarrollo nacional

**ABSTRACT:** *The text presents to the reader, in the first place, a series of features that are commonly considered as part of the characterology of the Mexican, later on it presents what constitutes the basic ethical-juridical duties of people regarding national development, to finally present a series of reflections around the obstacles present around the development of the country and of the part that Mexicans have and should play regarding it.*

**Key words:** *development, national development*

**SUMARIO:** Nota introductoria; 1. ¿Quiénes somos? Algunas aproximaciones a la “mexicanidad”; 2. El desarrollo como deber ético-jurídico de las personas; 3. Replanteamientos necesarios para el desarrollo nacional.

## Nota introductoria

El documento que el lector revisa no es una investigación de Etnopsicología, por esa razón no encontrará en él un estudio exhaustivo relativo a la “mexicanidad”, sino sólo aproximaciones que diversos autores, éstos si especializados en la temática, han

---

<sup>1</sup> Docente-investigador por oposición de la Facultad de Derecho de la UV e investigadora nacional.

<sup>2</sup> Alejandra Yáñez, Corintia Cruz, Estefanny Zilli, Ingrid Pimentel, Carlos Rodríguez, Erika García, Tatiana Rodríguez, José Utrera, Flora Tiburcio, Noreli Ángeles, Diana Guzmán, Ofelia González, Jorge Mapel, Emmanuel Mogollón, Andrés Monje, Karla Rodríguez, María Fernanda Alonso, Linda Cano, Mildred Castillo, Betzy Coello, Lluvia Hernández, Mara Quintanar, Yadira Sánchez, César Canseco, Marcos Ortiz, Rufino Cano, Gustavo Vidal, Guadalupe Salmones, José González, Gerardo Pérez, José Manuel García y Maricarmen Macedo (Periodo febrero-agosto 2005-2006. Materia Seminario de Investigación I). Alumnos de primer semestre de la Licenciatura en Derecho de la UV.

hecho respecto a las características psicosociales que los mexicanos presentamos como “grupo cultural”. Los datos obtenidos a partir de estos acercamientos, contrastados con los deberes ético-jurídicos que las personas tienen respecto al desarrollo, nos permitirán delinear una serie de cuestiones notables relativas a nuestra propia participación en el desarrollo nacional.

## 1. ¿Quiénes somos? Algunas aproximaciones a la “mexicanidad”

Plantear la existencia de una *mexicanidad* ha sido desde los primeros intentos sumamente complejo. Ello no sólo por la naturaleza misma de la investigación, sino también porque la *mexicanidad* se integra de diversas, e incluso, contradictorias realidades y manifestaciones. Por ello no es extraño encontrar clasificaciones que pretenden mostrar las particularidades por grupo al interior del país.<sup>3</sup>

Más allá de las evidentes diferencias caracterológicas que existen entre los mexicanos, derivadas de condiciones socioculturales y económicas, los especialistas en la temática han intentado delinear un perfil nacional.

En el anterior sentido autores como Díaz Guerrero<sup>4</sup>, Santiago Ramírez<sup>5</sup>, Samuel Ramos<sup>6</sup>, Rodríguez Estrada<sup>7</sup>, Bartra<sup>8</sup>, Monroy<sup>9</sup> y Alan Riding<sup>10</sup>, han destacado que una de las constantes colectivas en México es el *complejo o sentimiento de inferioridad*, el cual nos ha conducido invariablemente a imitar irreflexivamente a otras culturas y a olvidar el postulado básico de que aquello que puede ser una respuesta adecuada en un determinado contexto puede no serlo en otro.

Nuestro componente indígena con sus propias inclinaciones fue minusvalorado y en su lugar se impuso la cosmovisión española lo que implicó frustración, miedo e incertidumbre respecto a continuar con los propios rasgos o “aceptar” los impuestos. Por lo que el imitar se convirtió en un medio de sobrevivencia o de participación no vergonzosa dentro del nuevo contexto. El pretender imitar primero a los españoles, luego a los franceses y más recientemente a los estadounidenses sólo ha sido el resultado del sentimiento de inferioridad entremezclado con los sentimientos de admiración [amor/mestizaje]-odio experimentados respecto a los conquistadores.

La *simulación* es una característica que también ha sido constantemente señalada y que se encuentra íntimamente ligada a las anteriores. Ésta es sumamente activa pues se recrea a cada instante. Nos auto-creamos, fingiendo ser lo que no somos, y lo que deseamos ser, hasta que llega el momento en que realidad y apariencia, mentira y verdad, se confunden. La simulación se instala en nuestro ser y se convierte en el fondo

<sup>3</sup> Por ejemplo, Rogelio Díaz establece la tipología: 1) obediente afiliativo, 2) activamente auto-affirmativo, 3) de control interno activo y 4) de control externo pasivo; mientras que Santiago Ramírez divide entre: 1) indígenas, 2) criollos y 3) mestizos, y Samuel Ramos lo hace en: 1) pelado, 2) de la ciudad y 3) burgués.

<sup>4</sup> DÍAZ GUERRERO, Rogelio, *Psicología del mexicano*, 6<sup>a</sup> edición, Ed. Trillas, México, 1994.

<sup>5</sup> RAMÍREZ, Santiago, *El mexicano. Psicología de sus motivaciones*, Ed. de bolsillo, México, 2002.

<sup>6</sup> RAMOS, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, Ed. Planeta, México, 1998.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ Estrada, Mauro y RAMÍREZ Buendía, Patricia, *Psicología del mexicano en el trabajo*, Ed. Mc Graw Hill, México, 1996.

<sup>8</sup> BARTRA, Roger, *Anatomía del mexicano*, Ed. De bolsillo, México, 2002.

<sup>9</sup> MONROY Rivera, Oscar, *El mexicano enano*, 28<sup>a</sup> edición, ED. Costa-AMIC editores, México, 2004.

<sup>10</sup> RIDING Alan, *Vecinos distantes, un retrato de los mexicanos*, trad. José E. Pacheco, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Planeta, México, 2001.

último de nuestra personalidad. Fingimos ser lo que nos somos llegando al extremo de creer que la realidad es lo simulado.<sup>11</sup>

Riding y Lewis han destacado por su parte la tendencia del mexicano a *solo vivir el momento sin pensar en el futuro*<sup>12</sup>. Ligada a esta tendencia puede ubicarse una característica más que han destacado Benítez<sup>13</sup>, Rodríguez, Riding y González; esto es, la marcada *inclinación a la corrupción*. Los mexicanos, señalan algunos de estos autores, ubican al esfuerzo en última instancia y anhelan la obtención de las cosas de manera fácil<sup>14</sup>, sus relaciones se guían más por el pragmatismo que por la ideología y por el poder más que por la ley.

En el anterior sentido cabe destacar que desde 1995, año en el que Transparencia Internacional empezó a realizar sus estudios de percepción de la corrupción en el mundo, nuestro país no ha podido pasar, en una escala de 1 a 10, de la calificación de 4 (nuestra calificación más alta: 3.6 según los reportes 2002, 2003 y 2004)<sup>15</sup>.

Más allá de la “percepción” Transparencia Mexicana informó<sup>16</sup> que entre 2005 y 2006, con base en una muestra de un poco menos de dieciséis mil personas, en México se registraron 115 millones de actos de corrupción en los últimos doce meses (partiendo de octubre de 2005) lo cual representa poco más de 19 mil millones de pesos. Siendo los actos de corrupción más comunes los de evitar ser infraccionado o detenido por un agente de tránsito; evitar que el coche sea llevado al corralón o sacarlo de él, y pagar por estacionar el coche en vía pública en lugares controlados por personas que se apropián de ellos.

El hermetismo como recurso del recelo y la desconfianza, la resignación, paciencia y disposición al sufrimiento, la falta de organización, la fácil derrota<sup>17</sup>, el respeto que raya en la abnegación<sup>18</sup>, el fatalismo, el individualismo y el egoísmo social<sup>19</sup>, la creatividad, el constante intento de huir de la realidad, el amor por el formalismo, inclusive vacío de contenido<sup>20</sup>, la ambivalencia amor-odio hacia la figura femenina son, entre otros, algunos de los elementos que los especialistas han identificado como característicos de nosotros los mexicanos.

Evidentemente los planteamientos abordados en los puntos anteriores no deben llevarnos a una suerte de determinismo irracional<sup>21</sup>, sino que más bien deben invitarnos a reflexionar a qué actitudes, esto es, qué procesos mentales individuales están condicionando tanto nuestras respuestas activas como potenciales, en el contexto

<sup>11</sup> PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad*, 6<sup>a</sup> ed., Ed. Cátedra, Madrid, 2001, pp. 175-179

<sup>12</sup> LEWIS, Oscar, *Antropología de la pobreza*, trad. Emma Sánchez Ramírez, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2004; RIDING, Alan, *Vecinos distantes, un retrato de los mexicanos*, *Op.cit.*

<sup>13</sup> GONZÁLEZ Pineda, Francisco, *El mexicano su dinámica psico-social*, Ed. Pax, México, 1959.

<sup>14</sup> BENÍTEZ, Fernando, *Viaje al centro de México*, Ed. Fondo De Cultura Económica, México, 1975.

<sup>15</sup> Transparencia Internacional, *Reporte 2004*, p.11

<sup>16</sup> Transparencia Internacional mexicana, *Índice nacional de corrupción y buen gobierno. Informe ejecutivo 2005-2006*, Ed. Transparencia mexicana, México, 2006, pp. 9-11.

<sup>17</sup> BENÍTEZ, Fernando, *Viaje al centro de México*, *Op.cit.*

<sup>18</sup> DÍAZ Guerrero, Rogelio, *Psicología del mexicano*, *Op.cit.*

<sup>19</sup> INGENIEROS, José, *El hombre mediocre*, Ed. Anaya, México, 2005.

<sup>20</sup> RIDING, Alan, *vecinos distantes, un retrato de los mexicanos*, *Op.cit.*

<sup>21</sup> Vid. al respecto FROMM, Erich, *El corazón del hombre*, trad. Florentino Torner, 2<sup>a</sup> ed., Ed. FCE, México, 2003; *El miedo a la libertad*, trad, Germeni, Gino, 6<sup>a</sup> ed., Ed. Pardos, Buenos Aires, 1961; *Espíritu y Sociedad*, Trad. Eloy Fuente, Ed. Paidós, México, 1996; *Ética y psicoanálisis*, trad. Heriberto F. Morck, Ed. FCE, México, 1953.

nacional<sup>22</sup>. Al respecto se ha sostenido que los mexicanos deberíamos aceptar nuestra diferencia con todo lo positivo y negativo que conlleva, pues ello implicaría perder el miedo y la vergüenza que se nos impuso. Se requiere entonces de una autocritica no denigrante, ni minimizadora, sino objetiva de lo que somos y de lo qué pretendemos ser.

En el anterior sentido es sumamente importante distinguir entre lo real y lo posible<sup>23</sup>; es necesario reconocer –como diría Paz– que en cada hombre late la posibilidad de ser o, más exactamente, de volver a ser otro hombre<sup>24</sup>.

## 2. El desarrollo como deber ético-jurídico de las personas

El cuatro de diciembre de 1986 en el seno de Asamblea General de la ONU es aprobada la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*<sup>25</sup>. Dicho documento implica, al menos, las siguientes cuestiones:

- 1) el reconocimiento de un derecho humano al desarrollo, que como tal cuenta con las características propias de todos los derechos humanos reconocidos: universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, etc.;
- 2) el reconocimiento del desarrollo como un proceso que implica factores económicos, sociales, culturales y políticos; cuestión que desmarca al desarrollo del enfoque de éste como mero crecimiento económico;
- 3) el reconocimiento de que todo proceso de desarrollo debe tender al mejoramiento constante de toda la población y los individuos *sobre la base de su participación activa, libre y significativa* y en la distribución de los beneficios que de él derivan<sup>26</sup>.

Respecto al último punto y conforme a lo dispuesto en la *Declaración de responsabilidades y deberes humanos* todas las personas tenemos la obligación de participar en los asuntos públicos, y como titulares de los derechos humanos y libertades fundamentales tenemos la obligación de respetar y promover los derechos de los demás<sup>27</sup>.

Lo anterior cobra todavía más relevancia cuando al interior de los diversos grupos de trabajo respecto al derecho al desarrollo se ha reconocido que entre los mayores obstáculos nacionales para el logro del desarrollo se ubican a la discriminación de la mujer, de los pueblos indígenas y de las minorías en su derecho de participación y de acceso a la atención sanitaria, educación, trabajo, propiedad y otros derechos económicos sociales y culturales; el analfabetismo; las desigualdades en la distribución de la tierra y de los ingresos; la falta de respeto al derecho a la vivienda; la corrupción;

---

<sup>22</sup> THINÉS, Georges y LEMPEREUR, Agnés, *Diccionario General de las Ciencias Humanas*, trad. Rosa Aguilar, Pilar Calvo y Rafael Lassaleta, Ed. Cátedra, Madrid, España, 1975.

<sup>23</sup> DANSET, Alain, *Psicología del desarrollo*, trad., Helene Levesque Dion, Ed. Trillas, México, 1991.

<sup>24</sup> PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad*, Op.cit., p. 163

<sup>25</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Resolución 41/128, 4-XII-1986.

<sup>26</sup> *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Op.cit. Preámbulo, párrafo 2.

<sup>27</sup> *Declaración de responsabilidades y deberes humanos*, Ed. Fundación Valencia Tercer Milenio, Valencia, España, 2000, artículos 1.7 y 16.4

la mala administración, falta de transparencia y responsabilidad; la mala gestión de recursos naturales y los conflictos internos<sup>28</sup>.

Ahora bien, si se observa con detenimiento se trata de problemas, varios de ellos, que no pueden ser imputables exclusivamente a un determinado sector social o exclusivo de responsabilidad por parte de la clase dirigente del país, sino que se trata de cuestiones en las que de una u otra manera todos hemos estado implicados a lo largo de la accidentada historia del desarrollo nacional.<sup>29</sup>.

En el anterior sentido es urgente que, en primer lugar, reflexionemos acerca del contexto en el que nos desenvolvemos, así como respecto al papel que hemos estado desempeñando en el mismo, y en segundo lugar, que reconduzcamos nuestros esfuerzos a forjar, desde nosotros mismos, una ciudadanía que promueva –en lugar de obstaculizar– el desarrollo nacional<sup>30</sup>.

### **3. Replanteamientos necesarios para el desarrollo nacional**

Tomando en consideración los apartados anteriores cabe decir que un problema importante para alcanzar el desarrollo en México es el de la falta de autoconfianza. Véasele como se le vea: desde la actitud acomodaticia a formas extrañas, hasta la creencia explícita o implícita de que cualquier cosa se hace mejor fuera que dentro de nuestras fronteras, la falta de autoconfianza, que puede percibirse en franjas de todos los sectores de la población y que muy a menudo es resobada por los medios de comunicación es un problema.

La confianza en uno mismo es sin duda fundamental para los procesos de desarrollo, de ahí que haya quienes, como Martínez Navarro<sup>31</sup>, la consideren como uno de los bienes internos a proteger y promover en las tareas del desarrollo o quienes, como Denis Goulet<sup>32</sup>, la establezcan como necesaria para la elección de estrategias de desarrollo, porque en ella reside el compromiso con la creación y adaptación innovadora a la luz de los imperativos, los valores, las prioridades y la herencia de la región.

Evidentemente, la autoconfianza que está íntimamente relacionada con la autoestima a la que se refiere Cortina como una de las necesidades más básicas de los seres humanos<sup>33</sup>, no implica un chauvinismo cultural, ni mucho menos la promoción de una solidaridad al estilo del pragmatismo de Rorty<sup>34</sup>. Ésta por el contrario se ha de

<sup>28</sup> GRUPO DE TRABAJO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Cuestión de la realización del Derecho al Desarrollo. Informe del GTEG acerca de su primer período de sesiones*, E/CN.4/1994/21, 13-XII-1993.

<sup>29</sup> Vid. respecto a la historia del desarrollo nacional y de sus condicionamientos previos a: SALGADO Pineda, Benito, SALGADO Antunez, Ramferi, VÁLDEZ Ríos, Blanca Rosa, *Desarrollo socioeconómico de México*, Ed. PAC. México, 2002; VILLARREAL González Diana, *La Política económica y social de México en la globalización*, Ed. Porrúa, México, 2000, y DAUS, Federico, *Desarrollo y Comportamiento*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, 1976.

<sup>30</sup> CORTINA, Adela, *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Alianza, Madrid, 1998; THIEBAUT, Carlos, *Vindicación del Ciudadano*, Ed. Paidós, España, 1998, y CAMPS, Victoria, *Paradojas del Individualismo*, Ed. Drakontos, Barcelona, 1993.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ Navarro, Emilio, *Ética para el desarrollo de los pueblos*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 176.

<sup>32</sup> GOULET, Denis, *Ética del desarrollo. Guía teórica y práctica*, Ed. Iepala, Madrid, 1999.

<sup>33</sup> CORTINA, *Por una ética del consumo*, Taurus, España, 2002, p.109

<sup>34</sup> RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, España, 1996. Rorty, R., *El pragmatismo una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Ariel, España, 2000.

encontrar pertrechada de una visión crítica tanto respecto de las normas, acciones y decisiones propias, como respecto a los modelos que prevalecen fuera de nosotros. En este sentido, ella nos permite plantear con toda claridad las cuestiones de qué queremos y para qué lo queremos, cuyas respuestas, bien nos puede mostrar de entrada qué de lo externo es lo que no deseamos en términos de justicia, de vida buena o de aquella vida que merece ser vivida, y qué es lo que merece tenerse en cuenta.

La autoconfianza nos permite reconocer sin regateos aquellas cosas que en el ámbito de una ética universalista pueden concebirse como correctas, nos permite reconocer aquello que como nación hemos concretado: en nuestro país se vive una cultura de la paz, que no sólo se ha mostrado en situaciones como la negativa de otorgar su voto en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a EU para intervenir en Irak<sup>35</sup> y su larga trayectoria en el tema dentro del ámbito internacional, sino también en el bajo gasto militar<sup>36</sup> y en las actividades prioritarias que nuestro ejercito realiza (educación, apoyo y auxilio de la población), así como en la propia percepción de la población respecto a la guerra<sup>37</sup>; no sufrimos el flagelo del terrorismo, ni la patética actuación de grupos xenofóbicos; la diversidad la hemos asumido bajo el signo de la humanidad. Lo anterior no obstante reconocer que tenemos temas pendientes urgentes de atender de manera más eficaz, como por ejemplo la discriminación y la desigualdad.

Por otra parte, un obstáculo relacionado con el anterior es el referente a la necesidad de trabajar una visión crítica global. Llama la atención el escaso espacio dedicado en los diversos medios de comunicación (principalmente radio y televisión, que son los mecanismos a los que mayormente accede la población) a la situación y análisis internacional. Destaca también el hecho de que en los espacios internacionales se dedica una muy buena parte de ellos a los EU, situación comprensible (debido a la ubicación geográfica e intensa relación comercial, sin dejar de lado los temas de narcotráfico y inmigración), pero que desafortunadamente no es una atención que permita una crítica y revalorización de nuestra identidad moral<sup>38</sup>, pues la atención se centra casi exclusivamente en el éxito económico y tecnológico de nuestro vecino y no en temas que pueden servir como parámetro de evaluación sobre qué es lo pretendemos como proyecto nacional.

Es necesario mirar, más y mejor, críticamente y de manera constructiva hacia el mundo del que somos parte, porque sólo una visión crítica e inserta en el contexto internacional, nos permitirá comprender que todas las naciones presentan errores y aciertos, y que a final de cuentas lo que debe regirnos es una visión universalista en la que el centro lo ocupe lo humano.

Por cuanto hace a la desconfianza en general y en las instituciones en particular es necesario decir que ésta se encuentra íntimamente relacionada con la corrupción. También es necesario reconocer que el fenómeno de la corrupción no es exclusivamente mexicano, sino que éste puede encontrarse en todos los países o incluso puede

---

<sup>35</sup> Resolución S/RES 1441 (2002) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8-XI-2002.

<sup>36</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2002*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2002, p.217

<sup>37</sup> El Diario Reforma (13-IX-2002) dio a conocer que con relación al posible inicio de la guerra entre EU e Irak el 49% de los mexicanos opinaba que la postura de México debía ser neutral, mientras el 28% consideraba que debía ser de rechazo. Sólo 2 de cada 10 mexicanos opinó que el país debía apoyar a EU.

<sup>38</sup> CORTINA, Adela, *Por una ética del consumo*, Ed. Taurus, España, 2002, p.105

compartirse<sup>39</sup>. Sin embargo, lo que aquí importa es que este fenómeno lo hemos experimentado los mexicanos y lo vemos como uno de nuestros peores lastres.

Ahora bien, un primer acercamiento a la cuestión exige la reflexión sobre los costos que la corrupción reporta a los pueblos, que evidentemente no sólo se miden por los millones de pesos en pérdidas, sino también por la confianza interna y externa que se ve erosionada. En este sentido, atinadamente ha dicho Adela Cortina que la corrupción tiene al menos seis efectos perversos en los países: 1. engendra pobreza económica; 2. genera injusticia y exclusión, pues siempre va por el privilegio y no por la universalización; 3. crea anomia generalizada cuando la gente se da cuenta de que hay privilegiados y se admite el pacto del silencio en espera de su turno sin el cumplimiento de las normas; 4. genera pérdida de capital social; 5. genera la pérdida de confianza generalizada, y 6. está íntimamente relacionada con la generación de círculos viciosos<sup>40</sup>. La corrupción tiene pues un amplio e importante espectro de consecuencias que nos afectan a todos, no sólo en términos económicos y de eficacia, sino también en lo anímico, pues crea desánimo, trunca la iniciativa, la creatividad, el compromiso personal, burla nuestra agencia y condiciona en mucho el ejercicio de la libertad real de cada uno.

Ante lo anterior, y desde la cotidianeidad, cualquiera puede responder que lo que se exige mediante el *deber ser* en la realidad es simplemente poco “inteligente”, puesto que lo que cada individuo puede o no hacer se ve condicionado fuertemente por el contexto social y el papel desempeñado por las instituciones<sup>41</sup>, por ello debe trabajarse simultáneamente por una transformación que apunte a la actuación ética de todos y por el mejoramiento de los mecanismos y medidas encaminados a la erradicación del citado mal. Y es que ni ONG's, ni instituciones, ni fundaciones, ni empresas, pueden responder a las exigencias éticas si no cuentan en su seno con auténtica vocación ética, con sujetos comprometidos, responsables y de buena voluntad. Por ello se requiere la defensa de la estructura colectiva cimentada en hombres y mujeres que se reconocen como el potencial básico de cambios institucionales, políticos, sociales y económicos.

Pero junto con lo anterior, también se hace necesario un eficaz sistema de incentivos económicos y morales para aquellos que cumplan con las normas, mecanismos institucionales más directos que desalienten toda conducta contraria a la normativa, transparencia y publicidad, un auténtico y eficaz servicio civil de carrera, sistemas de inspección, y sanciones que se correspondan con el daño causado y que aleje el fantasma de la impunidad de la sociedad, y claro está, también es necesaria la profundización de la democracia como forma de vida y como forma de gobierno que presenta fuertes incentivos para la actuación apegada a derecho y a ciertos cánones básicos que permiten la consecución y conservación del poder.

El problema de la corrupción es un problema de todos y la decisión estriba en elegir entre ser parte del problema o ser parte de la solución. En ser un obstáculo o una ayuda para alcanzar una mayor calidad de vida en el país.

---

<sup>39</sup> GARZÓN Valdés, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción” en *Claves de la razón práctica*, núm. 85, España, 1995.

<sup>40</sup> Conferencia: “Ética de la empresa como antídoto de la corrupción” impartida por Adela Cortina en el marco del seminario *Crear confianza en una sociedad compleja* de la fundación ETNOR, Valencia, España, 9 de octubre de 2002.

<sup>41</sup> MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, Trad. Juan García Ponce, Ed. Joaquín Mortiz, Boston, EU, 1964.

Por cuanto hace a la *práctica simuladora* ¿a quién pretendemos engañar? Instituciones a prueba de balas que apenas entran en contacto con ellas se desmoronan ante tu vista, mayor cobertura educativa sin calidad, grados académicos sin sustento, exigencia de una mejor formación para el trabajo cuando el mercado laboral ya de antemano ha tomado una decisión (amiguismo, nepotismo... algo de ello tiene que decir la fuga de cerebros)<sup>42</sup>, pomposas e impresionantes estructuras jurídicas e institucionales de primer nivel sólo existentes en la imaginación... la lista podría continuar, pero la realidad sigue ahí en la cotidianidad esperándonos hasta que tengamos que rendirnos ante ella. Ser nuestros arquitectos, a nuestra medida y gusto, (falsedad y fingimiento) no nos resuelve, ni resolverá los problemas de fondo (más allá de las formas). Nuevamente la autocítica constructiva en este espacio es fundamental.

Existe un tema fundamental que de una u otra forma se encuentra en muy buena parte de las propuestas éticas para el desarrollo de los pueblos. El sustento de la solidaridad global de Goulet, la agencia de Sen, la *praxis* individual de Croker, el desarrollo de la integridad moral de Martínez Navarro, la forja de un buen carácter a la que apunta Cortina o el humanismo que hunde sus raíces en lo fáctico de Conill<sup>43</sup> son expresiones que de una u otra manera se relacionan.

La vivencia de la crisis y la eterna vía al desarrollo tienen sus costos que son susceptibles de medición no sólo en términos económicos, sino también anímicos. Es por ello, que atender a éstos es fundamental, en este sentido tomar conciencia del poder de nuestra acción ética en la vida pública y privada es fundamental.

Cada ser humano por humilde que sea su posición en la organización social cuenta con un poder de acción, que en caso de ejercerse, puede marcar importantes diferencias. Nuestras acciones y omisiones, buenas y malas, correctas e incorrectas tienen un radio de acción en aquel medio en el que nos desenvolvemos y otro en las diferentes comunidades posibles en las nos encontramos inscritos por humanos. Evidentemente entre mayor es el radio de acción en el que las acciones y decisiones que asumimos tienen repercusiones, mayor es nuestro poder y por tal tenemos una mayor responsabilidad. Aun con ello, nuestro propio radio por minúsculo que sea tiene no sólo importancia para lo inmediato, sino también para los radios correspondientes a las diferentes comunidades posibles.

Nuestras acciones y decisiones, querámoslo o no, tienen sus consecuencias. Es por ello que no debemos perder de vista que en nuestras manos todos tenemos un gran poder que por sí mismo puede marcar diferencias importantes en nuestra respectiva vida y comunidades. Lo anterior evidentemente no se afirma en el sentido de que con la simple acción en solitario sea suficiente, como puede deducirse de los anteriores párrafos, únicamente se pretende subrayar la importancia que ésta por sí misma tiene y por el poder transformador que ésta tiene cuando se eleva al rango de conciencia social.

Finalmente, un último punto, pero no por ello menos importante, es la necesidad de asumir la responsabilidad que nos compete en un barco que ha permanecido prácticamente varado. Ya somos muchos los hijos de la crisis en este país, millones de personas que hemos nacido con ella y a la que hemos permanecidos ligados, cooperando

---

<sup>42</sup> CASTAÑOS-Lomnitz, Heriberta, *La Migración de Talentos en México*, Ed. Porrúa, México, 2004.

<sup>43</sup> CROCKER, David, *Praxis y socialismo democrático*, FCE, México, 1994. CORTINA, Adela, *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1997; Cortina, *La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1995.

o no con ella. Por ello el asumir la responsabilidad, *responder* por nuestros propios actos de manera diligente y comprometida, constituye el primer y más importante paso para arrancar en la construcción de una ciudadanía, punto ineludible para la consecución del auténtico desarrollo humano.

## Bibliografía

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Resolución 41/128, 4-XII-1986.

BARTRA, Roger, *Anatomía del mexicano*, Ed. Debolsillo, México, 2002.

BENÍTEZ, Fernando, *Viaje al centro de México*, Ed. Fondo De Cultura Económica, México, 1975.

CAMPS, Victoria, *Paradojas del Individualismo*, Ed. Drakontos, Barcelona, 1993.

CASTAÑOS-Lomnitz, Heriberta, *La Migración de Talentos en México*, Ed. Porrúa, México, 2004.

CORTINA, Adela, *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Alianza, Madrid, 1998.

CORTINA, Adela, *Ética aplicada y democracia radical*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

CORTINA, Adela, *La ética de la sociedad civil*, Ed. Anaya, Madrid, 1995.

CORTINA, Adela, *Por una ética del consumo*, Ed. Taurus, España, 2002.

CROCKER, David, *Praxis y socialismo democrático*, Ed. FCE, México, 1994.

DANSET, Alain, *Psicología del desarrollo*, trad., Helene Levesque Dion, Ed. Trillas, México, 1991.

DAUS, Federico, *Desarrollo y Comportamiento*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, 1976.

*Declaración de responsabilidades y deberes humanos*, Ed. Fundación Valencia Tercer Milenio, Valencia, España, 2000.

DÍAZ GUERRERO, Rogelio, *Psicología del mexicano*, 6<sup>a</sup> ed., Ed. Trillas, México, 1994.

FROMM, Erich, *El corazón del hombre*, trad. Florentino M. Torner, 2<sup>a</sup> ed., Ed. FCE, México, 2003

FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, trad, Germeni, Gino, 6<sup>a</sup> ed., Ed, Pardos, Buenos Aires, 1961.

FROMM, Erich, *Espíritu y Sociedad*, Trad. Eloy Fuente, Ed. Paidós, México, 1996.

FROMM, Erich, *Ética y psicoanálisis*, trad. Heriberto F. Morck, Ed. FCE, México, 1953.

- GARZÓN Valdés, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción" en *Claves de la razón práctica*, núm. 85, España, 1995.
- GONZÁLEZ Pineda, Francisco, *El mexicano su dinámica psico-social*, Ed. Pax, México, 1959.
- GOULET, Denis, *Ética del desarrollo. Guía teórica y práctica*, Ed. Iepala, Madrid, 1999.
- GRUPO DE TRABAJO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Cuestión de la realización del Derecho al Desarrollo. Informe del GTEG acerca de su primer período de sesiones*, E/CN.4/1994/21, 13-XII-1993.
- INGENIEROS, José, *El hombre mediocre*, Ed. Anaya, México, 2005.
- LEWIS, Oscar, *Antropología de la pobreza*, trad. Emma Sánchez Ramírez, Ed. FCE, México, 2004.
- MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, Trad. Juan García Ponce, Ed. Joaquín Motriz, Boston, EU, 1964.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio, *Ética para el desarrollo de los pueblos*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- MONROY Rivera, Oscar, *El mexicano enano*, 28<sup>a</sup> edición, Ed. Costa-AMIC, México, 2004.
- PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad*, 6<sup>a</sup> ed., Ed. Cátedra, Madrid, 2001.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2002*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2002.
- RAMÍREZ, Santiago, *El mexicano. Psicología de sus motivaciones*, Ed. de bolsillo, 2002.
- RAMOS, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, Ed. Planeta, México, 1998.
- RIDING Alan, *Vecinos distantes, un retrato de los mexicanos*, trad. José Pacheco, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Planeta, México, 2001.
- RODRÍGUEZ Estrada, Mauro y RAMÍREZ Buendía, Patricia, *Psicología del mexicano en el trabajo*, Ed. Mc Graw Hill, México, 1996.
- Rorty, R., *El pragmatismo una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Ed. Ariel, España, 2000.
- RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Ed. Paidós, España, 1996.
- SALGADO Pineda, Benito, SALGADO Antunez, Ramferi, VÁLDEZ Ríos, Blanca Rosa, *Desarrollo socioeconómico de México*, Ed. PAC. México, 2002.
- THIEBAUT, Carlos, *Vindicación del Ciudadano*, Ed. Paidós, España, 1998.
- THINÉS, Georges y LEMPEREUR, Agnés, *Diccionario General de las Ciencias Humanas*, trad. Rosa Aguilar, Pilar Calvo y Rafael Lassaleta, Ed. Cátedra, Madrid, España, 1975.

Transparencia Internacional mexicana, *Índice nacional de corrupción y buen gobierno. Informe ejecutivo 2005-2006*, Ed. Transparencia mexicana, México, 2006.

VILLARREAL González Diana, *La Política económica y social de México en la globalización*, Ed. Porrúa, México, 2000.

# **Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa**

Rafaela López Salas\*

**RESUMEN:** Una de las cuestiones centrales de la teoría general de los derechos humanos es, el conflicto de derechos y los límites impuestos a esos derechos. En el planteamiento se aborda la propuesta tradicional de la teoría de los límites y los métodos utilizados para la solución de dichos conflictos. A los métodos de jerarquización y ponderación o balancing, se incorpora la propuesta alternativa de ajustamiento de los derechos, vía que propone armonizar los derechos a partir de su contenido esencial.

**Palabras claves:** Conflicto de derechos, límites de los derechos, ponderación o balancing.

**ABSTRACT:** *One of the central matters of general human rights theory is their conflict and the limitations imposed on them. In the exposition, the traditional proposal of the theory and the methods used for the solution of such conflicts is addressed. To the methods of hierachal structuring and ponderation or balancing, the alternative proposal of rights adjustment is incorporated, a way that proposes to harmonize the rights from its essential content.*

**Key Words:** *human rights conflicts, human rights limits, balancing test.*

**SUMARIO:** Planteamiento. I. Teoría de los límites. II. Métodos aplicables a los conflictos de derechos. III. Una propuesta alternativa. Bibliografía.

## **Planteamiento**

La teoría de los derechos humanos se ha desarrollado en los últimos tiempos, en virtud de una serie de acontecimientos, que han colocado en el centro del debate a la persona humana y sus derechos humanos.<sup>1</sup> Derechos que una vez incorporados en la legislación adquieren denominaciones diversas, derechos fundamentales, derechos del hombre, garantías individuales o constitucionales.

La íntima vinculación que guarda la persona con los derechos inherentes a su naturaleza, ha generado una de las cuestiones, que a mi juicio, es apasionante: el conflicto de derechos. El tema es abordado por el Derecho Constitucional y la Teoría

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Veracruzana. Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores. Coordinadora de la Maestría en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> Guerras, atentados terroristas, prácticas genocidas.

general de los derechos humanos, posiciones teóricas permeadas casi siempre por la jurisprudencia.

El conflicto de derechos, que algunos autores llaman “inevitable colisión de derechos o bienes jurídicos,”<sup>2</sup> para Serna y Toller se expresa en la necesidad de “[...] determinar tanto en abstracto como en concreto, lo razonablemente justo en aquellos campos donde dos derechos parecen oponerse o, más generalmente, donde se presentan casos bajo la forma de conflicto entre diversos bienes constitucionales [...]”.

El conflictivismo conlleva al tema de los límites, cuestión que plantea desde esta perspectiva, una solución en función de la imposición de límites, que las leyes establecen al ejercicio de los derechos y libertades, los cuales operan como “fronteras necesarias para el caso de que se abuse de la libertad otorgada.”<sup>3</sup> Se advierte que tal postura se orienta a proteger los derechos fundamentales mediante la resolución de trazar restricciones a los mismos.<sup>4</sup> La otra viene dada en el sentido de considerar que no se trata del derecho y sus restricciones, sólo existe un derecho con un determinado contenido, por lo tanto, el problema no está en función del derecho y de si éste debe ser limitado o no, está en función de su contenido.<sup>5</sup>

Al poner el acento en el contenido del derecho, el punto determinante de la cuestión se desplaza hacia lo que el tribunal constitucional español ha denominado “límites necesarios de los derechos”, que son aquellos, derivados del sentido y contenido mismo del derecho fundamental, o bien, lo que la doctrina alemana refiere como límites internos.<sup>6</sup>

## I. Teoría de los límites

El criterio general que funda los límites jurídicos impuestos a las libertades obedece a que los derechos fundamentales pertenecen a todas las personas, tienen un carácter universal, en ese sentido no son absolutos, en consecuencia las limitaciones,

No deben entenderse como restricciones inevitables a derechos que de suyo son ilimitados, pues tales derechos no son más que medios para el cumplimiento de los deberes naturales, es decir son, como todos los medios, bienes relativos, cuya bondad o valor dependen precisamente del bien o fin al que sirven. Por ello decir que el derecho a manifestar libremente las opiniones, por ejemplo, está limitado por el deber de veracidad no significa imponer un límite a un derecho absoluto, sino encausar tal derecho hacia el fin al que sirve, de modo que siga siendo lo que es y no se pervierta en un abuso aparentemente justificado.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Enrique Bacigalupo, Robert Alexy, García Pablos, Desantes Guanter, Carlos Soria, entre otros.

<sup>3</sup> Ramón Rodríguez, *Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1978, p. 368

<sup>4</sup> Teoría externa. “Admite que en los ordenamientos jurídicos los derechos se presentan primordial o exclusivamente como derechos restringidos pero, tiene que insistir en que también son concebibles sin restricciones. Por ello, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada sólo a través de una necesidad externa del derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos.” Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 268

<sup>5</sup> Teoría interna. “Cuando se habla de límites en lugar de restricciones, se habla de restricciones inmanentes” *Ibidem*

<sup>6</sup> Por ejemplo un límite interno del derecho de información es la veracidad.

<sup>7</sup> Jorge Adame Goddard, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, UNAM, México, 1996, p.172

Los límites obedecen también a un principio de legalidad que consiste en no restringir previamente el ejercicio de ningún derecho, simplemente ejercer a posterior la acción administrativa o jurisdiccional que proceda, cuando en ejercicio de un acto absolutamente libre, se violente un derecho ajeno. La tipificación de las conductas previas al hecho en la ley de que se trate, como formalidad legal prevista en el ordenamiento jurídico, operan como barreras defensivas del derecho.<sup>8</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los límites a los derechos individuales sostiene que éstos son caracterizados en ejercicio legítimo de un derecho que la ley suprema de la unión le reconoce a todos en su calidad de personas, por tanto, tienen el deber ineludible de respetar las leyes expedidas por el poder público, es un principio democrático sostenido en todas las democracias modernas, que sólo puede cimentarse la verdadera libertad, cuando cada uno de los asociados limita sus acciones por el respeto que se merece el derecho ajeno.<sup>9</sup>

La corte se pronuncia también por la exhaustividad de los límites constitucionales, establece para ello, un principio de obligada observancia al momento de ponderar las limitaciones a las libertades, las que no deberán exceder a las contenidas en nuestra Constitución Federal<sup>10</sup>

## II. Métodos aplicables a los conflictos de derechos

Tomando como punto de partida que para la jurisprudencia mexicana los derechos de las personas reconocidos en la constitución no son ilimitados, sino que encuentran su frontera en el derecho ajeno, y en general en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, es común, que tanto derechos fundamentales como límites impuestos a los mismos se interrelacionen y vinculen entre sí al precepto jurídico de defensa de los derechos fundamentales, lo que es coherente dada la condición no absoluta de los mismos, desde el momento que se ejercen en un plano colectivo de coexistencia con los demás derechos.

Para resolver los conflictos de derechos se utilizan tradicionalmente dos métodos, el de jerarquización y el de ponderación llamado también balancing.<sup>11</sup> En el primero el conflicto se resuelve sacrificando un derecho en beneficio del otro, cuando entran en conflicto dos derechos el intérprete no busca armonizarlos, sino que sacrifica el de menor rango en aras del que se considera de nivel superior, pero como no todos los derechos tienen la misma jerarquía en caso de conflicto prevalece el de mayor rango, para ello se tiene que determinar la jerarquía de cada valor.

---

<sup>8</sup> “El ejercicio de un derecho no depende de ninguna actuación previa de ningún órgano estatal, sino simplemente de la voluntad del titular del derecho..., toda libertad tiene su contrapartida en la responsabilidad..., no hay más acto libre que el responsable, por tanto quien en uso de su libertad realiza un acto, o emite un juicio que lesione a un individuo, a la sociedad o a la organización social o política de un país, responderá por esa conducta, solo que no a priori sino a posterior” Gregorio Peces-Barba, *et al.*, *Sobre las libertades políticas en el Estado español*, Fernando T., Madrid, 1982, p.23

<sup>9</sup> Cfr. *Semanario Judicial, Segunda época*, Tomo VII, p. 641.

<sup>10</sup> Artículo 1 primer párrafo, “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”

<sup>11</sup> *Passim*, Pedro Serna, Fernando Toller, *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000. Desarrollan ampliamente los métodos citados.

Serna propone para ello, tres métodos: 1. consiste en examinar la mayor o menor restringibilidad de cada derecho en función del valor que proteja, un derecho es menos restringible en la medida del valor al que protege. 2. aplicar la sustracción hipotética, consiste en imaginar que pasaría si se negara una categoría de derechos, luego imaginar que se aceptara ésta y se negaran otros y así sucesivamente para comprobar cual perdida es la más significativa. 3. la renunciabilidad de los derechos contempla que existen valores (derechos) que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos, el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa incluso la calificación de “derechos subjetivos” a la cobertura jurídica que los protege.<sup>12</sup>

En el método de ponderación se contrapesan los distintos elementos y se decide cuál de las regulaciones contrapuestas, resulta más necesaria o justificada para proteger el respectivo derecho o bien. Consiste en contrapesar los bienes jurídicos en pugna, valorar las circunstancias del caso, determinar cuál es de mayor peso y cuál debe excluirse. El peso de los derechos constitucionales en lucha determina la limitación en beneficio de intereses generales.<sup>13</sup>

Podemos concluir con los autores que se ocupan del tema, que una solución justa para todos los casos está lejos de ser garantizada, pero una actitud jurídicamente pertinente es aquella que tiende a privilegiar la armonía entre los derechos.

### **III. Propuesta Alternativa**

Una tercera vía de solución para resolver el conflicto de derechos fundamentales se expone a continuación:<sup>14</sup>

La propuesta alternativa a estos dos métodos parte de considerar que los derechos no están en pugna sino que son derechos armonizados, para ello, el problema se aborda desde el punto de vista de la unidad de los derechos, el conflicto –si es que existe– se desplaza a las pretensiones, a los intereses individuales de cada una de las partes. Los derechos son armónicos, los intereses de las personas no, la pretensión exige, precisamente, que el interés del otro se subordine al propio.

¿Cómo realizar una interpretación constitucional que conduzca a armonizar los derechos? creemos que la respuesta viene dada en el sentido de realizar una interpretación que tenga como punto de partida la unidad y armonía de los derechos y el acomodamiento, (ajustamiento) del derecho a los intereses controvertidos, a las pretensiones.

---

<sup>12</sup> Propone Serna una clasificación jerárquica de derechos,. 1) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc) 2) Derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.) 3. derecho a la libertad física 4) restantes derechos de la personalidad. 5) derecho a la información 6) derecho de asociación. 7) los restantes derechos individuales. 8) los derechos patrimoniales. *Ibid*, p. 9

<sup>13</sup> “Por ello, uno de los dogmas más extendidos en la doctrina norteamericana es que el *balancing* es absolutamente inevitable e indispensable cuando entran en juego valores directamente reconocidos en el texto constitucional, y en especial cuando se trata de juzgar el interés público en la libertad de expresión en conjunto con otros bienes y/o derechos constitucionales” *ibid*, p. 11 Sobre el mismo tema consultese a Robert Alexy, Carlos I. Massini Correas, Javier Hervada, Juan Cianciardo, entre otros.

<sup>14</sup> La exposición de la propuesta metodológica alternativa que desarrollo se basa en la de Juan Cianciardo, Pedro Serna y Fernando Toller.

Por lo tanto, la pauta para la interpretación de los derechos fundamentales debe ser la unidad armónica del derecho, para ello se debe superar la interpretación lingüística literal de la norma fundamental y orientarla al fundamento, hacer una interpretación teleológica y sistemática, para determinar el contenido esencial del derecho. Ese contenido esencial del derecho va a permitir encontrar los puntos de compatibilidad de los derechos, en que respetando el núcleo esencial de cada uno de ellos, se ajuste la controversia, de tal forma, que sea posible la solución sin que se sacrifique ningún derecho. Por lo tanto, armonizar los derechos es pensarlos desde su contenido esencial, es mirar hacia los límites internos de los derechos en litigio, hacia su naturaleza, el bien que protegen, la finalidad, su ejercicio, perfiles y esferas de funcionamiento razonable.

En este orden, la interpretación del precepto constitucional del derecho de que se trate, implica examinar su contenido, teniendo en cuenta que éste se fundamenta en valores individuales y sociales que le otorgan un alcance amplio, delimitar desde el bien protegido por el derecho, desde la finalidad del mismo, su núcleo constitucional, que al ser determinado en circunstancias concretas, es inexcepionable. De tal forma que su ejercicio razonable, en una sociedad democrática como la nuestra, donde la paz social y el orden político democrático se basan, entre otras cosas, en los derechos fundamentales, el mínimo de ese derecho fundamental debe quedar salvaguardado, para no llegar a la anulación de alguno de los derechos en pugna.

En el conflicto de derechos fundamentales, un derecho entra en choque con otro, básicamente porque una norma de derecho constitucional o internacional lo considera como límite a otro derecho, pero además el o los derechos que operan como límite son del mismo rango que el derecho limitado, por lo tanto, tiene carácter de derecho fundamental.

La jerarquía que guardan unos derechos con otros y se opta por la prevalencia de un derecho sobre otro, hay un menoscabo o sacrificio de derechos fundamentales, uno de los derechos es anulado o frustrado en su ejercicio. Esta forma de solucionar los conflictos ha llevado a afirmar que uno de los derechos desaparece, porque finalmente es el derecho jerárquicamente superior el que está presente, el otro se anula.<sup>15</sup>

Podemos afirmar con Serna y Toller que tratándose de derechos fundamentales no es aconsejable establecer jerarquizaciones, ponderaciones o límites que den prioridad a un derecho fundamental sobre otro para resolver el conflicto, porque los bienes humanos de los derechos son todos compatibles entre sí, en ese sentido armonizables, además se debe buscar casar los bienes en conflicto. En la resolución de los conflictos de derechos, al analizar el caso concreto, es aconsejable optar por la armonización y el ajustamiento de los mismos, a fin de que no resulte ninguno de los derechos anulados, o degradados. En la teoría jurídica de los derechos humanos se permite jerarquizar y ponderar pero con un criterio de equilibrio, de considerar prudencialmente el conjunto de bienes, con el fin de alcanzar una solución justa, sin sacrificar o postergar a ningún titular del derecho.

---

<sup>15</sup> *Passim*, Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Navarra, España, 2000.

## Bibliografía:

ADAME GODDARD, Jorge, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, México, UNAM, 1996.

ALEXY, Robert , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Navarra España, Eunsa, 2000

Ejecutoria Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda época, Tomo VII, 1984.

MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, trad. Pablo de Azcárate, Sarpe, España, 1984.

MILTON, John, *Aeropagítica*, trad. José Carner, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 1976.

PECES-BARBA, Gregorio, et al., *Sobre las libertades políticas en el Estado español*, Fernando T., Madrid, 1982.

SERNA, Pedro, TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La ley, Buenos Aires, 2000.

# **Ciudad y Derecho. La ciudad como proyecto social. (Primera Parte)**

Daniel R. Martí Capitanachi<sup>\*</sup>

**RESUMEN:** En este trabajo el autor destaca la función social de la propiedad urbana en México, a partir de un análisis constitucional y legal, para sostener que la planeación urbana y de los asentamientos humanos deben tener como hilo conductor el derecho a la ciudad como un derecho humano de tercera generación que poseemos las personas, y que consiste en la conservación de los centros históricos, el respeto a las arquitecturas de estilo, de los grupos minoritarios en relación a los espacios urbanos y la apropiación pública del espacio privado.

**Palabras claves:** función social de la propiedad urbana, derecho a la ciudad, planeación urbana.

**ABSTRACT:**

**Key Words:**

**SUMARIO:** Introducción. 1. Análisis constitucional y legal de la propiedad urbana. El artículo 27 constitucional y la teoría de la función social de la propiedad. 2. La función social de la propiedad urbana en la Ley General de Asentamientos Humanos de 1976. 3. La propiedad urbana y el régimen legal de la planeación. 4. La planeación urbana y el interés público. 5. Un régimen nacional de planeación urbana. 6. La Ley de Planeación de 1982. 7. Reforma al artículo 27 Constitucional de 1992. 8. La nueva Ley General de Asentamientos Humanos de 1993. 9. Limitaciones al régimen de propiedad urbana. 10. Derechos humanos de tercera generación: el Derecho a la ciudad. Reflexión final. Bibliografía.

## **Introducción**

La Constitución de 1917 tiene entre sus méritos el de haber puesto los intereses de las mayorías por encima de los derechos individuales, rompiendo la tradicional técnica constitucional, al haber elevado a la categoría jurídica suprema los derechos sociales, consagrados en los artículos 3º, 27 y 123, con lo que se consolidó una nueva teoría constitucional en México que favoreció la intervención estatal en la defensa de los intereses de las clases más desprotegidas.

La regulación de la propiedad fue determinante en esta Constitución. En su artículo 27 fueron sentados los principios de la propiedad originaria de la Nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional y el regreso del subsuelo a

---

\* Licenciado en Derecho y Arquitectura por la Universidad Veracruzana y Doctor en Urbanismo por la Universidad Politécnica de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Facultad de Arquitectura de la Universidad Veracruzana.

propiedad de la Nación. Se reconoció la propiedad privada, atribuyéndole al Estado la facultad para imponer sobre ellas las modalidades derivadas del interés público, así como la facultad de expropiación por causa de utilidad pública, disposición con la cual no pretendió afectar la propiedad como garantía individual, sino armonizarla con los intereses colectivos.

En este trabajo se estudia la manera en que la legislación urbana acogió esta idea de la función social de la propiedad y trató de conciliar los intereses individuales con las necesidades de la sociedad, en materia de planeación urbana y de asentamientos humanos.

Por último, se sostiene que en la planeación de las ciudades, se debe tener presente a las personas que habitan en ellas, ya que en la esencia de los derechos humanos de tercera generación está implícita la idea de individuo como ente no sólo concebible en sus relaciones con el Estado. También se lo entiende como un ente que, en ejercicio de sus derechos humanos inmediatos, desarrolla relaciones con el espacio físico donde habita, donde él es, donde interactúa con otros, con lo que en el ejercicio de los derechos que constituyen el presupuesto más humano para su realización social, tiende a adquirir nuevos derechos, que surgen del descubrimiento de nuevas posibilidades de mejoramiento de su calidad de vida, mediante la alteración positiva de su entorno, del espacio que habita, de su territorio social; es el llamado *derecho a la ciudad*.

## **1. Análisis constitucional y legal de la propiedad urbana.<sup>1</sup> El artículo 27 constitucional y la teoría de la función social de la propiedad**

Las constituciones precisan en su articulado derechos de propiedad que en puridad significan toda una teoría social para un país y sus habitantes, sobre la economía de la producción y el destino o distribución de los bienes naturales y de los obtenidos gracias a la actividad productiva. Bajo esta base los propios países pueden ser clasificados y alineados mediante la observación cuidadosa de su posición en relación con el derecho de propiedad: les da una verdadera connotación ideológica y una ubicación de su política económica.

La Constitución de 1857, consagraba una garantía individual al declarar inviolable la propiedad. En oposición, la redacción actual del artículo 27 de la Constitución de 1917 es propiamente una fuente de garantías sociales: sustituye, en el concepto jurídico de la propiedad, la vieja tesis individualista del derecho subjetivo destinado únicamente a producir beneficios a su titular, por la doctrina de la propiedad como una función social que tiene por objeto hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar de su conservación. Este postulado se confirma más adelante, cuando el propio precepto dispone que se dicten medidas para evitar los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

La concepción de la propiedad expresada en el primer párrafo del artículo 27 constitucional vigente,<sup>2</sup> se encuentra redactada en los siguientes términos: “La

---

<sup>1</sup> Se hace referencia a la propiedad urbana con el propósito de identificar aquellas propiedades privada y pública cuyo manejo por la legislación relativa vigente determina el modo de ser de los centros urbanos; en efecto, el manejo de la propiedad en el ámbito urbano será determinante para generar tipos específicos de ciudad, al alentar o desalentar su densidad habitacional, su perfil en cuanto a instalaciones gubernamentales, comerciales, industriales, educativas y turísticas.

<sup>2</sup> “[...] por propiedad privada para los efectos constitucionales debemos entender la propiedad caracterizada por la doctrina jurídica, la propiedad que estimula de modo importante a la vida social; o sea, la propiedad conservada por la tradición a través de los siglos, siempre igual y siempre invariable; que es un derecho esencial, general, amplio pero sujeto a restricciones según los tiempos, los lugares y las circunstancias [...]” Germán Fernández del Castillo, *La propiedad y la expropiación*, Escuela Libre de

propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

De este primer párrafo se desprende la existencia del concepto que ha estado sujeto a un importante debate doctrinario sobre su significado y alcances. Se trata de una disposición original de la Constitución de 1917, que no tiene precedentes en el constitucionalismo mexicano y cuya explicación en retrospectiva es clara si se asumen los problemas del propio Estado para recuperarla por causa del conflicto con las corporaciones eclesiástica y militar; por causa de guerra con potencias extranjeras; por diferencias de interés con latifundistas e inclusive, por el arraigado sentimiento social a instituciones jurídicas provenientes del derecho novohispano que hacían recaer la titularidad del disfrute *ad perpetuam* a determinados individuos o comunidades.

No puede decirse que el Congreso Constituyente se haya orientado por alguna teoría. La adopción de ciertas ideas básicas no fue el resultado de una determinada teoría sobre la propiedad, ya que varios juristas y diputados constituyentes, en ocasiones rechazaron las bases doctrinales en que se apoyó su elaboración. Existen al menos cinco distintas tendencias interpretativas del concepto de propiedad originaria,<sup>3</sup> y dentro de cada tendencia hay diversidad de matices:

1. *Teoría patrimonialista del Estado*. Es una de las más difundidas. Esta teoría considera que la nación mexicana, al independizarse de España, se subrogó en los derechos de la propiedad absoluta que tuvo la Corona española sobre tierras, aguas y accesiones de la Colonia, derechos que se dice le fueron conferidos por la Bula *Inter Coetera* que el Papa Alejandro VI dictó en 1493, estableciendo las líneas de demarcación entre España y Portugal en el nuevo mundo.

En efecto, en la iniciativa del artículo 27 que se presentó el 25 de enero de 1917 se explicaba que la propiedad se formó durante la época virreinal bajo el principio absoluto de que el rey era el dueño de las personas y de los bienes de sus súbditos, dándose a la propiedad de los bienes el carácter de precaria, desde el momento en que todo podía ser de la propiedad de los súbditos en tanto que la voluntad del rey no dispusiera lo contrario.

Los diputados constituyentes señalaron en su propuesta, que el derecho que existía en la legislación novohispana fue absorbido en el derecho positivo, pasando de la Corona a la Nación mexicana:

Por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta en el rey, bien podemos decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la nación. En tal concepto, la nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas en su territorio, y sólo reconoce u otorga a los particulares, el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tuvo por los mismos particulares, durante la época colonial y en las mismas condiciones en que la República después lo ha reconocido u otorgado.<sup>4</sup>

---

Derecho, Fondo para la difusión del Derecho, México, 1987, p. 254

<sup>3</sup> Jorge Madrazo, voz Propiedad Originaria, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, pp. 866-867

<sup>4</sup> *Derechos del Pueblo Mexicano*, tomo IV, XLVI Legislatura, Cámara de Diputados, México, 1967, p. 641.

Esta idea patrimonialista aparece plasmada en la exposición de motivos del proyecto de artículo 27 constitucional que escribió Andrés Molina Enríquez,<sup>5</sup> quien a pesar de no haber sido diputado al Congreso Constituyente, fue invitado a colaborar en la redacción de este artículo por el congresista Pastor Roauix.

En 1909, Molina Enríquez había publicado la obra *Los grandes problemas nacionales*, en la cual, respecto a la propiedad, el autor señalaba la relación estrecha y precisa entre las condiciones en que un agregado humano ejerce dominio territorial, y las condiciones de desarrollo que ese agregado alcanza. En esta relación se puede encontrar la importancia que tienen en todos los países de la tierra las cuestiones de propiedad.<sup>6</sup> El fundamento que Molina propuso sobre la propiedad originaria de la Nación no era ninguna teoría nueva sobre la propiedad, sino la recuperación de un antiguo molde jurídico. Era una especie de “herencia jurídica”.<sup>7</sup> El Constituyente no optó entre iusnaturalismo y positivismo. La única ruptura clara fue con el liberalismo de la Constitución de 1857.

Esta tesis fue duramente criticada tanto por los diputados constituyentes, como por algunos juristas, que sin poner en tela de juicio la legitimidad de las reformas sociales contenidas en la Constitución, se dieron a la tarea de interpretar este artículo. El mismo Pastor Roauix<sup>8</sup> comenta la ausencia de valor real de esta tesis, al puntualizar que Molina Enríquez como buen abogado, ampliamente conocedor de la legislación colonial, en su discurso expositivo había buscado el fundamento de las disposiciones innovadoras en la tesis que se ha venido comentando, pero que en todo caso, si los diputados que redactaron el proyecto del artículo 27, hubieren redactado también la exposición de motivos, se hubieren basado en consideraciones muy diferentes.<sup>9</sup>

2. *Teoría de la integración del elemento físico al Estado.* Esta teoría sostenida por el constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa, considera que la propiedad originaria de la que habla el párrafo primero del artículo 27 no debe tomarse como equivalente al de propiedad en su connotación común, pues en realidad el Estado o la Nación no usan, disfrutan o disponen de las tierras y aguas como lo hace un propietario corriente: “En un correcto sentido conceptual la propiedad originaria implica el dominio eminentí que tiene el Estado sobre su propio territorio [...] significa la pertenencia del territorio nacional a la entidad

<sup>5</sup> El mérito de este pensador mexicano es puesto de relieve por Arnaldo Córdova: “Andrés Molina Enríquez, intelectual pueblerino, formado por su propio esfuerzo, en las doctrinas del positivismo, y que en poco tiempo se convertiría al lado de Madero, en el mayor ideólogo de la Revolución Mexicana”, en Andrés Molina Enríquez, *Los grandes problemas nacionales* (1909), prólogo de Arnaldo Córdova, Era, México, 1978, p. 21.

<sup>6</sup> Andrés Molina Enríquez, *op. cit.*, p. 151

<sup>7</sup> Esta tesis ha sido impugnada con argumentos muy serios por Lucio Mendieta y Núñez, *El sistema agrario constitucional; explicación e interpretación del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus preceptos agrarios*, quinta edición, Porrúa, México, 1980, p. 31.

<sup>8</sup> Pastor Roauix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, segunda edición, Gobierno del Estado de Puebla, México, 1945, p. 144

<sup>9</sup> “[...] seguramente si los diputados que formamos el artículo hubiésemos dispuesto de tiempo bastante para redactar la exposición de motivos no hubiéramos tomado como apoyo jurídico de nuestras reformas el derecho de conquista, que no había sido mas que un despojo en suprema escala y que precisamente eran sus efectos lo que trataba de arrancar y destruir la Revolución popular que representábamos en aquellos momentos [...]”, *Ibid.*

estatal como elemento consustancial e inseparable de la naturaleza de ésta.”<sup>10</sup>

3. *Teoría que asimila el dominio eminentí a la propiedad originaria.* Esta teoría expresa que en el primer párrafo del artículo 27 se reconoce la soberanía del Estado para legislar sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, y que, en todo caso, la propiedad originaria no corresponde a la noción tradicional o común de la propiedad.

4. *Teoría de la propiedad como función social y de los fines del Estado.* Esta teoría ha sido expuesta principalmente por Lucio Mendieta y Núñez<sup>11</sup> quien considera que el primer párrafo del artículo 27 encuentra su más firme apoyo en la combinación de la moderna teoría de la propiedad como función social y de la teoría de los fines del Estado.

La teoría de la función social de la propiedad fue desarrollada por el jurista francés León Duguit, quien al referirse al Estado remarca como elemento clave la idea del territorio y modernamente se debe reconocer que en la realidad su concepto positivista tiene en gran parte razón:

Todos los miembros de la colectividad social establecida en un territorio determinado, desde el más humilde al más poderoso, desde el más ignorante al más sabio, tienen la conciencia más clara y resuelta de que persiguen conjuntamente la realización de cierto ideal que tiene sus raíces en el territorio habitado por ellos, y que no podrían lograr, si no tuvieran posesión del territorio mismo.<sup>12</sup>

La tesis de Duguit sobre la función social de la propiedad<sup>13</sup> tuvo una gran repercusión en Francia con motivo de la legislación de la posguerra sobre el arrendamiento urbano en la Cuarta República, y ha tenido una gran influencia en América Latina. Nació como una reacción contra las doctrinas jurídicas imperantes en el siglo XIX, y tenía como objetivo el configurar una nueva forma de concebir la propiedad desde la perspectiva positivista.

En particular constituyó un intento por rehuir las connotaciones éticas de la concepción iusnaturalista según la cual la propiedad es un derecho subjetivo anterior y superior al Estado. Sostuvo sus ideas para definir la propiedad a partir de la forma como está realmente regulada en el derecho positivo.

Utilizando la idea comtiana de la interdependencia social, Duguit sostenía que, debido a las transformaciones del Estado y el derecho durante el siglo XIX, el propietario privado de la riqueza está sometido a la obligación de cumplir una función social ya que:

[...] por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está pues, obligado socialmente a realizar esta tarea y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la

<sup>10</sup> Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, trigésima edición actualizada, Porrúa, México, 1998, p. 461.

<sup>11</sup> Lucio Mendieta y Núñez, *op. cit.*, p. 29

<sup>12</sup> León Duguit, *L' Etat*, París, 1903, citado por Rubén Valdés Abascal, “Comentario al artículo 27 Constitucional”, en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, tomo IV, LV Legislatura, Cámara de Diputados, México, 1994, p. 247.

<sup>13</sup> León Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Librería de Francisco Beltrán, España, 1912, citado por Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, cuarta edición, Siglo XXI, México, 1980, p. 144.

medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza.<sup>14</sup>

En respuesta a los que lo criticaban Duguit, porque su tesis ponía en entredicho la institución de la propiedad privada, escribió:

Yo no digo, ni jamás he escrito, que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer. Digo solamente que la noción jurídica sobre la cual descansa su protección social, se modifica. A pesar de lo cual, la propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso contra los que procedan del poder público. Es más: diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional.<sup>15</sup>

La tesis de la función social permitió al jurista del siglo XX liberarse de las justificaciones iusnaturalistas y sustentar dos fenómenos que finalmente no resultaron antagónicos: el ascenso del Estado y su intervención en la economía - que regula la propiedad- y la persistencia de la propiedad privada.

De esta combinación resulta que la propiedad privada es la manera más eficaz de utilizar la tierra, porque al explotarla el individuo no sólo resuelve sus necesidades, sino también las de la sociedad. Teniendo la propiedad una función social es indudable que corresponde al Estado vigilar e intervenir en su reparto como medio para lograr el bienestar social.

5. *Teoría que en la propiedad originaria reconoce un derecho nuevo y singular.* Sostenida por uno de los constitucionalistas mexicanos más prestigiados Felipe Tena Ramírez<sup>16</sup> cree que en la disposición comentada, la Constitución actual, a diferencia de las del siglo XIX, no recoge el concepto clásico de dominio eminente del Estado, sino que consagra a favor de éste un dominio más concreto y real, que puede desplazar a la propiedad privada, convirtiendo en domaniales los bienes de los particulares no por vía de expropiación sino en vía de regreso al propietario originario que es la Nación.

Por ser coherente con la posición asumida respecto de esta investigación, parece viable asumir la teoría de la función social de la propiedad, que es mayormente aceptada en relación a la propiedad privada y urbana.

Uno de los principales problemas de interpretación de este primer párrafo del artículo 27 es el del titular de la propiedad originaria. El precepto constitucional establece que corresponde a la Nación, sin embargo, la doctrina tiende a inclinarse a la consideración de que el Constituyente no utilizó el vocablo Nación en sentido técnico y con una connotación sociológica, sino que quiso referirse al Estado. El Estado mexicano en tanto que sujeto de derechos y obligaciones, es el único a quien puede atribuirse la propiedad de las tierras y aguas.<sup>17</sup>

En lo referente al concepto jurídico de propiedad, tradicionalmente en el derecho mexicano se ha conservado el principio de propiedad privada, de manera similar al que heredado de los romanos es aceptado en el derecho francés y en el español, dividiéndose para su goce y ejercicio en

---

<sup>14</sup> León Duguit, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Heliasta, Argentina, 1975, p. 240.

<sup>15</sup> León Duguit, *op. cit.*, pp. 240-241

<sup>16</sup> Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, trigésima primera edición, Porrúa, México, 1997, p. 185

<sup>17</sup> Lucio Mendieta y Núñez, *op. cit.*, pp. 6-7.

el *jus utendi, fruendi, et abutendi*. Siguiendo al civilista Rafael Rojina Villegas:

El uso implica aprovechar la cosa sin alterarla, de manera que pueda reiterarse constantemente esa forma de aprovechamiento. El disfrute implica el uso y apropiación de los frutos de la cosa ... Por último, el propietario tiene el derecho de disponer en forma material, mediante el consumo y la trasformación, y en forma jurídica mediante la enajenación total o parcial de la cosa.<sup>18</sup>

Concluyendo en el sentido de la constitución vigente, la propiedad privada es el derecho que tiene un particular, persona física o moral de derecho privado, para usar, gozar y disponer de un bien, con las limitaciones establecidas en la ley, de acuerdo con las modalidades que dicte el interés público y de modo que no perjudique a la colectividad.

El Constituyente de 1917 al establecer en el primer párrafo del artículo 27 los postulados de la propiedad originaria de la Nación y su potestad de transmitir a los particulares el dominio de tierras y aguas, ha propiciado la expedición de una serie de disposiciones jurídicas tanto de derecho público como de derecho privado, a través de las cuales se fijan los elementos, los requisitos, las limitaciones, las condiciones, modalidades, excepciones y demás formalidades indispensables para llevar a cabo esa transmisión.

El artículo 27 construye un régimen triangular de propiedad, integrado por la *propiedad privada, la propiedad pública y la propiedad social*. De este modo, la propiedad privada es tan sólo uno de los tres tipos de propiedad que reconoce y regula el orden jurídico mexicano. Lo anterior, aunado a las libertades individuales y sociales que en materia económica garantiza la Constitución y a las propias atribuciones del Estado para intervenir en el proceso económico, determinan el carácter mixto de la economía mexicana.

Es posible concluir que si bien la Constitución vigente de 1917 en su artículo 27 reconoce a la propiedad privada como un derecho subjetivo público, ya no la adopta con un sentido clásico individualista, ya no con extensión absoluta, sino por el contrario, la reconoce como una propiedad limitada, derivada y precaria. Pero reconocida así, es protegida por una serie de garantías, establecidas principalmente en los artículos 14 -garantía de audiencia- y 16 -garantía de legalidad-, contra los actos arbitrarios de autoridad.<sup>19</sup>

La propiedad privada en México está sujeta principalmente a dos tipos distintos de limitaciones: la expropiación por causa de utilidad pública y las modalidades que dicte el interés público. En este último sentido, la *Ley General de Asentamientos Humanos* dispone una serie de limitaciones al propietario privado en razón de alcanzar un proyecto urbano de carácter social. Por su parte, la *Ley Agraria*, reguladora del tipo ejidal hace lo propio en lo que concierne a superficies entregadas en usufructo.

---

<sup>18</sup> Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano, Bienes, Derechos Reales y Posesión*, tomo III, Porrúa, México, 1981, p. 293

<sup>19</sup> El artículo 14 constitucional se refiere a que: “Nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos”; el artículo 16 ordena que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

El párrafo segundo del artículo 27 establece, como regla de excepción, el exclusivo derecho que tiene el Estado de expropiar a los particulares por causa de utilidad pública y mediante indemnización. De acuerdo con Gabino Fraga la expropiación es: “como su nombre lo indica, un medio por el cual el Estado impone al particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública y mediante compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad”.<sup>20</sup>

Igualmente el segundo párrafo de la fracción VI del artículo 27 agrega que: “Las leyes de la Federación y de los estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada.” Ese mismo ordenamiento establece las reglas generales sobre fijación del precio e indemnización.

La causa de utilidad pública sólo puede establecerse mediante una ley, por lo que su determinación no queda al arbitrio de la autoridad administrativa, pero corresponde a ésta probar su existencia y la necesidad del Estado de utilizar en beneficio de la colectividad un bien de propiedad particular, pues no basta la mera afirmación o declaración de la autoridad.

No puede hablarse de utilidad pública si se priva a un particular de lo que es su propiedad con el único propósito de transmitir dicho bien a otro particular; sin embargo, debe entenderse correctamente sus efectos jurídicos, ya que tratándose de una obra pública, como puede ser un área verde, una calle, una carretera, finalmente los beneficiarios serán los particulares que utilicen el bien o que aprovechen el servicio.

La indemnización y su pago constituyen una garantía individual. De acuerdo a la doctrina, la expresión “mediante indemnización” no se refiere exclusivamente al momento del pago sino también a su carácter compensatorio y equitativo.<sup>21</sup>

En lo que respecta a las modalidades a la propiedad privada, están previstas en el párrafo tercero del artículo 27 Constitucional, de la siguiente manera: “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.” Este derecho del Estado vino a constituir un factor sustancial para determinar el modo de ser de la propiedad privada en México. Las modalidades deben ser establecidas a través de una ley que dicte el Congreso de la Unión. Como ya se dijo, se trata de la *Ley General de Asentamientos Humanos* para el caso urbano.

Estas modalidades constituyen el derecho que tiene el Estado para modificar el modo de ser o de manifestación de los tres atributos de la propiedad arriba mencionados *-uti, fruti, abuti-* en correspondencia con los dictados del interés público. En términos generales puede afirmarse que las modalidades se traducen en restricciones o limitaciones que se imponen al propietario, en forma temporal o transitoria, para usar, gozar y disponer de una cosa de su propiedad. Debe aclararse que las modalidades sólo pueden imponerse cuando está de por medio el interés público o social. El interés público no es universal ni intemporal, sino por el contrario, es esencialmente cambiante dentro de las coordenadas de tiempo y espacio.

Las diferencias entre modalidades y expropiación son evidentes: hay modalidad cuando todos o uno de los atributos de la propiedad se limitan o restringen, pero no se eliminan; en cambio, la expropiación supone al extinción de la nuda

---

<sup>20</sup> Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1988, p. 375

<sup>21</sup> Sobre este tema ver Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, op. cit., p. 474

propiedad, cuando es total o la extinción de cualquiera de los otros dos atributos de la propiedad, en caso de ser parcial. La expropiación se hace mediante indemnización necesariamente, mientras que en el caso de las modalidades no hay indemnización. En el tema urbano, la falta de compensación por las limitaciones impuestas a la propiedad por motivo del beneficio colectivo, ha traído como consecuencia una corriente social de rechazo a los proyectos institucionales de ordenamiento del territorio.

Igualmente en el párrafo tercero del artículo en comento, se establecen las facultades para regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales, lo que tiene por objeto hacer una distribución equitativa de la riqueza pública a la vez que cuidar su conservación, así como lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población: “Establece de esta manera el Constituyente, un marco regulador de la función social de la propiedad en México, sobre criterios distributivos y de equidad, enfatizando el papel del Estado como promotor del desarrollo nacional”.<sup>22</sup>

Este apartado origina la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*, que junto a la de Asentamientos Humanos y la Agraria, conforman la tríada legal que incide de manera más directa en la conformación actual del espacio urbano.

A continuación dentro del párrafo tercero y por primera vez a nivel constitucional en nuestro país, se prevé el ordenamiento de los asentamientos humanos y la facultad de la Nación para establecer las correspondientes provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas, y bosques, con objeto de planear y regular la fundación, conservación y mejoramiento de los centros de población; así como para preservar y restaurar el equilibrio ecológico.

El señalamiento de provisiones, usos, destinos y reservas del suelo son, en estricto sentido, limitaciones a los atributos de usos y goce derivado del derecho de propiedad a favor del particular. Su regulación se hace en forma ordinaria a través de la *Ley General de Asentamientos Humanos* y su señalamiento concreto, en forma casuística, a los Programas de desarrollo urbano que tal ley ordena formular para el conjunto de pueblos y ciudades del país.

Las modalidades impuestas a la propiedad urbana pretenden dirigir, guiar y en su caso forzar, la acción de los particulares en relación al modelo de desarrollo urbano que para cada centro de población se apruebe. El contenido de tales programas se considera por ley, de beneficio colectivo e interés social.

Éstos son básicamente los lineamientos de la función social de la propiedad privada contenidos en el artículo 27 constitucional. Principalmente el último de los mencionados, el que se refiere a los asentamientos humanos, reviste especial importancia para el desarrollo de esta investigación, por lo que más adelante, se hará el análisis legal de la manera en que esta disposición se implementó, teniendo como base la norma constitucional.

A continuación se hace mención de algunos otros preceptos constitucionales que están relacionados con el tema y que dan origen a la normativa aplicable en materia de desarrollo urbano.

#### \* Análisis del artículo 73 constitucional, fracciones XXIX-C y XXIX-D

El texto vigente del artículo 73 establece:

---

<sup>22</sup> Rubén Valdés Abascal, “Comentario al artículo 27 Constitucional”, en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, op. cit., pp. 250-251

El Congreso tiene facultad:

XXIX C. Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución; XXIX-D. Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social.

Básicamente estas facultades se refieren a la naturaleza misma del Congreso de la Unión, como órgano a quien compete la elaboración de las normas jurídicas que se conocen con el nombre de leyes o decretos, con sus caracteres de generales, abstractos e impersonales. En base a estas atribuciones el Congreso expidió la *Ley General de Asentamientos Humanos* en 1976.

#### \* Análisis del artículo 124 Constitucional

En la Constitución de 1917 se redactó este artículo de la siguiente manera: “Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.”

El Estado federal mexicano se fundamenta en los siguientes principios:

- Existe una división de la competencia entre la Federación y las entidades federativas, estas últimas son instancia decisoria suprema, pero exclusivamente dentro de su competencia (artículo 40 constitucional).
- Entre la federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales (artículos 40 y 115)
- Las entidades federativas se dan libremente su propia Constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución federal (artículo 41)
- Existe una clara división de competencias entre la Federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté expresamente atribuido a la Federación es competencia de las entidades federativas.<sup>23</sup>

Las facultades concurrentes son aquéllas que no están exclusivamente atribuidas a la Federación, ni prohibidas a los estados, y cuando la primera no actúa, las entidades pueden realizarlas. En el caso del ordenamiento de los asentamientos humanos se está en presencia de facultades concurrentes.

#### \* Análisis del artículo 115 constitucional

El Constituyente de 1917 otorgó al municipio una posición de relevancia en el ordenamiento supremo; el texto aprobado del artículo 115 fue el siguiente: “Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano representativo popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio libre ...”

Es importante mencionar la octava reforma efectuada al texto original de este artículo, publicada en el *Diario Oficial* de 3 de febrero de 1983, la que recogió

---

<sup>23</sup> Jorge Carpizo, “Comentario al artículo 124 Constitucional”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, op. cit.*, pp. 953-954

muchas de las aspiraciones que en materia municipal se pusieron de manifiesto en diversas consultas populares, y que representó un gran cambio en el aspecto político, financiero y administrativo de los municipios de nuestro país.

Introdujo garantías para la suspensión de los ayuntamientos, la autonomía jurídica de los ayuntamientos; se hizo una enumeración de los servicios públicos que les corresponden de manera exclusiva, permitiendo la colaboración, en su caso, del gobierno de los estados, y se incluyó lo que se conoce como la “esfera económica mínima” de los municipios, enumerando las contribuciones e ingresos que deberían percibir.<sup>24</sup>

En la exposición de motivos, refiriéndose al desarrollo urbano, en el mismo Diario Oficial se explicaba:

“En base a las nuevas necesidades sociales, se propone en la forma de comentario facultar a los municipios para intervenir en la zonificación y en la elaboración de los planes de desarrollo urbano municipales, en la creación y administración de sus reservas territoriales, en el control y vigilancia del uso del suelo, en la regularización de la tenencia de la tierra, y en su necesaria intervención como nivel de gobierno estrechamente vinculado con la evolución urbana en el otorgamiento de licencias y permisos para construcciones y para la creación y administración de zonas de reservas ecológicas.”

Se reformó la fracción IV de este artículo para permitir a los estados y municipios, en el ámbito de su competencias, expedir las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas que fueran necesarias para cumplir con los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución en lo que se refiere a los centros urbanos y de acuerdo con la ley federal de la materia; y la fracción V se refirió a la posibilidad de planeación conjunta del desarrollo de los centros urbanos conurbados.

La reforma de 1999 -*Diario Oficial de la Federación* de 23 de diciembre de 1999- puede resumirse de la siguiente manera: reconocimiento expreso del municipio como ámbito de gobierno, autonomía jurídica y leyes estatales sobre cuestiones municipales, que aseguren la participación ciudadana y vecinal, modificaciones a los servicios públicos municipales e inclusión de la policía preventiva, asociación de municipios más amplia y precisiones en relación a los ingresos municipales.

En cuanto al tema urbano, se modificó la fracción V ampliando las facultades del municipio en relación a las materias de desarrollo urbano, ecología y planeación regional, concediéndole las siguientes facultades:

- Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal;
- Participar en la creación y administración de sus reservas territoriales;
- Participar en la formulación de planes de desarrollo regional, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia;
- No sólo manejar y controlar el uso del suelo, sino también autorizarlo;
- Intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana;
- Otorgar licencias y permisos para construcciones;

---

<sup>24</sup> Carlos F. Quintana Roldán, *Derecho Municipal*, Porrúa, México, 2002, p. 95.

- No sólo participar en la creación y administración de zonas de reserva ecológica, sino también en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en la materia;
- Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquéllos afecten su ámbito territorial;
- Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales, y
- Expedir los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios.

La fracción V de la reforma de 1983 establece que: “Cuando dos o más centros urbanos situados en territorios municipales de dos o más entidades federativas formen o tiendan a formar una continuidad demográfica, la federación, las entidades federativas y los municipios respectivos, en el ámbito de sus competencias, planearán y regularán de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros con apego a la ley federal de la materia.”

De esta manera, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, los tres ámbitos de gobierno: federal, local y municipal, participan en el ordenamiento de los asentamientos humanos en el país.

## **2. La función social de la propiedad urbana en la Ley General de Asentamientos Humanos de 1976**

En el año de 1976 se introdujo en los artículos 27, 73 y 115 de la Constitución, una serie de reformas y adiciones que incorporaron al texto fundamental la cuestión de los asentamientos humanos.

Con la promulgación el 26 de mayo de 1976 de la primera *Ley General de Asentamientos Humanos* (LGAH) se establecieron las bases jurídicas que dieron sustento a la intervención del Estado en la planeación y control del proceso de urbanización de los centros de población del país. Su promulgación constituyó un avance indudable en la historia de la planeación, porque permitió homogeneizar la legislación federal, estatal y municipal e inició la coordinación de los tres niveles de gobierno en esta materia.<sup>25</sup>

Antes de esa ley no existía ninguna disposición general, válida para todo el país, que regulara la materia urbana. Existían a nivel de entidades locales y emitidas por el Congreso federal, sólo algunas disposiciones normativas, pero eran muy generales e imprecisas; por ejemplo, en el Distrito Federal, desde 1933 existía la *Ley de Planificación y Zonificación para reglamentar el crecimiento urbano del Distrito Federal* y de los entonces territorios de Baja California y Quintana Roo.

Desde que fue propuesta la LGAH recibió fuertes críticas por parte de algunos sectores industriales, fundamentalmente del Grupo Monterrey, formado por los empresarios de mayor poder económico en el país, porque se afirmaba que era una ley con un fuerte carácter populista, que estaba influida por la ideología comunista y además atentaba contra la propiedad privada inmobiliaria en el ámbito urbano.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Gustavo Garza, “Imagen global de la Planeación Territorial en México”, en Gustavo Garza (comp.), *Una década de planeación urbano-regional en México 1978-1988*, El Colegio de México, México, 1992, p. 11

<sup>26</sup> Antonio Azuela de la Cueva, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, primera reimpresión, El Colegio de México, México, 1999, p. 31

Puede afirmarse que en la LGAH se reproducen los mismos principios de la ideología de la Revolución Mexicana sobre la propiedad: primero, la condena de la gran hacienda se convierte ahora en la crítica del injusto mecanismo que concentra los mayores beneficios de la urbanización en un reducido grupo de terratenientes urbanos (Exposición de motivos).

En segundo lugar, la exaltación de la pequeña propiedad aparece ahora referida al deseo de la familia mexicana de encontrar un lugar adecuado para su asentamiento que la lleva a reclamar de la Nación las posibilidades de acceso hacia la tenencia de un pedazo de tierra y una habitación digna (Exposición de motivos).

Finalmente, la construcción de un Estado fuerte, colocado por encima de los propietarios privados, apoyando la planeación urbana como una nueva forma administrativa de acción del Estado sobre la propiedad.

Sin embargo, en opinión de Antonio Azuela la función social de la LGAH es mucho más débil que lo que pudo ser en 1917:

Si bien en el periodo posrevolucionario la idea de la propiedad-función social sirvió, en el contexto del desarrollo del capitalismo en nuestro país, para justificar el mantenimiento de la propiedad privada por el beneficio social que podía significar una gestión económica productiva del pequeño propietario privado, este argumento carece de todo fundamento, en el ámbito urbano, ya que el suelo urbano no es un medio de producción sino una condición para la producción (en el caso del espacio industrial) o para el consumo (en el caso de la vivienda).<sup>27</sup>

Conforme a los argumentos de la LGAH, los excesos ocasionados por un sistema de propiedad privada sin restricciones es posible corregirlos mediante la imposición de limitaciones o modalidades a las facultades del propietario configurándose así la función social de la propiedad (Exposición de motivos).

### **3. La propiedad urbana y el régimen legal de la planeación**

El aspecto más relevante de la LGAH fue reunir el conjunto de modalidades que el poder público impone a la propiedad urbana bajo una forma de gestión pública específica: la planeación. Esto es, el plan o programa se convierte en la forma a través de la cual se imponen a la propiedad urbana los límites que dicta el interés público.

El carácter normativo de los planes urbanos sobre la propiedad es un rasgo típico del derecho urbanístico moderno y no una peculiaridad de este país. La literatura jurídica ha sido unánime al considerar los planes urbanos como normas de carácter obligatorio para regular el desarrollo de las ciudades.<sup>28</sup>

Con base en las disposiciones que marcó esta ley, se elaboró el primer Plan Urbano de carácter nacional, que se terminó en mayo de 1978. Un estudio detallado de las limitaciones y deficiencias de este plan lo realizaron Gustavo Garza y Sergio Puente.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Azuela de la Cueva, *op. cit.*, p. 33

<sup>28</sup> Cfr. en Bélgica, Jacques de Suray, *Droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Emile Bruylants, Bruselas, 1974, p. 57; en Italia, Mario Pacelli, *La pianificazione urbanistica nella costituzione*, Giufré, Milán, 1976, p. 128; en España, Miguel Ángel Núñez Ruiz, *Desarrollo Urbanístico Español*, Montecorvo, Madrid, 1974, pp. 177-183, Ángel Sustaeta Alustiza, *Propiedad y urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 1978, p. 224; citados por Antonio Azuela de la Cueva, *op. cit.*, p. 58

<sup>29</sup> Gustavo Garza y Sergio Puente, “Racionalidad e irracionalidad de la política urbana en México: El Plan Nacional de Desarrollo Urbano”, en Gustavo Garza, *op. cit.*, p. 79

Lo que hizo la LGAH fue establecer un régimen específico respecto a la propiedad urbana, diferente del régimen legal que existe por ejemplo para la propiedad agraria, la propiedad minera, la propiedad intelectual, etc. Dadas las características del espacio urbano, y su complejidad, esta normatividad reglamentaba el uso de un terreno tomando en consideración lo que ocurre alrededor de su entorno inmediato.

Ante la imposibilidad de definir de modo genérico el contenido jurídico de la propiedad urbana, se ha hecho preciso crear un régimen que otorgue facultades discretionales a la administración pública para fijar el alcance de los derechos de los propietarios o de las diversas áreas y aún de determinados predios. El medio al que suele recurrirse para realizar esta función es el plan, ya que, gracias a su contenido técnico jurídico, sirve no sólo como acto de autoridad con carácter obligatorio, sino que además, explica las razones en que se apoya el acto.<sup>30</sup>

Con base en las facultades concurrentes en esta materia, los tres niveles de gobierno poseen atribuciones que afectan al desarrollo urbano, es decir, a la configuración del espacio urbano y regional. Esta concurrencia de atribuciones sobre un mismo objeto hace necesaria una serie de mecanismos que permitan dar coherencia a las acciones de dichos órganos, y ahí es donde los planes pasan a ocupar un lugar central, pues en ellos se definen las modalidades concretas de la acción pública en un territorio determinado.

---

<sup>30</sup> Es la motivación y fundamentación de los actos de la administración pública en el control del desarrollo urbano, en los términos del artículo 16 constitucional.

# **La responsabilidad administrativa de los servidores públicos. Reforma constitucional en proceso**

Luz del Carmen Martí Capitanachi\*

*Pessima res publica  
plurimae leges*

**RESUMEN:** *En el presente trabajo se estudia la reforma al artículo 73 constitucional fracción XXIX-H, que en corto plazo regulará la manera de imponer sanciones a los servidores públicos en caso de que incurran en responsabilidad administrativa. La autora realiza un análisis crítico de la modificación constitucional señalando sus imprecisiones.*

**Palabras claves:** responsabilidad administrativa, plena jurisdicción, servidores públicos.

**ABSTRACT:** In this essay, the reform to constitutional article 73, fraction XXIX-H is studied, which in a short time will regulate the way of imposing sanctions to public servers in case they incur in administrative responsibility. The author accomplishes a critical analysis of the constitutional modification pointing out its imprecisions.

**Key words:** administrative responsibility, plain jurisdiction, public servers.

**SUMARIO:** Introducción. I. Estado actual de las responsabilidades. II. Reforma de la fracción XXIX-H del artículo 73 constitucional. Reflexión final. Bibliografía.

## **Introducción**

Resulta lugar común cuando se pretende caracterizar al sistema jurídico mexicano sostener que está constituido por una gran cantidad de leyes tanto de carácter federal como en cada una de las entidades federativas, la cual se mantiene en constante aumento; también, y ello al hacer referencia a nuestra Constitución federal, que a pesar de estar ubicada doctrinalmente en el concepto de Constitución rígida,<sup>1</sup> ha sufrido a lo largo de sus 89 años de vigencia un gran número de reformas, las cuales paradójicamente parecen no haber sido suficientes para mantener nuestro ordenamiento fundamental a la vanguardia de los tiempos difíciles que se viven, pues a la par que se multiplican las iniciativas para continuar

---

\*Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Investigadora Nacional nivel I.

<sup>1</sup> Según la conocida clasificación de Bryce. "... el principio de rigidez constitucional indica que para llevar a cabo alguna modificación o reforma a la Constitución, es necesario seguir un procedimiento especial, en el que las diversas autoridades y organismos que tienen ingerencia integran un poder extraordinario, *sui generis...*" Ignacio Burgoa Orihuela, *Derecho Constitucional mexicano*, décimo tercera edición actualizada, editorial Porrúa, México, 2000, p. 367.

reformándola, no faltan las voces que reclaman detener tal carrera y en su lugar expedir una nueva Constitución, lo cual puede significar que se harán muchos cambios de una sola vez, lo que no garantiza que a esa hipotética nueva Constitución no se le reforme de nueva cuenta.

Queda fuera del alcance de este artículo hacer un recuento de las leyes federales que se encuentran vigentes, pero sí es factible señalar la magnitud de las reformas realizadas a la Constitución, ya que el propio Congreso de la Unión lleva el registro correspondiente. En efecto, el dato más actual nos indica que el ordenamiento en cuestión ha sido reformado en 439 ocasiones, destacando por su número de modificaciones el artículo 73, el cual establece las facultades que corresponden al Congreso de la Unión, que ha tenido 51. Tal cantidad de reformas al precepto mencionado, ha sido uno de los caminos por los que ha discurrido el proceso de centralización que caracteriza al Estado federal que formalmente es nuestro país.<sup>2</sup>

El objeto del presente trabajo es estudiar una iniciativa de reforma al mencionado artículo 73, en particular a su fracción XXIX-H, que se refiere a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, la cual actualmente se encuentra en proceso de aprobación, lo cual se prevé ocurrirá en un término muy próximo, debido al grado de avance en que se encuentra. En efecto, transita en el momento actual por lo que podríamos llamar la segunda fase del proceso a que se debe ceñir el llamado Constituyente Permanente que reglamenta el artículo 135 constitucional, y que consiste en pasar la iniciativa de reforma al conocimiento y aprobación en su caso de las legislaturas locales, después de haber sido aprobada por el Congreso de la Unión.

Ahora bien, con apoyo en un análisis histórico se puede sostener que no existe un solo caso en que los congresos locales hayan rechazado una reforma ya aprobada por el Poder Legislativo federal, y en tales condiciones es más probable afirmar que la suerte que seguirá la reforma al artículo 73 que se analiza, será, en un plazo relativamente corto, la de realizar una nueva modificación constitucional.

## I. Estado actual de las responsabilidades

Al entrar en vigor la reforma que estudiamos, se marcará el punto de partida de un vuelco de grandes proporciones al sistema legal vigente acerca del modo de tratar la responsabilidad administrativa de los servidores públicos. Como se verá mas adelante, será necesario que sean expedidas nuevas leyes y que se reformen otras, con la finalidad de instrumentar los cambios que propone la reforma constitucional en cuestión, que sin duda culminará en breve tiempo.

Es pertinente aquí destacar que la estructura normativa que permite sancionar las faltas administrativas de los servidores públicos es relativamente reciente en nuestro país, pues si bien es verdad que la Constitución de 1917 al entrar en vigor estableció en su Título Cuarto, las bases “De la responsabilidad de los funcionarios públicos”, aludió fundamentalmente a la materia penal. A ese respecto Delgadillo Gutiérrez afirma: “De las disposiciones que integraron el texto original del Título Cuarto [...] ninguna se refirió en forma expresa a las responsabilidades de carácter administrativo o disciplinario, ya que

---

<sup>2</sup> Cfr. Daniel Moreno, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 361.

fundamentalmente se reguló lo relativo a los delitos comunes y a los oficiales de los funcionarios”<sup>3</sup>

No fue sino hasta la reforma constitucional de diciembre de 1982 en que se modificó sustancialmente el Título Cuarto, que comprende los artículos 108 al 114 constitucionales, para establecer un sistema integral de responsabilidades de los servidores públicos, haciendo referencia expresa a la responsabilidad administrativa en que pueden incurrir aquéllos, en el artículo 113, que en ese aspecto se ha mantenido hasta la fecha en los términos en que fue concebido hace 24 años.<sup>4</sup> En todo caso, cabe precisar que el desarrollo de dicho precepto se dejó a la ley reglamentaria, la cual ha sufrido modificaciones y será objeto de otras al entrar en vigor la reforma constitucional que nos ocupa.

En efecto, el artículo constitucional mencionado, en su primera parte dice: “Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlos...”<sup>5</sup>. De todas formas la modificación al Título IV se consideró: “...profunda e implicó un punto de vista más preciso sobre la forma de concebir la responsabilidad pública u oficial de los servidores públicos. A partir del principio de igualdad ante la ley, se entendió [...] que del desempeño de la función oficial, protegida o no por feroe, nacía la responsabilidad [...] que podía adoptar las formas de responsabilidad política o constitucional [...] y de responsabilidad administrativa.”<sup>6</sup>

El desarrollo legal del Título Cuarto se llevó a cabo mediante la *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, en vigor desde el 1 de enero de 1983, que además del juicio político y del juicio de procedencia, reglamentó el tema de la responsabilidad administrativa de dichos servidores, lo cual comprendía las diferentes hipótesis conductuales que la originaban, las sanciones aplicables y las autoridades competentes para imponerlas. Es pertinente mencionar a estas últimas ya que el cambio constitucional que se avecina se refiere fundamentalmente a ese tema; así, la ley mencionada le otorgó la facultad sancionadora a las contralorías internas de las dependencias en que laborara el servidor público, al superior jerárquico y a la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, hoy Secretaría de la Función Pública.

Para el año 2002 (Diario Oficial de la Federación de 13 de marzo de 2002), el Congreso de la Unión decidió separar las materias de responsabilidad al expedir la *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos*, aunque lo hizo sólo parcialmente, pues aún en ese ámbito, la ley de 1983 se sigue aplicando a los servidores públicos del Gobierno del Distrito Federal.

En la nueva Ley, las facultades de investigación y sanción, para el caso de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal (artículo 5) se dejó

<sup>3</sup> Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 56.

<sup>4</sup> El artículo 113 fue reformado en junio de 2002 adicionándole un segundo párrafo para establecer la responsabilidad objetiva del Estado por los daños patrimoniales que ocasione. Fuente: *Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección, 14 de junio de 2002, p. 2.

<sup>5</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Delma. México, 2003.

<sup>6</sup> Godofredo Juárez Mejía, *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Porrúa, México, 2002, p. 93.

prácticamente a cargo de los mismos funcionarios indicados en la ley anterior; sin embargo, para el caso de los servidores públicos pertenecientes a los poderes Judicial y Legislativo y a los organismos constitucionales autónomos, se facultó a unos y otros (artículo 11) para establecer los órganos y sistemas tanto para determinar responsabilidades administrativas, como para imponer las sanciones correspondientes. Aun cuando no es propósito de este artículo reseñar la ley que se comenta, conviene decir que además regula el Registro Patrimonial de los Servidores Públicos e incorpora la facultad de la Secretaría de la Función Pública para expedir un Código de Ética, lo cual merece un tratamiento independiente.

Ahora bien, reduciendo al extremo el esquema jurídico que aborda la cuestión de la responsabilidad administrativa en el Poder Ejecutivo federal, se puede decir que el procedimiento inicia con la presentación de una queja o denuncia, continúa otorgando audiencia al servidor público señalado, con el desahogo de las pruebas que se hubieren ofrecido, y finalmente, con la emisión de una resolución que en caso de declarar la existencia de responsabilidad, puede ser combatida, bien mediante el recurso de revocación ante la propia autoridad que emitió el fallo, bien a través de un juicio de nulidad que se promueva ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. De elegirse el recurso de revocación, la resolución que se dicte podrá ser combatida mediante el juicio de nulidad arriba mencionado.

Es fácil advertir que la estructura normativa que a partir de 1983 se fue configurando en materia de responsabilidades administrativas con la reforma del Título Cuarto de la Constitución y la expedición de las dos leyes federales, se ajusta al criterio que sostiene la doctrina del Derecho Administrativo. En efecto, Guy Peters sostiene que: "...el medio más sencillo para vigilar la administración pública consiste en permitir que los funcionarios públicos se vigilén a sí mismos...",<sup>7</sup> lo cual hasta ahora, es el caso de nuestro país, dadas las facultades que la ley de la materia le otorga a los contralores internos y a los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades de los órganos internos de control de las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal.

## **II. Reforma de la fracción XXIX-H del artículo 73 constitucional**

Sin embargo, la reforma constitucional que está en proceso imprime un giro importante al sistema de responsabilidades administrativas, al quitar de las manos de la autoridad administrativa la facultad de sancionar a sus pares, para trasladar dicha facultad sancionadora a un órgano semejante al que ahora se encarga de resolver sobre las inconformidades que generan las sanciones impuestas por la propia administración pública, esto es, a un tribunal de lo contencioso administrativo dotado de plena autonomía y distinto del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Es aquí necesario precisar cómo se obtienen los elementos pertinentes para sustentar tal afirmación; esto es, aquella que sostiene que la idea del Constituyente Permanente al reformar la fracción XXIX-H del artículo 73 constitucional, es la de crear otro órgano, materialmente jurisdiccional, distinto del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Para ello se debe reconocer que tal información no se encuentra en el texto de la reforma constitucional, sino en su exposición de motivos, lo cual revela una inadecuada técnica legislativa. Veamos: la propuesta de reforma a la fracción que nos ocupa adicionaría al texto vigente que enseguida se transcribe, la frase que se destaca:

---

<sup>7</sup> Guy Peters, *La política de la burocracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 454.

“XXIX-H. Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones.”

De la lectura de la nueva redacción no se desprende ningún indicio que permita concluir que la nueva atribución *deba* ser conferida a un nuevo tribunal de lo contencioso administrativo creado *ad hoc*, por el contrario, la expresión “así como” hace suponer que un solo tribunal como lo es el Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, además de la competencia previa la puede tener ahora para imponer sanciones por responsabilidad administrativa.

Sin embargo, lo que quiere el legislador constitucional no es eso, aún cuando no logró plasmar su voluntad con claridad; en efecto, cuando la iniciativa correspondiente fue aprobada por la Cámara de Senadores en el dictamen que emitieron las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia y de Estudios Legislativos se estableció puntualmente que:

I.- Conforme a las consideraciones expuestas en el presente dictamen, estas comisiones estiman necesario modificar el sistema jurídico de responsabilidades administrativas vigente, para que evoluciones hacia un marco normativo de distribución de competencias entre distintas autoridades, de acuerdo con la etapa del procedimiento de que se trate, y de esta forma conferir mayor certeza a la función del estado y seguridad jurídica al servidor público.

En este sentido es conveniente que la instancia que conozca de la aplicación de las sanciones administrativas que determine la ley, lo sea un tribunal de lo contencioso administrativo, con la característica propia de éstos, como lo es la plena autonomía para dictar sus fallos.

Sin embargo, toda vez que el ejercicio de la atribución sancionadora le daría, en el ámbito administrativo, la naturaleza de un tribunal de plena jurisdicción, se considera que esta facultad debe ser conferida a una instancia especializada y no a un tribunal ya existente que conoce de otras materias, a efecto de que responda de manera pronta y expedita a la delicada labor de administrar la justicia administrativa, tal y como lo ordena el artículo 17 Constitucional.<sup>8</sup>

Como puede fácilmente advertirse, el texto de la reforma en ciernes no se corresponde con el objetivo propuesto por el legislador, pues basta la interpretación literal de la nueva fracción para alcanzar la conclusión de que al tribunal preexistente se le podría atribuir la nueva facultad.

En el mismo sentido, estimo que la argumentación empleada por las comisiones del Senado de la República cuando argumentan que no sería deseable que al actual tribunal se le confiriera la facultad de sancionar, ya que el hacerlo le otorgaría la naturaleza de ser un tribunal de plena jurisdicción, no es determinante en materia de justicia administrativa.

En efecto, precisamente la tendencia de aquellos países que como Francia a través del Consejo de Estado se orientaron a regular la legalidad de los actos de la Administración Pública mediante organismos jurisdiccionales diferentes de los del Poder Judicial, como es el caso de México, han caminado no solamente a conferir a dichos organismos la plena autonomía para dictar sus fallos, sino además las facultades necesarias para hacer que se

---

<sup>8</sup> *Gaceta Parlamentaria del Senado de la República*, núm. 161, martes 28 de agosto, México, 2006, p. 138.

cumplan, ya que ha prevalecido el argumento de que la sola anulación del acto combatido no es suficiente para restaurar el derecho del particular afectado.

A ese respecto se argumenta: “La trascendencia de este principio (plena jurisdicción) se puede apreciar con el sólo hecho de que muchas veces la mera anulación de un acto no basta para resolver una controversia. Cuando un particular impugna, por ejemplo, la negativa de la autoridad a otorgar un autorización, licencia o permiso, la sola anulación del acto negativo no colma la pretensión del actor.”<sup>9</sup>

En nuestro país se ha seguido la misma tendencia, existiendo en el momento presente algunas entidades federativas cuyo Tribunal de lo Contencioso Administrativo es de plena jurisdicción;<sup>10</sup> sin embargo, el ejemplo que utilizaré para demostrar la tendencia mencionada es el del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Gobierno del Distrito Federal.

Este Tribunal nace en 1971 formalmente como de plena jurisdicción, aunque tal naturaleza le fue suprimida sin mayores razonamientos dos años más tarde; sin embargo, le es devuelta por la ley vigente a partir del 1º de enero de 1996 en cuyo artículo 1º se establece claramente que está dotado: “de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus fallos”, disposición que se complementa con lo establecido en la fracción IV del artículo 80, que a la letra dice: “IV. Los términos en que deberá ser ejecutada la sentencia por parte de la autoridad demandada, así como el plazo correspondiente para ello, que no excederá de veinticinco días contados a partir de la fecha de su notificación.”<sup>11</sup>

En relación a este punto vale decir que además de que el argumento empleado por los legisladores es a contra corriente de la tendencia orientada a modernizar la justicia administrativa, corren el riesgo de no lograrlo dada la redacción que tendrá la fracción XXIX-H, y en última instancia podría calificarse de poco lógico el argumento que se orienta a negar la naturaleza de plena jurisdicción a un tribunal administrativo, pero sí otorgársela a otro.

Es importante destacar también que la facultad de sancionar al servidor público que incurra en responsabilidad administrativa, no es ni con mucho equivalente a “administrar justicia administrativa” como se afirma en el texto del dictamen, toda vez que el concepto de justicia administrativa es con mucho más extenso que la sola facultad sancionadora.

“La justicia administrativa como institución y como fruto directo e inequívoco de la Revolución Francesa [...] se trataba de instituir, en los términos explícitos de Rousseau, ‘como una forma de gobierno que ponga a la Ley por encima del hombre: Nadie debe mandar en la sociedad [...] sino sólo en virtud de la ley’...”<sup>12</sup> Como puede advertirse fácilmente, la justicia en cuestión se corresponde con una de las más relevantes características del Estado de Derecho, mediante la cual se persigue someter a la autoridad al principio de legalidad, y ello es mucho más que solamente sancionar al servidor público que ha incurrido en falta.

<sup>9</sup> César Castañeda Rivas y Miguel Ángel Cedillo Hernández, *Evolución y perspectivas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 125.

<sup>10</sup> Cfr. Tomás Ruiz Pérez, “Panorama de los tribunales de los contenciosos administrativo en las entidades federativas”, en *Gaceta de Administración Pública Estatal y Municipal, Contenciosos Administrativo*, núm. 57, agosto de 1997, INAP, México.

<sup>11</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 19 de Diciembre de 1995.

<sup>12</sup> Eduardo García de Enterría, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Fundap, México, 2003, p. 23.

Además de tales imprecisiones conceptuales y de técnica legislativa que da al legislador ordinario la posibilidad de solamente ampliar la competencia del actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se debe reflexionar en la necesidad de crear en el ámbito de la Administración Pública estructuras y normas, para que se encuentre en aptitud de ejercer la acción sancionadora; contemplar la necesidad de diferentes instancias; de la existencia o no de la defensa de oficio, entre otras, y todo ello, cuando no existe evidencia jurídica ni empírica que invalide la proposición de Peters en el sentido de que resulta más sencillo, salvo que se pruebe que resulta ineficiente, que los funcionarios se vigilen a sí mismos.

## Reflexión final

El esfuerzo que desde 1983 se ha realizado en México para respaldar normativa y estructuralmente las políticas públicas que pretenden convertir en realidad los propósitos de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones ha sido relevante, basta para reconocerlo, recapacitar en las modificaciones constitucionales realizadas, en la creación de una Secretaría de Estado *ad hoc* para conocer y sancionar los actos que impliquen responsabilidad administrativa de los servidores públicos,<sup>13</sup> en la emisión de un Código de Ética para éstos, y en la creación de contralorías internas y unidades de quejas en el gran número de entidades y dependencias existentes en la Administración Pública Federal.

Por otra parte, como se dijo antes, no se aludió a ninguna evidencia empírica que apuntara a sustentar la ineficacia de un sistema que se apoya en la misma estructura administrativa para realizar tanto la investigación de las faltas administrativas que sean denunciadas, como para aplicar las sanciones si éstas fueran procedentes; en todo caso, no parece muy sólido el argumento que fue empleado en la iniciativa, en el sentido de que el sistema mejorará cuando se atribuya a otro órgano formalmente administrativo pero materialmente jurisdiccional, la facultad de juzgar sobre las presuntas faltas y en su caso sancionar al servidor público que las hubiere cometido.

En efecto, ello es así en la medida en que las facultades de investigar, integrar los expedientes y acusar, quedarán en la esfera administrativa, lo cual debería mantener la suspicacia implícita en los argumentos del legislador,

Desde un ángulo diferente, reitero que resulta contrario a la evolución que ha observado la justicia administrativa tanto en nuestro país como en aquellos Estados que no siguen el sistema judicial para juzgar sobre la legalidad de los actos de la administración, el precaverse de que los tribunales de lo contencioso administrativo pasen de ser de mera anulación, a tener la facultad de ejecutar y hacer cumplir sus fallos, esto es, a ser de plena jurisdicción; debiendo advertirse que en todo caso, no hace efectiva su resistencia, ya que el nuevo tribunal de lo contencioso administrativo que dice en su exposición de motivos que debe crearse, será de todas formas de plena jurisdicción.

Por último, es de puntualizarse el hecho de que el texto de la nueva fracción XXIX-H del artículo 73 constitucional, que habrá de convertirse en norma vigente en un plazo breve, no refleja la voluntad del legislador constitucional, ya que permite, sin

---

<sup>13</sup> Ver el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

violentarlo en su texto expreso, que la nueva facultad de imponer las sanciones se adscriba al actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

## **Bibliografía:**

- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional mexicano*, décimo tercera edición actualizada, editorial Porrúa, México, 2000.
- CASTAÑEDA RIVAS, César y Miguel Ángel CEDILLO HERNÁNDEZ, *Evolución y perspectivas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 56.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Fundap, México, 2003.
- JUÁREZ MEJÍA, Godofino, *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Porrúa, México, 2002.
- Gaceta Parlamentaria del Senado de la República*, núm. 161, martes 28 de agosto, México, 2006.
- MORENO, Daniel, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1999.
- PETERS, Guy, *La política de la burocracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- RUIZ PÉREZ, Tomás, “Panorama de los tribunales de lo contencioso administrativo en las entidades federativas”, en *Gaceta de Administración Pública Estatal y Municipal, Contenciosos Administrativos*, núm. 57, agosto de 1997, INAP, México.

## **Pasado, presente y futuro de los Derechos Humanos**

Marta Silvia Moreno Luce\*

**RESUMEN.** Desde el siglo XVIII, la humanidad ha tratado de que se reconozcan y protejan los derechos humanos. A través del Derecho Internacional se han creado importantes Documentos Internacionales a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A través del análisis de algunos Pactos y Declaraciones, llegamos a la conclusión de que hasta ahora no se ha logrado el objetivo de terminar o disminuir las violaciones a los derechos humanos. ¿Podrá haber una solución para que en este siglo XXI encontremos algunas formas más adecuadas para evitar las violaciones?

**Palabras clave:** Documentos Internacionales, Derechos Humanos, Derechos Fundamentales.

**SUMARIO:** Introducción. I. Los primeros Documentos Internacionales. II Los Documentos Internacionales en el Siglo XX. III. Derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. IV. Derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. V. La proclamación de Teherán.. VI. La problemática de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Conclusiones.

### **Introducción**

La crisis del modelo espacio temporal de los derechos humanos y su universalidad se han convertido en un obstáculo, cada vez más difícil de solucionar para su cumplimiento. Entre universalidad y derechos humanos existe una conexión íntima que parte de la afirmación del valor inalienable de cada persona individualmente considerada, con independencia de sus caracteres particulares. Hacer efectivos los derechos humanos es hoy más que nunca una necesidad para la realización de la justicia y para el futuro de la humanidad. Esto exige una actitud comprometida de gobernantes, legisladores, juristas y de la sociedad en general. La globalización no puede identificarse con la universalización de los derechos humanos, la globalización trata de fundamentarse en los derechos humanos pero en la actualidad el respeto a los derechos humanos no es la regla, es la excepción.

---

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Es sabido que los derechos humanos son categorías históricas surgidas generacionalmente a través de un proceso dilatado a veces con enfrentamientos y disputas graves entre gobernantes y gobernados. Este proceso no ha terminado porque las libertades evolucionan de acuerdo con las necesidades humanas y estas van adquiriendo perfiles propios de cada momento histórico. El desarrollo de los derechos humanos ha sido paulatino y a base de demandas colectivas, reivindicaciones arrancadas al poder en contra de su voluntad, conquistas de la razón frente a la barbarie. Nunca fue de manera pacífica la conquista de los derechos humanos siempre estuvo envuelta en persecuciones, revueltas, luchas y revoluciones.

## I. Los primeros documentos internacionales de Derechos Humanos

Desde la época de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los derechos humanos se asientan en un sustrato social, cultural y político revolucionario que vivió la civilización de Occidente entre los años 1789 y 1815. En este sentido la Declaración por su filiación francesa debería ser analizada como un producto de una revolución social violenta, que provocó un cambio en el orden social sustituyendo un orden social por otro, para instaurar la clase social revolucionaria en lugar de la burguesía y la monarquía, surgiendo los conceptos de derechos civiles y políticos. En primer término se comenzó a hablar de los derechos civiles, luego de los políticos, considerándolos como derechos públicos y derechos individuales.

Más tarde se reafirman estos términos en un estudio de los diversos conceptos con que debían conocerse esos derechos, el distinguido constitucionalista Pellegrino Rossi, “precisó la distinción entre derechos públicos (los derechos políticos) y los derechos privados que eran los comprendidos dentro del derecho civil propiamente dicho.”<sup>1</sup> A estos derechos civiles o derechos privados se oponen los derechos políticos, de los cuales es titular en forma exclusiva aquel individuo que se encuentra en la situación particular de ciudadano.

Durante el siglo XIX, la doctrina francesa reafirma la idea de que se trata de derechos individuales cuando nos referimos a aquellos derechos de los que son titulares los individuos, ya que en esa época se consideraba al individuo como tal y no se aceptaban los derechos de grupos humanos.

Al llegar a siglo XX, es importante destacar que México ocupa un lugar primordial en la historia de los derechos humanos, apareciendo por primera vez en la historia el concepto de derechos sociales, fue la Constitución mexicana de 1917 la primera en reconocerlos. Posteriormente siguió la constitución alemana de Weimar en 1919 y la de la república española de 1931. Las tres constituciones promueven un movimiento a favor de los derechos sociales a diferencia de los derechos individuales.

---

<sup>1</sup> CAMARENA, Eduardo J, *Estudios de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 203.

La expresión derechos fundamentales se difunde a partir de la Segunda Guerra Mundial, porque a partir de ese momento comienzan a surgir los documentos internacionales, las declaraciones de derechos y los pactos, empieza a difundirse en todo el mundo los términos de “derechos humanos” o “derechos del hombre,” para todos los derechos que se encuentran estipulados en los documentos internacionales, reservándose el de derechos fundamentales para los que van siendo reconocidos en las constituciones, de la mayoría de los países en diferentes tiempos y de distinta forma, la doctrina actual en general está de acuerdo en aceptar plenamente esta terminología.

En los todos los documentos y pactos internacionales de derechos humanos quedaron comprendidos los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos económicos, los derechos sociales y los derechos culturales. En cuanto a su evolución histórica o época de su reconocimiento, la doctrina distingue actualmente entre los llamados derechos de la primera generación, derechos de la segunda, tercera y algunos autores mencionan una cuarta y hasta quinta generación, no habiendo en estas dos últimas un criterio o aceptación unánime.

## **II. Los documentos internacionales en el siglo XX**

A partir del año de 1945, las naciones llegaron a la conclusión de que la mejor forma de lograr una comunidad estable y evitar en el futuro una situación como la que ocurrió en la Segunda Guerra Mundial con la violación masiva de los derechos humanos, era sometiéndose todos los pueblos al derecho internacional, dándole a la sociedad internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. “Los objetivos fundamentales de dicha comunidad fueron evitar la concentración de poder de manera excesiva por una nación y la protección de los derechos del individuo. Desde entonces, la aplicación efectiva del derecho internacional con respecto a los derechos internos no es tan alentadora.”<sup>2</sup>

Los problemas surgieron entre los sistemas jurídicos internos que a veces estaban en contraposición con el nuevo derecho internacional y con el tradicional concepto de Soberanía, el cual ha ido teniendo modificaciones acordes a esta nueva situación. Los intereses económicos y políticos se anteponían al compromiso de respetar los derechos humanos, por lo que la firma para la aceptación del cumplimiento de los Tratados y de la Jurisdicción de las Cortes regionales e internacionales fue un proceso muy lento. Los países en los que existe mayor número de violaciones a los derechos humanos, son los que más se niegan a adquirir esos compromisos del derecho internacional.

---

<sup>2</sup> BARRENA NÁJERA, Guadalupe y MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, “Incorporación del derecho Internacional en la Constitución Mexicana,” en *Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional del Derecho Constitucional III*, UNAM, México, 2001, p. 167.

Según Guadalupe Barrena y Carlos Montemayor, la relación entre el derecho internacional y los derechos internos es problemática, existiendo obligaciones contradictorias entre ellas, mencionando cuatro problemas generales:

- "a ) el status interno de las disposiciones legales internacionales desde la perspectiva del derecho constitucional;
- b) el examen del derecho interno por los tribunales internacionales;
- c) la relación entre la jurisdicción interna y la internacional, y
- d) la implementación de las decisiones judiciales internacionales en derecho interno"<sup>3</sup>

No obstante se hizo un esfuerzo muy significativo por unificar criterios, a pesar de las grandes diferencias de ideologías existentes al final de la Segunda Guerra Mundial, el resultado positivo fue el acuerdo de emitir para toda la humanidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual surgió después de arduas discusiones, de una resolución de la Asamblea General de la ONU.

El propio nombre de Declaración nos está indicando que se trata una de las decisiones más importantes de ese organismo aunque no tiene efectos vinculantes u obligatorios para los Estados. La Declaración tiene como una de sus características en el orden jurídico internacional, su carácter descentralizado, por virtud del cual adquiere suma importancia como una de las principales fuentes del derecho internacional. La mencionada Declaración fue aprobada por 48 votos afirmativos, 8 abstenciones y ninguno en contra<sup>4</sup>.

A partir de su existencia como resolución, la Declaración logra definir el concepto y contenido de la expresión "derechos humanos y libertades fundamentales" que se mencionaban en forma muy general en la Carta de la ONU y en función del consenso de la comunidad internacional, con lo que logró poco a poco consolidarse como una norma de derecho internacional general de carácter obligatorio. A criterio de algunos internacionalistas se cristalizó una norma de derecho consuetudinario que se encontraba en estado difuso.

A este importante documento considerado como fundamental en la historia de la humanidad, le siguieron dieciocho años después, los Pactos Internacionales de Derechos y a pesar de ser documentos que podemos considerar antiguos y de que son mencionados en la mayoría de los artículos y libros sobre derechos humanos, su contenido no es ampliamente conocido.

---

<sup>3</sup> BARRENA NÁJERA, Guadalupe y MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, *Op. Cit.* P. 167

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, Compilador, *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ONU OEA, CNDH*, Tomo I, México, 1996, p 115.

La elaboración y aprobación de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se realizó a través de un procedimiento extenso y complicado, en el que se tomó como base un proyecto elaborado por el “Comité de Redacción” de la Comisión de Derechos Humanos y ambos fueron aprobados en forma unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 entrando el primero en vigor el día 23 de marzo de 1976, fue ratificado por México, el 23 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial el 20 de mayo de 1981. El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales entró en vigor el 3 de enero de 1976, su ratificación por México fue el 23 de marzo de 1981, publicándose en el Diario Oficial el 12 mayo de 1981 y entró en vigor en nuestro país el 23 de junio de 1981, podemos constatar que transcurre mucho tiempo entre la aprobación de un Documento y su ratificación por lo que en los diversos países, por lo que generalmente entran en vigor muchos años después.<sup>5</sup>

La diferencia entre las Declaraciones en el Derecho Internacional y los Pactos estriba en que las primeras no son vinculantes no requieren ratificación, no generan obligaciones y son de carácter genérico. Por el contrario los Pactos, son vinculantes, requieren ratificación, generan obligaciones y establecen prescripciones específicas.

En cuanto al contenido, en el preámbulo coinciden en muchos de sus artículos, ambos se refieren a la dignidad de la persona; a que el goce de los derechos es una condición del ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, estableciendo además que en virtud de sus deberes con la comunidad, los individuos tienen la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en los Pactos.

Otro de los puntos de contacto es el derecho a la autodeterminación como responsabilidad inherente a todos los Estados, que comprende: decidir su condición política, proveer a su desarrollo económico, social y cultural y disponer de sus riquezas y recursos. Todo lo cual está comprendido en el artículo primero de ambos Pactos, complementados por el artículo 24<sup>6</sup> del Pacto de Derechos Económicos sociales y Culturales y el 47<sup>7</sup> del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La segunda semejanza se da entre los artículos 5 de ambos Pactos, que en su inciso 1º, es similar al artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos

---

<sup>5</sup> BIASCO, Emilio, “La internacionalización de los Derechos del hombre en el marco de la evolución histórica” en *Cursillo sobre Derechos Humanos* Facultad de Derecho, Montevideo, 2000, p. 62.

<sup>6</sup> Artículo 24 Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto, en VINUESA, Raúl E, (compilador) *Derechos Humanos e Instrumentos Internacionales*, Zavalía, Buenos Aires, 2000, p. 338.

<sup>7</sup> Artículo 47 Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales, *Ibidem*.p. 371.

Humanos, establece que las disposiciones del Pacto no pueden ser interpretadas en el sentido de reconocer derecho alguno para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación, en medida mayor que la prevista en él. Y en el inciso 2º, se introduce como novedad, la disposición de que no se admiten restricciones a los derechos fundados que se encuentran incluidos en los mismos, bajo ningún concepto.

Existen algunas cláusulas que son parcialmente similares que se pueden clasificar en tres grupos: el primero referido a los derechos de los individuos que generan los correspondientes deberes al Estado; un segundo grupo referido a la suspensión de las obligaciones contraídas por los Estados y el tercero se refiere a los controles de vigencia de los derechos.

Dentro del primer grupo encontramos los derechos llamados de la primera generación, es decir, los derechos civiles y políticos. Estos derechos son correlativos a los deberes negativos del Estado cuya obligación consiste en la abstención de actuar, es decir, de no interferir en el disfrute de alguno de esos derechos. Dentro de este mismo grupo se encuentran los derechos de la segunda generación, o sea, los económicos sociales y culturales. Estos derechos son correlativos a deberes positivos del Estado, y en su caso, otorgan acciones legislativas, ejecutivas y administrativas, para asegurar su vigencia, en estos casos se parte del supuesto de que el Estado debe intervenir y conformar el orden económico y social existente, adecuándolo a las metas e ideales establecidas en los Pactos.

El segundo grupo está constituido por normas referidas a la suspensión de las obligaciones contraídas por los Estados. “En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se reconoce esa posibilidad bajo ciertas condiciones específicas; para casos excepcionales, oficialmente proclamados, limitados a esa situación; en tanto no se violen obligaciones impuestas por el Derecho Internacional y siempre que no entrañen limitaciones a los derechos.”<sup>8</sup> No obstante dicha suspensión no procede en los casos en que: esté en juego el derecho a la vida, o se trate de torturas, tratos inhumanos o prisión por deudas; se disponga de condena en base en una ley retroactiva o que se afecte el reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad de conciencia y religión. En cuanto al Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la promoción del bienestar general, en una sociedad democrática, no puede reducirse a medidas incompatibles con los derechos reconocidos.

---

<sup>8</sup> Artículo 4. 1- En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, en VINUESA, Raúl E., (compilador) *Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales*, Buenos Aires, 2000, p. 349.

En el tercer grupo, encontramos normas referidas al control de la vigencia de los derechos. Al respecto, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos detalla el funcionamiento del Comité de Derechos Humanos y las Comisiones especiales de Conciliación, en su artículo 42 contiene cláusulas referidas a facilidades, privilegios e inmunidades para los miembros de estos órganos. “Establece un informe anual del Comité a la Asamblea General. Una característica importante es que los particulares pueden hacer denuncias por violaciones a sus derechos por parte de los Estados miembros, ante el Comité de Derechos Humanos.”<sup>9</sup>

### **III: Derechos reconocidos en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos**

Los derechos que se encuentran reconocidos en este Pacto los podemos clasificar en:

- a) derechos civiles: derecho a la vida, a no ser torturado ni recibir tratos degradantes, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, la libertad y seguridad personal, a un régimen penitenciario adecuado, a no ser encarcelado por deudas, a circular y fijar residencia. En relación a los extranjeros tienen derecho a permanecer en el territorio de residencia, al debido proceso, a no ser condenado por leyes retroactivas, a la personalidad jurídica, a la privacidad, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de expresión, de reunión, de asociación, a contraer matrimonio y formar una familia. En cuanto a los niños tienen derecho al nombre, a la nacionalidad y la protección, derecho a la igualdad ante la ley; y derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.
- b) Derechos políticos: Derecho a la participación, al voto universal y secreto, a ser elegido y a acceder a cargos públicos. Es importante recalcar que en este Pacto no existe ninguna referencia al derecho de propiedad.

### **IV: Derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

En este Pacto distinguimos tres clases de derechos:

- a) Los derechos económicos que comprenden el derecho al trabajo, a condiciones de trabajo dignas y satisfactorias, a un nivel de vida adecuado para si y la familia, a la posibilidad de asociación sindical y a federarse y funcionar libremente y el derecho de huelga,
- b) Los derechos sociales, que implican el derecho a la seguridad social y al seguro social, el derecho a la protección de la familia, la protección de las mujeres embarazadas, niños y adolescentes y lograr el nivel mas alto de salud física y mental.

---

<sup>9</sup> BIASCO, Emilio, “La internacionalización de los derechos del hombre en el marco de la evolución histórica” en *Cursillo sobre los derechos humanos*, Facultad de Derecho, Montevideo, 2000. p. 67.

- c) Los derechos culturales, entre los que se encuentran incluidos el derecho a la educación, el derecho a participar de la vida cultural, el derecho a la libertad científica, creación y goce del progreso científico y el derecho a la autoría científica, literaria o artística.

## V: La proclamación de Teherán de 1968

Esta Declaración fue el resultado de una reunión en Teherán del 23 de abril al 13 de mayo de 1968, con la intención de “examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación y la Declaración Universal de los Derechos Humanos y preparar un programa para el futuro.”<sup>10</sup> Fue muy importante en cuanto que subrayó que la Declaración de 1948, contiene una concepción común a todos los pueblos y es obligatoria para la comunidad internacional. Se enfatiza la individualidad de los derechos humanos haciendo hincapié en que no es posible hacer efectivos los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos sociales, económicos y culturales.

“La proclamación de Teherán insiste en que los problemas para la aplicación de los derechos establecidos en los distintos documentos internacionales, presentan graves problemas para su cumplimiento, por ejemplo la ausencia de leyes adecuadas que garanticen a todos el goce de la libertad y la dignidad,”<sup>11</sup> la existencia de la discriminación racial, la discriminación sexual, el analfabetismo, la disparidad entre países desarrollados y países en desarrollo, la utilización inmoral de los descubrimientos científicos y de los adelantos tecnológicos. Todo esto que se enfatizó hace cuarenta años sigue siendo un problema actual, con raras excepciones.

La concepción jurídica individualista está basada en la idea del hombre idealmente aislado, viviendo separado de todo vínculo social. Con la aparición de la idea de los derechos sociales se generó una nueva idea del hombre como punto de partida del legislador. La del hombre sujeto a vínculos sociales, la del hombre colectivo como base de un derecho social.

Estos documentos elaborados hace ya cuarenta años, nos permiten hacer una evaluación actual, en la que a pesar de haberse formado los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos en los cinco continentes dando origen al Sistema Americano, Europeo, Africano, Asiático, Australiano y uno más específico en los países Árabes, el resultado es negativo ya que no han podido cumplir cabalmente su cometido. No existe ningún país del que podamos afirmar que los derechos humanos son respetados como se pretendía en la Declaración y en los Pactos, los cuales quedaron en calidad de buenas intenciones malogradas en general. Aunque hay países que tienen cubiertos los derechos sociales con buenos sistemas de salud, con un nivel de vida económico que permite a sus habitantes un alto grado de bienestar, en esos mismos países se violan los derechos humanos de las minorías, de las mujeres, de los niños, etcétera.

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, Compilador, *Op. Cit.* P. 25.

<sup>11</sup> ARBUET VIGNALI, Heber, *Los Derechos Humanos en el siglo XX*, UNAM, México, 2002, p. 28.

## **VI. La problemática de los derechos humanos en el siglo XXI**

El gran problema en el siglo XXI es que a pesar de la gran cantidad y variedad de documentos internacionales formulados en el siglo XX, las violaciones a los derechos humanos protegidos con tanto ahínco en los primeros documentos que siguieron a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como los que hemos comentado y a pesar de que constituyeron un gran esfuerzo de la comunidad internacional para dar efectividad a los postulados de la Declaración de 1948, el resultado no ha sido el esperado, en todos los países, por el contrario es cada vez notorio el número de violaciones a los derechos humanos.

La violación a los derechos de la tercera generación que no estaban contemplados en esos antiguos Pactos, es uno de los grandes problemas de este siglo. El proceso de globalización ha obligado a la comunidad internacional a reconocer nuevos derechos humanos como los ambientales, los de los consumidores, los derechos de las minorías y en otros casos ha creado nuevos problemas a algunos derechos sociales, como el de tener un trabajo digno por las condiciones cada vez más infamantes de trabajo de las grandes compañías que realizan la manufactura de los miles de productos que se consumen en maquiladoras en las que se violan todos los derechos que habían sido conquistados para los trabajadores. Otro problema es el de los migrantes que son tratados con lujo de violencia y discriminación, así como los que provienen de la criminalidad organizada que atentan contra la libertad y la dignidad por el tráfico de personas.

Los derechos de la tercera generación empezaron a exigirse y a reconocerse desde los años sesenta del siglo pasado, provocando luchas a veces violentas o en forma pacífica a través de los Organismos no Gubernamentales, cuentan también con una gran variedad de Documentos Internacionales que provienen de diversas Juntas Cumbre, sobre problemas de las minorías, el derecho a ser diferente, los derechos de los pueblos, el derecho a la paz, los derechos ambientales, etcétera, algunos de los cuales ya han encontrado respuesta en la legislación interna de los Estados. Algunos derechos de la tercera generación, se hayan reconocidos en Importantes Documentos internacionales, no obstante, no se han encontrado las formas jurídicas eficaces para su protección, a pesar de la abundante legislación que los ampara.

### **Conclusiones**

El panorama sobre la protección y reconocimiento de los derechos humanos es optimista, desde fines del siglo pasado y principios de este, existen incontables Documentos Internacionales que reconocen y protegen casi todos los derechos que en las condiciones actuales requiere el hombre del siglo XXI.

En el derecho interno de cada país, las constituciones de los países democráticos han ido aumentando su catálogo de derechos fundamentales, hallándose reconocidos, protegidos

y en algunos casos incluso garantizados, como en nuestro país, mediante el Juicio de Amparo

Las leyes especiales que protegen específicamente cada uno de los derechos fundamentales, establecen formas de tutela y protección, con la intención de evitar las violaciones a los derechos o en su caso tratar de reparar el daño causado por alguna violación.

Sin embargo, el resultado de toda esta instrumentación jurídica, no ha sido lo suficientemente efectiva como para poder afirmar que las violaciones a los derechos humanos han sido superadas en los albores del siglo XXI, por el contrario la sociedad es cada vez más violenta al enfrentarse a las autoridades que no han cumplido con las condiciones propicias para el disfrute de la mayoría de los derechos o en otros casos, la tortura, la discriminación, la falta de trabajo y de seguridad social, el daño ambiental, la situación material de la mayoría de las prisiones en el mundo, nos revelan que parece que ha sido en vano la creación de tantos Documentos Internacionales, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la abundante legislación, la realidad es que ha faltado en todos, sea cual fuere su postura filosófica y jurídica, la buena voluntad a todos los integrantes de la comunidad internacional, que ha estado preocupada desde hace muchos años por el tema de los derechos humanos pero de una manera global y abstracta, “es necesario comprender que es *tarea y deber de cada uno* ocuparse de los derechos de los demás”<sup>12</sup> tanto los gobernantes como todos los habitantes del planeta, debemos cooperar de manera particular, por ejemplo, evitando la contaminación, la discriminación, etcétera, y aprender a defender nuestros derechos, en cualquier circunstancia o situación.

Sólo a través de una verdadera educación de las autoridades y de la sociedad civil, en materia de protección a los derechos humanos, podremos ver algún día, cristalizados los anhelos plasmados en los abundantes Documentos Internacionales.

---

<sup>12</sup> ETCHEVERRY ESTRAZULAS, Nicolás, *Los derechos humanos desde el punto de vista jusfilosófico y Ético*. Facultad de Ciencias Sociales, Uruguay, 1997, p.211.

## BIBLIOGRAFÍA

ARBUET VIGNALI, Heber, *Los Derechos Humanos en el siglo XX*, UNAM, México, 2000, p. 28.

BARRENA NÁJERA, Guadalupe y MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, “Incorporación del Derecho Internacional en la Constitución Mexicana” en *Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional del Derecho Constitucional III*, UNAM, México, 2001, p. 167.

BIASCO, Emilio, “La internacionalización de los Derechos del hombre en el marco de la evolución histórica” en *Cursillo sobre Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Montevideo, 2000, p. 62.

CAMARENA, Eduardo J, *Estudios de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 203.

ETCHEVERRY ESTRAZULAS, Nicolás, *Los Derechos Humanos desde el punto de vista jusfilosófico y Ético*, Facultad de Ciencias Sociales, Uruguay, 1997, p. 211.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, Compilador, *Instrumentos Nacionales sobre Derechos Humanos ONU OEA*, CND, Tomo I, México, 1996, p. 115.

VINUESA, Raúl E, compilador, *Derechos Humanos e Instrumentos Internacionales*, Zavallia, Buenos Aires, 2000, p. 338.



# **El derecho de los consumidores y los patrones de consumo**

Sara Luz C. Quiroz Ruiz\*

**RESUMEN:** La tutela de los consumidores fue ampliada desde 2004 al reformarse la Ley Federal de Protección al Consumidor, abarcando las prácticas anticompetitivas que puedan inducir a engaño o confundir al consumidor, lo cual se vincula con los componentes de los patrones de consumo y las industrias culturales empleadas por los agentes económicos para dar a conocer sus productos y servicios.

**Palabras claves:** consumidor y competencia, patrones de consumo, industrias culturales y consumo.

**ABSTRACT:** The trusteeship of consumers was broadened since 2004 when the Federal Law of Consumer Protection was reformed, including anticompetitive practices that may induce to deceive or confuse the consumer, this is linked to the components of consuming patterns and cultural industries employed by economic agents to make their products and services known.

**Key words:** consumer and competition, consuming patterns, cultural and consuming industries.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Génesis y desarrollo del Derecho de los Consumidores.2. La transición del Derecho de los Consumidores.3. Los patrones de consumo.4. Las industrias culturales y los patrones de consumo. Reflexión final. Bibliografía.

## **Introducción**

La flexibilidad imperante en la dinámica interfirmas, ha propiciado mutaciones en el escenario del mercado, lo cual ha repercutido en una recomposición de los recursos y los medios para regular tal actividad, tendencia a la cual se orientan las reformas a la segunda Ley Federal de Protección al Consumidor vigentes desde 2004, normativa sobre las prácticas desleales que afectan la confianza de los consumidores.

Esa transición impulsa una sana competencia comercial y contribuye a eficientar el consumo, pues al perfeccionar la etapa precontractual, se fortalecerá la celebración del contrato, repercutiendo en el posicionamiento de la empresa y la multiplicación de beneficios para el consumidor, al tutelarlo desde su acción de consumo; por lo tanto cómo se vincula el Derecho con los patrones de consumo.

---

\* C. a Dra. en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Académico de carrera del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de Asignatura de la Facultad de Derecho, en el Campus Xalapa de la Universidad Veracruzana.

La articulación del sistema mundial no es un problema nuevo, pero la interconexión entre sus partes siempre resulta complejo, por ello como ha dicho Octavio Ianni, lo que preocupa cada vez más a los investigadores, “en particular después de la segunda guerra mundial, es el conocimiento de las relaciones internacionales emergentes, o realidades propiamente mundiales,”<sup>1</sup>. Por ello, la teoría de la “economía mundo”, se considera apropiada para explicar la relación del consumo con el ingreso, o sea los patrones de consumo.

Las mutaciones que sobre el consumo se han dado, evocan que desde el trueque, ya existían personas y grupos interesados en relacionarse con otras personas o grupos de personas, interacción generada, por una sobreproducción de productos para la satisfacción de las necesidades, con la pretensión de extender el intercambio, más allá del ámbito conocido, de dominio.

Se aplica el término *dominio*, porque ya que el bien objeto del intercambio era conocido en cierto ámbito, no dejaba de mejorarse para mantener el interés de ese y otros tantos grupos, tanto como fuera posible en el bien, surgiendo de esa manera la categoría de competencia comercial por una parte, y por la otra, el cliente, calificación otorgada al consumidor por su conducta reiterada de satisfacer sus preferencias con el mismo productor o proveedor de bienes o servicios.

Dicha actividad mercantil se torna compleja, al multiplicarse los intereses de los agentes económicos, por las innovaciones de la Prodúctica y debido a las transformaciones propias de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), las cuales según la OCDE, son dispositivos que capturan, transmiten, despliegan y procesan información,<sup>2</sup> distinguiéndose, según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) entre las consideradas como antiguas, que son: los receptores de radio, televisión y los teléfonos y las nuevas que son: los teléfonos móviles, las computadoras personales y la Internet,<sup>3</sup> esto es, en la complejidad se combinan la tradición con la innovación.

Las industrias culturales intensifican la dinámica comercial, en cuanto a la calidad y cantidad, originando emplear mecanismos por los cuales los agentes económicos no decaigan en la oferta de sus bienes y en convertir a sus consumidores en clientes, sosteniendo una comunicación en la galaxia Gutemberg o en la galaxia Marconni, parafraseando a Marshall McLuhan. Entonces el manejo de la información a través de las industrias culturales es el vínculo entre el Derecho y los patrones de consumo, regulado por la Ley Federal de Protección al Consumidor en la normativa relativa a las prácticas desleales.

## 1. Génesis y Desarrollo del Derecho de los Consumidores

Las tendencias doctrinarias que dan cuenta de los acontecimientos, registran inicialmente la Defensa del Consumidor y más adelante se refieren al Derecho del

---

<sup>1</sup> Octavio Ianni, *Teorías de la globalización*, México, Ed. Instituto de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, Siglo XXI, 1996, p. 13.

<sup>2</sup> *Reviewing the ICT sector definition: Issues for discussion*, Working party on indicators for the Information Society, Stockholm, 25-26 April 2002, en: ¿Qué tan conectados están los mexicanos?, *Este País*, No. 180, marzo, México, 2006, p. 75.

<sup>3</sup> ¿Qué tan conectados están los mexicanos?, *ob. cit.*, p. 75.

Consumo o Derecho de los Consumidores. Así la correspondiente a Francia, Bélgica, Portugal y España, se pronuncia por la nomenclatura Derecho del Consumo; mientras que Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, Australia y Argentina se manifiestan por Derecho del Consumidor, argumentando que como tal se atiende a la funcionalidad de las disposiciones, mientras que en el otro sentido el centro lo constituye el mercado. Lo cierto es que la protección del consumidor y/o usuario es un tema de actualidad.

La libertad de comercio proclamada en la Declaración de los Derechos del Hombre en 1791, al amparo del dogma de la igualdad de todos ante la ley, originó por el aumento de precios y la inseguridad de bienes circulantes en el mercado, como la talidomina, la primera protesta de consumidores a inicios de la primera década del Siglo XX, movimiento, al que siguieron: en 1935 por incremento en los precios en plena depresión económica, el escándalo de la sulfanilamida y la huelga de amas de casa en Detroit y el tercero iniciado en 1965 por las prácticas habituales del comercio y los intereses a largo plazo de los consumidores; movimientos que de Estados Unidos de América se extendieron a los países europeos, donde surgieron asociaciones privadas de consumidores, fue divulgada información tanto en medios impresos y de comunicación masiva, radio y televisión, para impulsar la educación de los consumidores, además de crearse organismos administrativos para la tutela de sus intereses en Francia, Inglaterra, Suecia y Holanda.<sup>4</sup>

Entonces, el Derecho del Consumo o Derecho de los Consumidores surge como un derecho social, relacionándolo con el ingreso proveniente del ejercicio de la libertad de trabajo.<sup>5</sup> Así la relación de consumo en México es regulada en 1975 al promulgarse la primera Ley Federal de Protección al Consumidor, a lo cual ahora, ante el predominio de la globalización en los mercados, se suman los principios de libre concurrencia y libre competencia, desde la segunda ley que data de 1992, década en la cual México inicia su proceso de integración económica, a través de Tratados de Libre Comercio.

De dichos cambios estructurales la literatura legislativa y bibliográfica en México, dan abundantes testimonios desde hace dos décadas, participación en las políticas macroeconómicas que conduce al derecho a un proceso de transición, al cual no se ha sustraído el Derecho del Consumo.

## 2. La transición del Derecho de los Consumidores

El Derecho de los Consumidores ha sido estudiado conservadoramente, con un ánimo proteccionista, prevaleciendo la observación sólo sobre la manifestación del consentimiento para satisfacer una necesidad, lo cual lleva al Estado a equilibrar los intereses entre las partes contratantes, concediendo mayor peso a la perspectiva del

---

<sup>4</sup> José Ovalle Favela, *Derechos del Consumidor*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Nuestros Derechos, 2000, pp.3-5.

<sup>5</sup> Ralf Dahrendorf, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Madrid, 1962, en: Graciela I. Lovece, "Exceso de información", en: *Daños. Globalización Estado-Economía*, Ed. Rubinzel-Culzoni, Argentina, 2000, p.151. "En un principio se plantearon pues los derechos de igualdad jurídica, que atribuían a cada ciudadano del Estado el *status* de hombre libre, otorgaban a todos capacidad jurídica y, por tanto facultad para contratar. Son éstos los por Max tan denigrados 'derechos generales del hombre' que permitieron inicialmente los procedimientos capitalistas reproducción: 'libertad'. El comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo el trabajo, están sólo determinados por su libertad de voluntad. Contratan entre sí como personas libres con igualdad de derechos [...] 'igualdad'. Actúan entre sí sólo como propietarios de mercancías y cambian equivalente por equivalente [...] 'propiedad'. Pues cada uno dispone solamente de lo suyo".

Derecho Civil; posición que evoluciona ante la armonización de la política económica de libre mercado, vinculándose con otros saberes para buscar dicho equilibrio, así abarca el comportamiento de las empresas que compiten en el escenario del mercado, ampliando la oferta porque incrementan la variedad de productos que dan a conocer a los consumidores o usuarios potenciales; en consecuencia se revelan dos enfoques para su estudio:

- *Durante la década de los años setenta, sobre la protección al consumidor,*
- *A partir de la glocalización de mercados, atender lo relativo al derecho del consumo o de los consumidores.*

En el primer enfoque el consumo se identificó como un derecho social, de la colectividad, como parte de aquellas “normas destinadas a regular y tutelar las relaciones de los integrantes de una clase o grupo social con otras, cuando esas relaciones son las que tipifican la pertenencia a la clase o grupo de que se trate”.<sup>6</sup> Con la particularidad de que, en el derecho del consumo, todos aislada o colectivamente somos en un momento determinado consumidores, trátese del industrial o el prestador de servicio, algún titular de la Administración Pública (por ejemplo, en las compras gubernamentales), trabajadores, etcétera; como bien lo señaló John F. Kennedy Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica en su mensaje al Congreso el 15 de marzo de 1962 al expresar: “Todos nosotros por definición somos consumidores”.

Con tal orientación fue promulgada la primera Ley de Protección al consumidor el 22 de diciembre de 1975, cuyo contenido otorgó al consumidor cuatro derechos fundamentales:

- “El de ser informado veraz y suficientemente sobre las características del producto o servicio que se pretende tratar;
- El de conocer, previamente, los pormenores completos de la operación a realizar;
- El de recibir el bien o servicio tal y como fue estipulado, y
- el de que se respete su dignidad física, intelectual y moral.”<sup>7</sup>

Al transitar hacia el segundo enfoque, la preocupación se centra en las cadenas alimenticias, insertándose en el medio los Acuerdos sobre Productos y recientemente, se argumenta la calidad de vida, girando entonces hacia el carácter de los recursos no renovables de la tierra y sobre la capacidad de adaptación del planeta a una población cada vez más impactante y a una producción económica en expansión.<sup>8</sup> Posición que destaca la inquietud por la capacidad de consumo, frente a una desigualdad que lleva a distinguir entre países adelantados y países menos adelantados, panorama del que se ocupó la Reunión de Río conocida también como “Cumbre de la Tierra”, que en su

---

<sup>6</sup> Ernesto Rojas Benavides, “Algunos principios y preceptos de la Ley Federal de Protección al Consumidor”, en: *Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano*. T. II, Ed. Manuel Porrúa, México, 1978, p.544.

<sup>7</sup> Ernesto Rojas Benavides, “Algunos principios y preceptos de la Ley Federal de Protección al Consumidor”, ob. cit. p.545.

<sup>8</sup> Elayne Geyer-Allély y Jeremy Eppel, “Patrones de consumo y producción: proceso de cambio”, en: *Desarrollo sustentable: estrategias de la OCDE para el Siglo XXI*, Ed. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, París, 1997, p.65

programa precisamente dentro del capítulo 4 alude a: Evolución de las modalidades de consumo proponiendo como objetivos generales:

- “a) Promover modalidades de consumo y producción que reduzcan las tensiones a que se somete el medio ambiente y satisfagan las necesidades básicas de la humanidad;
- b) Manejar la comprensión de la función que desempeña el consumo y la manera de originar modalidades de consumo más sostenibles.”

Lo cual llevó a establecer entre los Acuerdos integrantes de la Agenda XXI el principio 8 que dice:

“Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles, así como fomentar políticas demográficas apropiadas.”<sup>9</sup>

Esas Declaraciones constituyen el marco para conducir el desarrollo económico en equilibrio con el bienestar público y de manera sostenida; de ahí que en los últimos tiempos haya tomado importancia, visualizar el Derecho del Consumo también en la Teoría de los Derechos Humanos, según refiere Juan M. Farina, como derechos de incidencia colectiva.<sup>10</sup> Responden a intereses difusos, colectivos, transpersonales o supraindividuales; término utilizado para referirse a la exigibilidad en cuanto a su protección. Difuso, porque tiende a difundirse en todo un grupo humano poblador de una región; colectivo, porque afecta a una pluralidad; transpersonal, porque rebasa al interés personal; supraindividual, porque va más allá del interés individual.<sup>11</sup>

Además en 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó las Directrices de la ONU para la Protección al Consumidor, reconociéndose internacionalmente siete derechos, regulados por la segunda Ley de Protección al Consumidor publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992, que son los siguientes:

- Derecho a la información
- Derecho a la educación
- Derecho a elegir
- Derecho a la seguridad y calidad
- Derecho a no ser discriminado
- Derecho a la compensación
- Derecho a la protección.

Por otra parte, debido a la flexibilidad surgida con la praxis del libre comercio, es comprensible que el consumidor o /usuario sea visualizado como cliente, concepto flexible originado por el manejo de la información a través de los avances científicos y técnicos que orientan la conducta del consumidor, de esa manera la empresa constituye o amplía su clientela, logrando el posicionamiento de la sociedad mercantil, incluso al manejar en la publicidad comercial su ventaja competitiva y comparativa, a través de la marca o la razón social, asociados a los avances científicos y técnicos orientan la conducta del consumidor hasta constituir patrones de consumo.

---

<sup>9</sup> *Agenda XXI* Naciones Unidas, Secretaría de Desarrollo Social, México, 1992, p.2.

<sup>10</sup> Cfr. Juan F. Farina, *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999, p.7 y ss.

<sup>11</sup> Margarita Herrera Ortiz, *Manual de Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, México, 2003, pp.15-16

### **3. Los patrones de consumo**

En términos gramaticales, consumir del latín *consumere*, según el Diccionario de la Academia es, gastar comestibles u otros géneros.

Consumo: el “Último grado del proceso económico, en que los objetos producidos se utilizan para la satisfacción de las necesidades sociales o humanas, tanto mediadas como inmediatas.”<sup>12</sup>

La perspectiva económica señala: “Consumo. El acto o proceso de obtener utilidad de una mercancía o servicio. En un sentido general sirve para indicar el proceso de adquisición de bienes y servicios, así como también la cantidad que se gasta de cada uno de ellos: puede hablarse del consumo de gasolina -como cantidad de gasolina gastada en un período dado- y del consumo de lavadoras, como proceso que incluye la selección y compra de estas máquinas y su uso a lo largo del tiempo.”<sup>13</sup>

Por consumidor se entenderá, “Cualquier agente económico en tanto consume bienes y servicios. Todas las personas, sin excepción, son consumidores, pues es inevitable que utilicen bienes y servicios para satisfacer las necesidades que se presentan a lo largo de su vida. El consumidor es el demandante de los bienes finales que se ofrecen en el mercado y, por lo tanto, quien selecciona entre los mismos cuáles habrá de comprar.”<sup>14</sup>

En el ámbito internacional el consumidor es: en la Unión Europea, “toda persona física que actúa con un propósito fuera del marco de su actividad profesional”. La Convención de Viena le define como “aquel que compra mercancías para su uso personal, familiar o doméstico.”, la UNCITRAL hace referencia a “la persona que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional; en México la Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 1º le define como “...una persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final de bienes, productos o servicios.”<sup>15</sup>

En consecuencia, si bien no coinciden los términos con que se significa la acción de consumo y el sujeto que la ejecuta, en todos dicho esquema es independiente de aquel desarrollado como parte del ejercicio de una profesión u oficio, en espera de construir un beneficio, por lo cual esa acción siempre revela una dinámica constante y permeable al ambiente, de donde proviene su complejidad.

Los esquemas de acción de consumo desplegados por las personas, son orientados por un sinfín de factores, no tan sólo las necesidades, los gustos, el ingreso y los precios, sino por las presiones de los otros agentes económicos, la empresa y el

---

<sup>12</sup> Víctor Santo, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999, p.269.

<sup>13</sup> Enciclopedia Multimedia Virtual en Internet de Economía. Diccionario de Economía y Finanzas [www.eumet.net.cursecon/dic/P.htm](http://www.eumet.net.cursecon/dic/P.htm). Consultada junio 18 del 2005.

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

<sup>15</sup> Rocío Ovilla Bueno, “Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico”, en: *Derechos Fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Manuel Carbonell, Coordinador General, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 587.

Estado, pues los flujos de información que manejan, provocan la expresión de gustos y preferencias.<sup>16</sup>

Tal capacidad de consumo frente al proceso de globalización se le denomina patrón de consumo, o sea se refiere al análisis de los principales factores inherentes a la expansión y recomposición del consumo, de acuerdo con el efecto que tiene la política económica global, en la redistribución territorial de la población, con su adaptación a una nueva vida moderna, más pragmática para la toma de decisiones.<sup>17</sup>

El concepto de sustentabilidad en que se fundamenta tal concepto, alude a la calidad de vida, girando en torno al carácter de los recursos no renovables de la tierra y sobre la capacidad de adaptación del planeta a una población cada vez más impactante y a una producción económica en expansión.<sup>18</sup>

Los indicadores incluidos en el concepto de calidad de vida, son la salud, la esperanza de vida, la educación y el ingreso, pueden o no ser todos, pero parecen los más importantes por la constante referencia que a ellos hacen diversos estudiosos.

Complementado por el carácter multinivélico de equidad frente a la desigualdad que lleva a distinguir, entre países adelantados y países menos adelantados, cuestión visualizada en la Reunión de Río, conocida como “Cumbre de la Tierra”, cuyo programa dentro del capítulo 4: Evolución de las modalidades de consumo, propuso como objetivos generales los siguientes:

- “a) Promover modalidades de consumo y producción que reduzcan las tensiones a que se somete el medio ambiente y satisfagan las necesidades básicas de la humanidad;
- b) Manejar la comprensión de la función que desempeña el consumo y la manera de originar modalidades de consumo más sostenibles”

Para establecer entre los Acuerdos de la Agenda XXI el principio 8 que dice: “Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberán reducir o eliminar las modalidades reproducción y consumo insostenibles, así como fomentar políticas demográficas apropiadas.”<sup>19</sup>

Expresión mensurable sobre la sustentabilidad del consumo, es la de consumo dominante, rubro que es parte del Informe sobre Desarrollo Humano publicado anualmente por la ONU, es determinado por el nivel de ingreso *per cápita* y las necesidades de realización de ganancia de las empresas transnacionales.

Luego entonces, mientras por una parte las acciones de consumo ante la hipercompetencia de los conglomerados en una sociedad abierta, tienen importancia

---

<sup>16</sup> Cfr., *Infra* p. 1

<sup>17</sup> Felipe Torres Torres, et. al., *Dinámica económica de la industria alimentaria y patrón de consumo en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, México, 1997.

<sup>18</sup> Elayne Geyer-Allély y Jeremy Eppel, “Patrones de consumo y producción: proceso de cambio”, en: *Desarrollo sustentable: estrategias de la OCDE para el Siglo XXI*, op. cit., p.29.

<sup>19</sup> *Agenda XXI*, (Méjico), Naciones Unidas, Secretaría de Desarrollo Social, 1992, p. 2.

porque llegan a ser símbolo de status y en consecuencia pueden llegar a trastocar intereses impredecibles; por la otra, ante la insoslayable polaridad propiciada por la globalización, también se tiene presente la necesidad como el elemento fundamental del consumo, entendiéndola en uno de los significados provenientes de la voz latina *necesitas*, como aquél “impulso irrefrenable por el cual las causas han de obrar precisa e inefablemente en determinado sentido; para el que viene a ser, todo aquello a lo cual no existe posibilidad de evadirse, incumplir o resistir, y también por último, lo que alude a todo lo indispensable para la conservación de la vida.” Así tanto necesidades y preferencias, son equilibradas en los principios enunciados por el artículo 1º de la Ley Federal de Protección al Consumidor vigente, porque constituyen el marco de la cultura de consumo y por ende, la educación para el consumo.

#### **4. Las industrias culturales y los patrones de consumo**

El contenido humanista y el desarrollo tecnológico intensificado después de la segunda guerra mundial, subyacen en la denominación “industrias culturales”, la cual fue acuñada en la escuela de Frankfort por Theodor Adorno y Max Horkheimer, para señalar al mundo, las implicaciones industriales en los diferentes modos de expresión, de contenido y de función de la cultura, al producir y difundir mensajes culturales en forma de productos y servicios.

Tal interconexión industria cultura al trasladarla al ámbito de los flujos comerciales, demanda la profundización del conocimiento, por ello son empleadas para ganar la confianza de los consumidores, al dar a conocer componentes y beneficios que el producto o el servicio les proporcionarán, hasta en algunas ocasiones comunican los elementos intervenientes en la formalización de la manifestación de la voluntad, pero insisto, preferentemente se orientan a generar una cultura de consumo.

Considero cultura de consumo, a la actitud reflexiva, selectiva, crítica y participativa, que asume el individuo en sus hábitos de consumo, a fin de definir opciones y oportunidades racionales de compra, que eleven su calidad de vida, que en estricto sentido implica la educación para el consumo.

Esa dinámica se lleva a cabo a través de la publicidad, o sea, aquél conjunto de técnicas y métodos de comunicación que a través de diversos medios de comunicación masiva tratan de informar, persuadir y convencer de los méritos de algún producto, idea, servicios, persona, instrucción, causa, etc.<sup>20</sup>

Marcellín sobre la publicidad puntualiza que: “es el conjunto de métodos y de procedimientos por los cuales se ejerce una acción premeditada sobre un público definido con el fin de atraerlo o conservar la clientela.”<sup>21</sup>

Se distingue de la propaganda, porque su empleo es exclusivamente para fines comerciales y la primeramente mencionada se aplica a lo político, social o religioso, además su importancia se vincula con el principio de libre competencia, aunque sus detractores lo primero que manifiestan, es la desconfianza de estimular al consumidor final, porque se le limita para realizar la elección y puede provocar desatención sobre la calidad del producto o servicio, quienes le aceptan le visualizan como el medio que comunica hábitos de calidad al consumidor final, acorde con su desarrollo humano.

<sup>20</sup> Virgilio Torres M., *Glosario de Marketing y negocios*, Ed. Mac Graw Hill, México, 1998, p. 68.

<sup>21</sup> Lucien Demartain, *Les contrats de publicité*, París, 1995, p. 45.

Las industrias culturales incluyen una amplia gama de medios de comunicación, entre los cuales debe distinguirse entre bienes y servicios, a los primeros corresponde el capital empleado y la otra al beneficio que proporcionan. Los servicios propiamente dichos son: programas de radio o televisión, grabaciones, artículos de diarios o en revistas; mismos que pueden ser de consumo duradero, por ejemplo el libro, de los que no lo son, como el periódico; o atendiendo a su creación, entonces se hablará de las industrias que siguen siendo artesanales y las que implican ya un complejo instrumental industrial, como el cine, la televisión y por último la fotografía.<sup>22</sup>

Dado que pueden resultar demasiado sofisticados estos recursos a través de los cuales se maneja la publicidad, o que puedan aprovechar la brecha digital y resultar excluyentes o conducir a la confusión a los consumidores potenciales, las reformas de 2004 que amplían la tutela de los consumidores hasta las prácticas desleales de comercio en la normativa de la materia, se asegura un consumo cierto y acorde con el desarrollo nacional.

### **Reflexión final**

El proceso de globalización en que se encuentra la información, conlleva a que la cultura del *ius soli* se enlace con la llamada “cultura de vida”, o sea a la transculturización a la que se refiere Octavio Ianni, avance ante el cual debe dignificarse el consumo, insistiendo en localidad y transparencia de la información sobre el producto o servicio de interés para el consumidor, acorde con el concepto de democracia señalado en el Artículo 3º Fracción II inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice: “... como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.”

---

<sup>22</sup> Agustín Girard, “Industrias Culturales: ¿obstáculo o nueva oportunidad para el desarrollo cultural?, en: *Industrias Culturales el futuro de la Cultura en Juego*, S. L., UNESCO- Fondo de Cultura Económica, s.f. México, 1998, pp.36-37

## Bibliografía

- Agenda XXI Naciones Unidas, Secretaría de Desarrollo Social, México, 1992.
- DEMARTAIN, Lucien, *Les contrats de publicité*, París, 1995.
- FARINA, Juan F., *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- GEYER-ALLÉLY, Elayne y Jeremy Eppel. “*Patrones de consumo y producción: proceso de cambio.*” en: *Desarrollo sustentable y Estrategias de la OCDE para el Siglo XXI*, Ed. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, París, 1997.
- HERRERA ORTIZ, Margarita, *Manual de Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, México, 2003.
- IANNI, Octavio, *Teorías de la globalización*, Ed. Instituto de investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, Siglo XXI, México, 1996.
- LOVECE, Graciela I., “Exceso de información”, en: *Daños. Globalización Estado-Economía*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2000.
- OVALLE FAVELA, José, *Derechos del Consumidor*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Nuestros Derechos, México, 2000.
- OVILLA BUENO, Rocío, “Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico” en: *Derechos Fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Manuel Carbonell, Coordinador General, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- ROJAS BENAVIDES, Ernesto, “Algunos principios y preceptos de la Ley Federal de Protección al Consumidor”, en: *Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano*. T. II, Ed. Manuel Porrúa, México, 1978.
- ¿Qué tan conectados están los mexicanos?, *Este País*, No. 180, marzo, México, 2006.
- SANTO, Víctor, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999.
- TORRES M., Virgilio, *Glosario de Marketing y negocios*, Ed. Mac Graw Hill, México, 1998.

## **El nivel de acceso a la justicia indígena**

Mónica Victoria Ruiz Balcázar.\*

**RESUMEN:** En el presente artículo, nos ocupamos del nivel de acceso a la justicia en relación con el sistema indígena. Los usos y costumbres indígenas están compuestos de elementos étnicos y normativos, por lo que se controvierte la tendencia a estatizarlos sin analizar previamente su contenido. Pensamiento que corre en sentido contrario a la preferencia popular que mantiene al sistema indígena en el centro de la atención al grado de elevar sus usos y costumbres a la categoría de ley sin excepción alguna.

Se exploran las desventajas de instrumentar un sistema de justicia indígena, el cual no cuenta con un fuero especial como ocurre en el caso del fuero militar o político.

**Palabras claves:** Reforma judicial, acceso a la justicia, justicia indígena.

**ABSTRACT:** In the present article, we take care of the access level to justice in relation to the indigenous system. Indigenous uses and customs are composed of ethnic and normative elements, reason why the tendency to estatize them without previously analyzing its content is controversial. Thought that runs contrary to the popular preference that maintains the indigenous system in the center of the attention, to the degree of elevating its uses and customs to the category of law without exception. The disadvantages to orchestrate a system of indigenous justice are explored. This system does not count on a special law as it happens in the case of military or political jurisdiction.

**Keywords:** The Judicial Reform, access to justice, indigenous justice.

**SUMARIO:** Introducción. I. Programa Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. II. Derechos indígenas en la entidad veracruzana. III. Reflexión final. Bibliografía.

### **Introducción**

La premisa que guía el presente artículo consiste en sostener que los usos y costumbres indígenas en su conjunto están compuestos de elementos de carácter étnico pero también normativo, por lo que se controvierte la tendencia a estatizarlos sin analizar previamente su contenido.

Al respecto se examina el nivel de acceso a la justicia, circunscribiendo el análisis a los ámbitos de validez espacial y personal. El primero se enfatiza en el territorio veracruzano y el segundo a los indígenas de la misma entidad.

Así, debe analizarse si conviene instrumentar un sistema de justicia indígena en el estado de Veracruz, tal como ha ocurrido en Oaxaca y Quintana Roo, debiendo destacar

---

\* Doctora en Derecho, Docente del Sistema de Enseñanza Abierta de la Universidad Veracruzana.

que la justicia indígena no cuenta con un fuero especial como ocurre en el caso del fuero militar o el político.

Desde luego se puede verificar la ausencia de un sistema de justicia indígena en el estado de Veracruz, pero desde la perspectiva del pluralismo jurídico humano es necesario instrumentarlo buscando que sea operativo y no sólo conformarse con hacer el reconocimiento constitucional de la existencia de comunidades étnicas creadoras de derecho. Lo cual nos lleva a examinar la complejidad del fenómeno jurídico en franca oposición con la doctrina jurídica occidental que nos permite concebir el estudio del derecho, sin un modelo único de referencia.<sup>1</sup>

El enfoque pluralista considera que a lo largo de la historia han subsistido procedimientos, usos y costumbres entre los pueblos indígenas. A los que se les ha negado su legitimidad, no obstante, se sigue aplicando al interior de sus comunidades, sin perjuicio de carecer del reconocimiento oficial por parte del Estado. Lo anterior sólo corrobora el papel del autoritarismo político en aquellos países en que a pesar de que su población es multiétnica, se ha visto obligada a admitir como propios, usos y costumbres que le son ajenos.

Al analizar los principios vigentes en la *Constitución Federal de la República Mexicana*, que establecen el reconocimiento al derecho indígena, fundado en un sentido común jurídico pluralista,<sup>2</sup> lo encontramos ausente en la entidad veracruzana, ya que aun cuando la Carta Magna, en su artículo segundo reconoce a la nación pluricultural, sustentada en las poblaciones indígenas ocupándose incluso de definirlos; queda pendiente de resolver la forma de instrumentar su operatividad en la realidad jurídica veracruzana.

La importancia que tiene examinar el problema de la ausencia del sistema de justicia indígena en el estado de Veracruz, deriva de que el Poder Judicial, mediante un movimiento denominado Reforma Judicial, aparece revitalizado a partir de 1987, en que merced a varias reformas constitucionales fortalece la autonomía de los poderes judiciales locales, con el propósito de la modernización institucional.

De acuerdo a lo anterior, los poderes judiciales locales tienen el compromiso de solucionar los conflictos de una sociedad cada vez más compleja, y entre sus exigencias se encuentra la de instrumentar la operatividad del sistema de administración de justicia indígena, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia espacial, personal y temporal.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* reconoce la composición multiétnica de nuestra nación, ordenando que las entidades federativas lo establezcan en su régimen interno, tal como el estado de Veracruz lo ha señalado en su Constitución, pues en cumplimiento al pacto federal ha establecido que a través de la legislación local se deberá garantizar el acceso efectivo de los pueblos indígenas a la jurisdicción estatal, reconociendo sus prácticas y costumbres. No obstante, el problema consiste precisamente en instrumentarlo mediante la ley correspondiente.

<sup>1</sup> Véase Jorge González Galván, “Aculturación jurídica y los paradigmas jurídicos”, en *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, (segunda edición en proceso), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1995.

<sup>2</sup> Boaventura da Sousa Santos, “Droit: una carte de la lecture deformée. Pour une conception post-moderne du droit”. *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, núm. 10, Paris, LGDJ, 1988, p. 383, cit pos, Jorge González Galván, “Aculturación jurídica y los paradigmas jurídicos”, en *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, (segunda edición en proceso), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1995.

Según las tendencias actuales, los pueblos denominados indígenas se han convertido en centro de atención, no sólo a nivel interno sino en el plano internacional.

Así, encontramos en la encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores de la Cultura de la Constitución en México, que de acuerdo a las opiniones vertidas, la percepción prevaleciente fue la de respetar los derechos indígenas aún en el extremo en que estén en contra de los derechos individuales de las personas;<sup>3</sup> percepción que se encuentra vinculada al movimiento armado ocurrido el primero de enero de 1994, e internacionalmente conocido como Ejército Zapatista de Liberación Nacional, acontecimiento que ha contribuido a contemplar a las etnias desde una “...visión romántica, que impide, en ocasiones, reflexiones críticas y rigurosas sobre la situación real en que se desenvuelven”.<sup>4</sup>

En contraste con la percepción anterior, la misma encuesta revela que 18.9% del total de los entrevistados consideró que sus derechos habían sido vulnerados en virtud de provenir de alguna región del país, específicamente la región 4 en la que se ubica la entidad veracruzana, 19.5% del total de 447 encuestados consideró la misma situación, lo que revela un alto grado de discriminación ante la engañosa actitud proteccionista y respetuosa de los usos y costumbres indígenas.<sup>5</sup>

En un análisis del perfil sociodemográfico de la población encuestada, se observa que la mayoría de los entrevistados no son conocedores del derecho y por lo tanto no tienen muchas posibilidades de dilucidar el problema que enfrenta el Estado, si se pretende la coexistencia de un sistema de justicia indígena, tal como ya lo han hecho los estados de Oaxaca y de Quintana Roo.

Esta falta de pericia en los temas jurídicos se revela cuando un alto porcentaje de los entrevistados opina que los usos y costumbres indígenas deben respetarse, aunque estén en contra de los derechos individuales de las personas, puesto que en sentido contrario la tendencia actual es de respeto absoluto sobre estos derechos, lo que deja ver lo que naturalmente ocurre, es decir, la falta de orientación sobre lo que estos derechos individuales protegen.<sup>6</sup>

## I. Programa Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

La Presidencia de la República, mediante el Programa Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2001-2006,<sup>7</sup> en cumplimiento al artículo 26 de la *Constitución*

<sup>3</sup> La encuesta nacional fue, en éste aspecto, para medir las percepciones sobre la justicia y la cultura de la legalidad, especificando un apartado para los derechos indígenas. El número total de entrevistados fue de 1794 personas. Esta población fue dividida por razones de sexo, rangos de edad, escolaridad, ingresos, simpatías partidistas, nivel socioeconómico, y por regiones. Así, la entidad veracruzana quedó integrada en la región 4 junto con los estados de Campeche, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán, obedeciendo esta última clasificación a características sociodemográficas y culturales. Para una consulta a fondo *cfr.*, Hugo Alejandro Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro, Julia Flores y Diego Valadés, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, México, 2004, pp. 31 y 32.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 201.

<sup>6</sup> *Idem.*, p. 32.

<sup>7</sup> El Programa Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2001-2006, (PNDPI) fue elaborado por la Oficina de Representación para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (ORDPI) y por el Instituto Nacional Indigenista (INI), a petición del titular del Ejecutivo Federal, y se desprende del Plan Nacional

*Política de los Estados Unidos Mexicanos* y 5º de la Ley de Planeación, ha creado un rubro especial denominado Derechos indígenas y acceso a la justicia, en donde se verifica que el reclamo, consiste en dos aspectos: El primero de ellos se refiere a la posibilidad de acceder a la tutela jurisdiccional en condiciones de igualdad, respetando sus garantías individuales y su diferencia cultural. En segundo lugar, se demanda el establecimiento de nuevos derechos atendiendo a cuestiones culturales y étnicas.

Para lograr sus objetivos el *Programa* antes citado hizo suyas las estrategias planteadas por el Programa de Procuración de Justicia del Instituto Nacional Indigenista en estos temas:

Promover acciones para acercar la población indígena a la jurisdicción del Estado, así como impulsar y enriquecer iniciativas de reformas legislativas que reconocen derechos indígenas en el marco de la diferencia cultural.

Impulsar la participación social en la toma de decisiones y gestión hacia la vigilancia en la correcta aplicación de las leyes.

Impulsar la formación, organización y participación de los individuos, comunidades y pueblos indígenas, para que realicen acciones de traducción, gestoría, defensoría, conciliación agraria y difusión para la promoción de sus derechos individuales y colectivos que fortalezcan su capacidad de autodefensa jurídica.

Impulsar la protección a los territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, con pleno reconocimiento y respeto a su diversidad cultural.

Promover la coordinación interinstitucional en la atención de asuntos de procuración, impartición y administración de justicia hacia los pueblos indígenas.

Promover la realización de estudios teóricos y socio-antropológicos, encaminados a proponer mecanismos de atención para la solución de asuntos administrativos, legislativos y jurisdiccionales donde sean parte los pueblos y/o comunidades indígenas.<sup>8</sup>

En relación con lo anterior, el Programa Nacional que se viene comentando, ha señalado las áreas específicas en que la impartición de la justicia resulta de mayor importancia debido al contenido de los litigios. Éstos son los de contenido penal, agrario, civil y laboral.

Según lo expuesto por el Ejecutivo Federal, en el Programa los problemas son los siguientes: en materia penal, las instituciones encargadas del nombramiento de traductores y peritos culturales<sup>9</sup> no han cumplido con esta labor, dejando en estado de indefensión a los procesados indígenas en las causas penales, ya que ni la autoridad se puede comunicar con los presuntos responsables ni éstos con las autoridades.

En este sentido el Código de Procedimientos Penales vigente en la entidad veracruzana, previene en el artículo 105 que la sentencia contendrá la comunidad indígena a que pertenezca el acusado. En el artículo 44, en relación con el artículo 29 del mismo ordenamiento, se contempla el nombramiento de intérpretes de oficio o a petición de parte bajo las siguientes circunstancias:

Artículo 29. Las actuaciones podrán practicarse a cualquiera hora, aun en días inhábiles, sin necesidad de habilitación previa, y en idioma español. Cuando se produzcan declaraciones o se presenten documentos en otro idioma o dialecto, se agregarán al expediente con su respectiva traducción; por lo mismo, constarán en el acta que de las diligencias se levante y quedarán agregados a los autos.

---

de Desarrollo presentado por el citado funcionario el 29 de mayo 2001. Consultado el 21 de septiembre 2004 en la siguiente página electrónica:  
<http://indigenas.presidencia.gob.mx/programa/?template=descarga.inc.html>

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

<sup>9</sup> “Los peritos culturales explican a las autoridades las expresiones y el significado de la diferencia cultural y su influencia en la comisión de conductas delictivas sancionadas por las leyes penales”. *Ibidem*.

En el acta respectiva se expresarán hora, día, mes y año en que se practicó la diligencia.

Artículo 44. Cuando el inculpado, el ofendido, el denunciante o querellante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma español, de oficio o a petición de parte se les nombrará uno o más intérpretes mayores de edad, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando sea posible y a petición de alguna de las partes, se escribirá la declaración en idioma del declarante.<sup>10</sup>

El artículo 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas<sup>11</sup>, establece que el Estado garantizará el derecho de los pueblos y comunidades indígenas para acceder a la jurisdicción del Estado en la lengua indígena nacional de que sean hablantes, en todos los procedimientos y juicios en que sean parte individual o colectivamente. Se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Además, por su carácter indígena, deberán ser atendidos gratuitamente por intérpretes y defensores que hablen y conozcan su cultura.

Según el artículo 4º, en relación con el artículo 20 del mismo ordenamiento, las lenguas indígenas al igual que el español tienen el carácter de lenguas oficiales, por su origen histórico, y tienen la misma validez en su territorio, localización y contexto en que se hablen. Por lo que se podrán utilizar oral, por escrito, en asuntos públicos y privados, etc. En virtud de este reconocimiento su discriminación puede ser penalizada por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas.

Como puede observarse, si este derecho es nugatorio no es porque la hipótesis esté ausente en la ley, sino porque los encargados de aplicarla no se ocupan de hacerlo.

En el Programa Nacional se expresa también que, en materia penal, los indígenas procesados en general desconocen sus derechos, carecen de un asesor jurídico y debido a su grado de pobreza quedan en estado de indefensión, ya que éste es el mayor obstáculo para alcanzar la libertad o los beneficios que conceden las leyes penales, como son el pago de cauciones, multas y reparación del daño.

En este sentido, vale la pena recalcar que la justicia a la que se alude no se alcanza, pero no es por la condición de indígena sino por el grado de pobreza en que viven no sólo estos pueblos, sino una gran mayoría de mexicanos.

Sigue mencionando el citado Programa que la falta de conocimiento y capacitación en materia indígena, así como la discriminación de los jueces, incide en el acceso a la justicia de los indígenas, además de la impunidad de quienes cometen actos en contra de los sujetos indicados.

En efecto, existen estas condiciones en la función jurisdiccional, sin embargo, también es nuestro deber reconocer que no es privativo de la materia indígena, ni de sus sujetos, por lo que consideramos que la solución no es la creación de una ley procesal indígena; sino la capacitación sobre los derechos sustantivos indígenas que al respecto se les reconozcan.<sup>12</sup>

Consideramos que ninguno de estos reclamos es exclusivo de los pueblos indígenas o de sus integrantes en particular, sino de la población en general, por lo que a

<sup>10</sup> Cfr. *Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz*, Editorial Cajica, Puebla, 2006, pp. 167 y 171.

<sup>11</sup> La Ley fue expedida el 15 de diciembre del año 2002.

<sup>12</sup> La materia indígena, como cualquier otra, requiere de jueces especializados. Sin embargo, la capacitación y formación de recursos no es una tarea exclusiva de esta especialidad, ya que el problema proviene de fuentes educativas deficientes y falta de controles profesionales. Cfr. Hugo Alejandro Concha Cantú y José Antonio Caballero Juárez, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, 1ª reimpresión, Nacional Center for State Courts, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 318.

nuestro juicio, la cuestión no es de carácter cultural, aun cuando se matice que el problema es más grave cuando se trata de indígenas, porque lo que ocurre es que no se tiene capacidad económica, y si se etiqueta de problema étnico es a partir del movimiento zapatista, pero su desamparo no proviene de sus orígenes, sino de las condiciones lacerantes de extrema pobreza en que muchos de ellos viven.

En materia agraria, según datos de la Procuraduría Agraria, se recibieron 16, 810 casos en el año 2000<sup>13</sup>, relativos a litigios originados por cuestión de límites entre diversos núcleos de población indígena, posesión de parcelas, sucesión de derechos, desacuerdos con sus órganos de representación ejidal o comunal, lo que según el Programa es un obstáculo para el desarrollo de los pueblos indígenas, así como su acceso a otros programas gubernamentales que se basan en la tierra y en la protección y usufructo de los recursos naturales.

Los problemas agrarios ocurren entre los indígenas en virtud de que un amplio sector de su población se dedica a esta actividad, pero eso no implica que la solución sea, a nuestro criterio, la creación de un fuero indígena, ya que en esta materia las soluciones pueden ser dadas por los tribunales ya establecidos al efecto y, desde luego, desde el ámbito político.

En materia civil el problema que se detecta es la falta de documentos del Registro Civil, debido a la lejanía de las oficinas, los costos de traslado y el pago de servicios extemporáneos. También se señala que como consecuencia de la falta de estos documentos se carece de servicios gubernamentales. Aunque el Programa reconoce que no existe un diagnóstico general, en el año 2000 el INI, en un estudio de seis comunidades de Guerrero, encontró que 30% de la población carecía de sus documentos.

En cuanto a los problemas derivados del Registro Civil, sería absurdo negar las dificultades expuestas, sin embargo, tratándose de servicios gubernamentales, estos suelen ser deficientes para la población mexicana en general, sin que pueda decirse que la causa sea exclusivamente por falta de documentos del Registro Civil sino por la falta de capacidad del gobierno para solventar las necesidades de la población.

Conviene recordar en este espacio los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación. Si se trata de los derechos de primera generación, los derechos civiles y políticos, el Estado sólo tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos. Si fueran derechos económicos, sociales y culturales, o de segunda generación, la obligación estatal es la de adoptar medidas para lograr su vigencia progresiva, pero sujeto siempre al presupuesto disponible por ser derechos prestacionales o programáticos. Finalmente, si se trata de los derechos de tercera generación, o derechos de solidaridad, no existe una obligación específica del Estado de cumplirlos.

Regresando al tema que nos ocupa, los derechos civiles de los pueblos indígenas son respetados y garantizados por el Estado, pero falta su ejecución real, lo que no consideramos sea un objetivo que se alcance mediante un fuero indígena. En cuanto a los servicios públicos, las quejas que se reciben, por lo menos en materia de salud, no derivan de que no se tenga derecho a ellos, sino a su mala prestación. Por lo anterior

---

<sup>13</sup> Cifra proporcionada en El Programa Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2001-2006, (PNDPI) elaborado por la Oficina de Representación para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (ORDPI) y por el Instituto Nacional Indigenista (INI), a petición del titular del Ejecutivo Federal, y se desprende del Plan Nacional de Desarrollo, presentado por el citado funcionario el 29 de mayo 2001. Consultado el 21 de septiembre 2004 en la siguiente página electrónica: <http://indigenas.presidencia.gob.mx/programa/?template=descarga.inc.html>

creemos que hacerlos titulares de servicios públicos no garantiza su cumplimiento real, sino en todo caso se gesta la ficción legal al cumplir con los mismos, tal como ocurre con la población en general.<sup>14</sup>

En materia laboral, el Programa señala que en virtud de que en 1990 el Senado de la República ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, vigente desde 1991, y de las reformas de agosto 2001, se reitera en el artículo 4º de la Constitución Federal, la obligación estatal de promover la igualdad de oportunidades y la eliminación de prácticas discriminatorias.

En este sentido, el problema existe pero está lejos de ser solucionado mediante una reforma judicial, ya que en todo caso la legislación laboral en México se encuentra en el centro del debate, pero no sólo en relación con los indígenas, sino por la población trabajadora en general.

## II. Derechos indígenas en la entidad veracruzana

Se examina en el artículo 5º de la *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz*, en lo relativo a la impartición y administración de justicia. Así, encontramos que aunque la Constitución Federal reconoce la composición pluricultural y multiétnica sustentada en los pueblos indígenas, deja como tarea al Congreso Local la expedición de una ley secundaria que promoverá y protegerá los usos y costumbres de dichos pueblos, sus formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado.

La citada ley también vigilará que en los juicios y procedimientos en que los indígenas sean parte, se tomen en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que se establezcan. Se prevé que en los términos que señale la ley que se emita, se impulsará el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la entidad veracruzana, combatiendo toda forma de discriminación.<sup>15</sup>

Hasta la fecha no se ha expedido en la entidad veracruzana la ley de referencia, por lo que aún se tiene oportunidad de interpretar el contenido del precepto constitucional, tal como se hace a continuación.

Puede interpretarse en el sentido de expedir una ley, que reconociendo los usos y costumbres de los indígenas, estos se eleven a la categoría estatal. Sin embargo, cabe diferenciar entre derechos sustantivos y derechos procesales. Para el caso de los denominados derechos de fondo, la legislación que al efecto se promulgue deberá contemplar estos, ya que de lo contrario su reconocimiento constitucional sería nugatorio.

El caso de los derechos procesales objeto de nuestra atención. Para ello se analiza la Ley de Justicia Indígena del estado de Quintana Roo, que se encuentra compuesta de 31 artículos, divididos en ocho capítulos que constan de los siguientes contenidos:

<sup>14</sup> La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en sus diez años de existencia recibió 8,026 quejas por violaciones al derecho a la protección de la salud, ocupando el tercer lugar de las quejas que recibe esa institución. Cfr., José Luis Soberanes Fernández “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en: Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Temas selectos de salud y derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002, pp. 182 y ss. Así también la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, del mes de junio 1996 a junio 2000 recibió 18, 724 asuntos por deficiencias en el servicio médico. Cfr. Héctor Fernández Varela Mejía y Gabriel E. Sotelo Monroy, “Derecho y Salud: Instituciones”, en: Marcia Muñoz de Alba Medrano, *op. cit.*, p. 190.

<sup>15</sup> Cfr. Artículo 5º de la *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz*, México, Anaya editores, 2006, p. 10.

Capítulo I. Disposiciones generales, Capítulo II. Del Sistema de Justicia Indígena, Capítulo III. De los órganos del Sistema de Justicia Indígena, Capítulo IV. De las competencias, Capítulo V. Medios de apremio, sanciones y medidas de seguridad, Capítulo VI. De la Consignación a los jueces tradicionales, Capítulo VII. De los procedimientos ante los jueces tradicionales, Capítulo VIII. De las inconformidades. Así también cuenta con tres artículos transitorios, que determina su vigencia, y la obligación de difundir la citada ley en español y en maya.<sup>16</sup>

Si en la entidad veracruzana, mediante el Congreso Local se optara por hacer viable el reconocimiento a los derechos indígenas, mediante una ley secundaria del tipo vigente en el estado de Quintana Roo, el problema sería que en una misma ley habrían de reconocerse por un lado los derechos de fondo, y por otro, los derechos procesales.

La entidad sufriría un retroceso en la tarea de armonizar los procedimientos que a nivel nacional e internacional han ocupado tantos debates, puesto que por razones de economía procesal la tendencia ha sido exactamente en el sentido contrario que se pretende al recargar más el sistema procesal, al intentar el reconocimiento de una multiplicidad de procedimientos, según sea la etnia a la que se pertenece.

La mencionada autonomía en materia de administración e impartición de justicia no sería tal, ya que la justicia indígena propuesta en la Ley que se viene comentando, resulta de carácter alternativa o subsidiaria. Lo anterior se desprende de la lectura de los artículos 11, 22 y 27.

De los artículos antes mencionados de la Ley de Justicia Indígena del estado de Quintana Roo, se determina, en el primer precepto, que alguna de las partes se puede negar a someterse a la jurisdicción indígena; en el segundo, también el ofendido puede aceptar o no someterse a la justicia de sus comunidades indígenas; y en el último precepto se indica que se pueden negar ambas partes. En todos los casos se podrán arreglar las controversias de acuerdo a los tribunales competentes del fuero común.

Se puede interpretar que cuando el Tribunal de Apelación dicte una resolución que no convenza a alguna de las partes, ésta tendrá, de acuerdo con el pacto federal,<sup>17</sup> la posibilidad de acudir al Juicio de Amparo, con lo que se destruye la pretendida autonomía indígena en materia jurisdiccional, que finalmente tendrá que acatar lo que los tribunales colegiados de circuito, o en su caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación lleguen a resolver, y los cuales están integrados por mexicanos sin distinciones étnicas, por lo que en consecuencia termina por someterse al modelo legal tradicional.

### **III. Reflexión final**

Lo argumentado no debe tomarse en una acepción negativa, sino como una consecuencia natural del desarrollo de la sociedad, ya que no resultaría equitativo, por una parte, proporcionar a los llamados pueblos indígenas todas las virtudes que traen

<sup>16</sup> *Cfr.* Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo, dada en el salón de sesiones del Congreso Local, ubicado en Chetumal, capital del mencionado estado, el día 6 de agosto de 1997. Consultada el 21 de septiembre del año 2004, en [www.tsjqrro.gob.mx/Legislacion/Leyes/L\\_Just\\_Indigena.htm](http://www.tsjqrro.gob.mx/Legislacion/Leyes/L_Just_Indigena.htm).

<sup>17</sup> Como es de explorado derecho, lo anterior prevalece, sin perjuicio de las disposiciones que puedan establecerse en las leyes o constituciones locales, ya que de acuerdo con el pacto federal la supremacía reside en la Constitución y leyes de carácter federal, así como en los tratados internacionales. Al respecto son aplicables los artículos 103, 107 y 133 de nuestra Ley Suprema. *Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Anaya editores, México, 2006. pp. 145, 149 y 198.

consigo los cambios sociales, y en especial la legislación; y por la otra, dejarlos autogobernarse a través de sus usos y costumbres, sin la aparente injerencia estatal mientras así convenga a los actores individuales y colectivos de las etnias; ya que la consecuencia natural es que cuando así lo dicten sus intereses podrán cobijarse bajo la jurisdicción del fuero común o del juicio de amparo.

La pregunta obligada es si resulta justo para los mismos destinatarios de la ley indígena que algunos de sus integrantes opten por beneficiarse de la legislación del fuero común, cuando ésta favorezca a sus intereses en detrimento del contrario que sí quiera someter la misma controversia ante un eventual sistema de justicia indígena en el estado de Veracruz.

De acuerdo a lo expuesto, se considera que resultaría de mayor provecho el reconocimiento de los derechos sustantivos que otorgan los usos y costumbres de las diversas etnias pertenecientes al estado porque se les haría titulares exclusivos de derechos sustantivos. En cambio la creación de una ley de carácter procesal indígena lejos de contribuir al avance del sistema de impartición de justicia sería un retroceso, ya que en caso de instrumentarse en la entidad agravaría el problema de la inflación legislativa que se vive a nivel nacional, y en particular en la entidad veracruzana, por ser uno de los más prolíficos en materia legislativa. Cabe aclarar que lo anterior, de algún modo contradice la necesidad de hacer efectivo el acceso de los indígenas a la jurisdicción estatal.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> La discriminación contra los indígenas se manifiesta también en la distribución de la riqueza y los bienes y servicios públicos, siendo las principales víctimas las mujeres y los niños, (sobre todo las niñas) indígenas así como los migrantes en áreas urbanas. Los recursos destinados por el gobierno a programas de desarrollo en regiones indígenas han sido insuficientes desde hace muchas décadas, lo cual se traduce en bajos índices de desarrollo económico, social y humano entre los pueblos indígenas. *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, México, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, 2004, p.159.

## Bibliografía

- CONCHA CANTÚ, Hugo A., Héctor FIX-FIERRO, Julia FLORES y Diego VALADÉS, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, México, 2004.
- \_\_\_\_\_ y CABALLERO JUÁREZ, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, 1<sup>a</sup> reimpresión, Nacional Center for State Courts, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2001.
- Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, México, 2004.
- FERNÁNDEZ VARELA MEJÍA, Héctor y Gabriel E. SOTELO MONROY, “Derecho y Salud: Instituciones”, en: MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, *Temas selectos de salud y derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge, “Aculturación jurídica y los paradigmas jurídicos”, en *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, (segunda edición en proceso), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1995.
- Programa Nacional para el Desarrollo de los pueblos Indígenas 2001-2006*, (PNDPI) Consultado el 21 de septiembre 2004 en: <http://indigenas.presidencia.gob.mx/programa/?template=descarga.inc.html>
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, (coord.), *Temas selectos de salud y derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002.
- SOUSA SANTOS, Boaventura, “Droit: una carte de la lecture deformée. Pour une conception post-moderne du droit”. *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, núm. 10, Paris, LGDJ, 1988, p. 383, cit pos, GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge, “Aculturación jurídica y los paradigmas jurídicos”, en *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, (segunda edición en proceso), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1995.

## Legisgrafía:

- Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz*, Puebla, Editorial Cajica, 2006.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Anaya editores, México, 2006.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz*, Anaya editores, México, 2006.
- Ley General Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas* del 15 de diciembre 2002.
- “Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo”, Chetumal, Quintana Roo, 6 de agosto 1997. Consultada el 21 de septiembre 2004 en [www.tsjqroo.gob.mx/Legislacion/Leyes/L\\_Just\\_Indigena.htm](http://www.tsjqroo.gob.mx/Legislacion/Leyes/L_Just_Indigena.htm).

# El Concepto de Derecho en Kant

Ana Lilia Ulloa Cuéllar\*

**RESUMEN:** En este ensayo se analiza el concepto de Derecho en Kant. Para ello se estudian las principales tesis jurídicas que se desarrollan en la *Metafísica de las Costumbres*. Se estudia la ya tradicional distinción Kantiana entre Derecho y moral. Se destaca el aspecto puro y formal del Derecho. Se estudia a la libertad como un ideal jurídico y se establece la relación entre esta naturaleza del Derecho y la paz perpetua.

**Palabras claves:** Derecho, moral, libertad, heteronomía, coacción.

**ABSTRACT:** In this essay the concept of law in Kant is analyzed. For this, the main juristic theses developed in The Metaphysics of customs are studied. The already traditional Kantian distinction between law and moral is also studied. The pure and formal aspect of the law is stood out. Freedom as a juristic ideal is studied and the relationship between this nature of law and the ever lasting peace is established.

**Key words:** Law, moral, freedom, co-action.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Distinción entre Derecho y Moral. 2. El Concepto de Derecho

## Introducción

Kant distingue dos mundos: el mundo de la naturaleza sujeto a las leyes naturales y que da lugar a la razón teórica y el mundo de la libertad determinado por la autonomía de la voluntad humana; el deber ser de la razón práctica.

A partir de esta distinción es que Kant desarrolla dos de sus grandes obras: *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*. En términos generales podemos decir que en la *Crítica de la razón pura* Kant examina las posibilidades y límites de la razón teórica. Mientras que en la *Crítica de la razón práctica*, Kant estudia las acciones; la voluntad que

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana,  
anaulloa@infosel.net.mx

las mueve y que da lugar al problema moral. En esta segunda crítica se estudia el primado de la razón práctica; el *a priori* de cómo deben comportarse los hombres.

Además de estas dos críticas Kant cuenta con otros textos fundamentales de los que destacan: *La Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), *Crítica del juicio* (1790), *Metafísica de las costumbres* (1799), *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* (1784), *La paz perpetua* (1795).

Puesto que lo que nos interesa aquí es estudiar el concepto de derecho en Kant trabajaremos algunos textos de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, la *Metafísica de las costumbres* así como de la *Paz perpetua*, obras donde Kant expone su filosofía del derecho. Pero como es de esperarse, esta filosofía del derecho está condicionada por todo el sistema filosófico kantiano establecido en sus dos críticas: *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*. Por ello también haremos alusión a estas.

## I. Distinción entre Derecho y Moral

Es en *La metafísica de las costumbres* donde prácticamente encontramos desarrollada toda la filosofía del derecho de Kant. Esta obra tiene dos grandes apartados: uno dedicado al derecho y el otro a la moral. En la parte dedicada al derecho llamada “principios metafísicos del derecho” Kant desarrolla un formulismo jurídico que viene a ser un eslabón significativo que enlaza la filosofía de Pufendorf con la de Hegel.

La distinción externo e interno que a finales del siglo XX y en los años que están transcurriendo, es superada por la mayor parte de los teóricos del derecho es, en cambio, una distinción extremadamente marcada en la época de Kant y por el propio Kant ya que para las cuestiones morales una nota distintiva, como sabemos, es la voluntad interna del individuo y para las cuestiones jurídicas en cambio, la nota distintiva es la exterioricidad.

Es importante resaltar que aunque *La metafísica de las costumbres* está dedicada al estudio de la conducta humana, no obstante es una filosofía **racional** de la práctica en contraposición al estudio empírico de la conducta humana. Pues si bien el hombre tiene una parte empírica la cual es gobernada por las leyes de la naturaleza también contiene una parte racional que no está gobernada por estas leyes.

Lo *bueno* para Kant es únicamente la *buena voluntad* y ésta se caracteriza por no estar determinada por los impulsos de los sentidos o por el cálculo de las consecuencias de las acciones; se encuentra determinada única y exclusivamente por la obediencia al deber, por el deber mismo.

Frente al deber moral, Kant reconoce un deber jurídico que implica legalidad. Esta legalidad se caracteriza por ser un acuerdo con la ley sin tomar en cuenta el motivo.

Así mientras en la moral kantiana encontramos el imperativo categórico que reza: “obra de tal modo que siempre consideres a la humanidad lo mismo en tu persona que en la de los demás, como un fin y nunca como un medio”<sup>1</sup>, en la jurisprudencia kantiana encontramos un imperativo hipotético que dice “obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda armonizarse con la libertad de los demás según una ley universal”.

---

<sup>1</sup> Manuel Kant, *Crítica de la razón práctica*, parte I, Libro I, Cap III, Editorial Porrúa, México, 1972.

La voluntad interna de hacer el deber por el deber mismo presente siempre en la moralidad y ausente en el derecho viene a ser una nota distintiva entre estos ámbitos. De manera que en la distinción entre las normas morales y las normas jurídicas el contenido no juega ningún papel. Lo único que determina es el **motivo** por el cual el sujeto obedece las normas. La voluntad puede ser moral o jurídica según el motivo que la determine.

Otras dos características que distinguen a la ley jurídica de la ley moral son la heteronomía y la coacción. La ley jurídica a diferencia de la ley moral es una ley impuesta por otra; es externa. La ley moral, en cambio es interna; ninguna ley moral nos es impuesta por otro u otros. El hombre, como ya dijimos es racional y empírico y es por este aspecto empírico que se requiere la existencia de un poder coactivo que le imponga un actuar conforme al derecho. Si sólo fuera racional le bastaría la legislación moral. Pero el hombre constantemente hace mal uso de su libertad por lo que necesita del derecho y de un gobernante que le fuerce a obedecer a una voluntad universal. La moral no es suficiente para establecer un régimen de paz y es por ello la necesidad del derecho.

En su ensayo *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita* Kant nos dice: “el hombre es un animal que necesita de la existencia de un gobernante cuando vive entre sus semejantes, pues, por regla general hace mal uso de su libertad; no obstante que como ente racional desea una ley que fije los límites necesarios a la libertad, su naturaleza empírica semejante a su naturaleza animal le inclina a sustraerse siempre que puede a esas limitaciones. De ahí que necesite de un gobernante que rompa su voluntad empírica y le fuerce a obedecer a una voluntad universal, haciendo así posible la libertad de todos”.<sup>2</sup>

Son estas distinciones entre derecho y moral las que llevan a conformar un concepto kantiano de derecho.

## II. El concepto de Derecho.

Así como en las primeras dos críticas, *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*, Kant está interesado en el aspecto **puro** y *a priori* de lo teórico en la primera y de lo práctico en la segunda, así también en su filosofía del derecho y en particular en la construcción del concepto de derecho, Kant está interesado en el aspecto puro y universal del derecho. Kant sostiene que la definición del derecho no debe formularse partiendo de la base empírica sino solamente de la razón.

El derecho no prescribe lo que se debe hacer, sino el modo en que una acción debe ser realizada. Y este modo apunta siempre hacia la justicia siendo esta a su vez un ideal del derecho que remite a la libertad. Un ideal jurídico es entonces la libertad.

La libertad jurídica por su parte es la facultad de no obedecer a ninguna ley externa salvo a la que yo mismo he podido dar de mi consentimiento. Aquí al igual que en el ámbito moral ningún utilitarismo tiene cabida.

De acuerdo a lo anterior el derecho es entonces un instrumento de la razón para realizar la coordinación de las libertades de los individuos, coordinación que se realiza en el Estado. Kant define entonces al derecho como “el conjunto de las condiciones bajo las

---

<sup>2</sup> Manuel Kant, *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita*, Editorial Porrúa, México, 1972.

cuales la voluntad de cada uno puede armonizar con la voluntad de los demás según una ley universal de la libertad".<sup>3</sup>

En esta definición encontramos el término universal que apunta al aspecto puro del derecho.

Este aspecto universal nos hace ver que si bien la teorización sobre el derecho que hace Kant inicia con la distinción que el mismo establece entre derecho y moral, la culminación de dicha teoría se da en una correlación entre el derecho y la moral, y al igual que la moral el derecho es una norma racional. Además, el derecho, como organización jurídica de la sociedad, es para Kant un deber moral. Es un imperativo moral para los individuos salir de un estado de naturaleza y constituirse en una sociedad civil jurídicamente organizada. E igual el deber supremo de la humanidad es que los Estados salgan del estado de naturaleza y conformen entre todos ellos una organización jurídica universal. Dando lugar a una realidad suprasensible; el reino de los fines. En esta realidad se da la unidad de la ética y el derecho, unidad que da lugar a una sociedad ideal de los seres racionales, realizados plenos del imperativo moral. Es la interrelación de la buena voluntad con la exigencia de una coexistencia de los seres libres, absolutos y racionales, coordinados entre si: el mundo absoluto de la libertad.

Ética y derecho son estudiados, como ya dijimos en *La metafísica de las costumbres* pero en ambos la historicidad y lo empírico no entra en juego. Derecho y moral apuntan así a un deber universal para la realización de una paz perpetua.

Termino este trabajo transcribiendo una texto kantiano sobre el tránsito de lo mío a lo tuyo en el Estado Jurídico:

"El estado jurídico es aquella relación de los hombres entre sí, que contiene las condiciones bajo las cuales tan sólo cada uno puede *participar* de su derecho, y el principio formal de la posibilidad del mismo, considerado desde la idea de una voluntad universalmente legisladora, es la justicia pública que, en relación con la posibilidad, la realidad o la necesidad de la posesión de objeto (como materia del arbitrio) según leyes, puede dividirse en *justicia protectora (iustitia tutatrix)* *justicia comutativa (iustitia commutativa)* y *justicia distributiva (iustitia distributiva)* Aquí la ley enuncia *en primer lugar* únicamente qué comportamiento es internamente justo según la forma (*lex iusti*); *en segundo lugar*, enuncia lo que, según la materia, es también exteriormente legalizable, es decir, aquello cuya cuyo estado de posesión es jurídico (*lex iuridica*); *en tercer lugar* enuncia aquello que y a partir de lo cual de lo cual la sentencia de un tribunal, es un caso particular, bajo una ley dada, es adecuado a ésta, es decir, *es de derecho*, (*lex iustitiae*) : por lo cual se denomina también a este tribunal mismo la *justicia de un país*, y se puede plantear la pregunta sobre si existe o no una justifica semejante como la más importante de las cuestiones jurídicas.

El estado no-jurídico, es decir, aquel en que no hay justicia distributiva, es el estado natural (*status naturalis*). A él no se opone el estado social (como piensa Achenwall), que podría llamarse estado artificial (*status artificialis*), sino el estado civil (*status civilis*) de una sociedad sometida a la justicia distributiva; por que en el estado de naturaleza también puede haber sociedades legítimas (por ejemplo, la conyugal, la familiar, la doméstica en

---

<sup>3</sup> *Idem.*

general y otras), para las que no vale la ley *a priori* “debes entrar en este estado”, mientras que del estado *jurídico* puede decirse que todos los hombres que pueden contraer relaciones jurídicas entre si (incluso involuntariamente) deben entrar en este estado”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Immanuel Kant, *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp.135-136

## Bibliografía

HONDERICH, Ted, (comp.), *Los filósofos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2<sup>a</sup> ed., Universidad externado de Colombia, Colombia, 1999.

KANT, Manuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Editorial Porrúa, México, 1972.

\_\_\_\_\_, *Crítica de la razón práctica*, Editorial Porrúa, México, 1972.

\_\_\_\_\_, *La paz perpetua*, Editorial Porrúa, México, 1972.

\_\_\_\_\_, *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita*, Editorial Porrúa, México, 1972.

MARTÍNEZ MARZOA, Felipe, *Releer a Kant*, Anthropos, España, 1992.

# *Reseñas*

**ZAFFARONI, Raúl, *El enemigo en el derecho penal***, editorial Ediar, Buenos Aires, 2006. También se ha publicado por Editorial Ibáñez y la Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006.

Matias Bailone\*

Borges dijo en referencia a Swedenborg que “el modo superlativo es una imprudencia, ya que propende menos a la persuasión que a la mera y vana polémica”<sup>1</sup>, sin embargo Jorge Luis Borges nunca rehusó su talante de polemista e inundó de epítetos –merecidos o no- a muchos contemporáneos y predecesores.

Hay superlativos que son irrenunciables, especialmente en la boca de quienes somos tributarios de su pensamiento. De Eugenio Raúl Zaffaroni proclamamos su valía intelectual y su compromiso con el ser humano.

Podríamos pecar de exhaustivos si iniciáramos una larga lista de por qué Zaffaroni es sumamente necesario no sólo para el penalismo latinoamericano sino para toda teorización social que se quiera emprender desde el margen de este continente.

Daniel Erbeta en su laudatio en la ocasión en que a Raúl Zaffaroni lo investían con el doctorado honoris causa en la Universidad de Rosario, decía: “Si hace a la esencia universitaria desarrollar la creación de conocimientos de relevancia social y su aplicación a los problemas nacionales y regionales, así como el preservar y educar en la tolerancia y la defensa irrestricta de los derechos humanos, contribuyendo a la paz y propendiendio a que sus conocimientos sean colocados al servicio del pueblo, puede entonces comprenderse el fundamento profundo de encontrar en la trayectoria, desarrollos y compromiso del Prof. Zaffaroni un modelo a seguir para todos los universitarios”<sup>2</sup>.

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni además de ser el titular del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, es desde el año 2003 Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sus obras traducidas a varios idiomas y publicadas en casi todos los países de América Latina son pioneras en la enseñanza de un derecho penal reductor de la maquinaria punitiva: de un derecho penal humanitario.

En los mediados del año 2006 estará próximo a salir simultáneamente en varios países de Iberoamérica, el nuevo libro del Dr. Zaffaroni titulado: “El enemigo en el Derecho Penal”. Podríamos decir que el tema es menos la publicitada teoría del derecho

---

\* Abogado, Presidente del Ateneo de Ciencias Penales y Criminológicas de Cuyo.  
www.iuspenalismo.com.ar // www.homenajeazaffaroni.com.ar

<sup>1</sup> Jorge Luis Borges, en prólogo a ‘Mystical Works’ de Emanuel Swedenborg, New York, New Jerusalem Church, s.f.

<sup>2</sup> La tesis doctoral de Raúl Zaffaroni y la laudatio de Daniel Erbeta en: Eugenio Raúl Zaffaroni, *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*, Ediar-Universidad Nacional del Rosario, Argentina, 2004.

penal del enemigo que un excursus necesario y vital de la presencia del *hostis* romano en el derecho penal y la teoría política.

Desde las primeras líneas del ensayo, Zaffaroni nos advierte que es imposible la incorporación del concepto de ‘enemigo’ en el Derecho Penal, salvo que se pretenda el aniquilamiento del Estado de Derecho y su reemplazo por la versión absolutista y totalitaria del mismo. “La admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) –dice el autor- siempre ha sido, lógica e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho”.

Para llegar a esta conclusión, la sapiencia histórica de Raúl Zaffaroni nos sumerge en la historia de las teorías políticas y cómo en ellas siempre estuvo la noción romana de *hostis*, al cual había que inocuar a través de la segregación o simple eliminación.

De todas las teorizaciones del enemigo que merecen la atención de la pluma zaffaroniana hay dos de obligada mención: la individualización óntica del enemigo en Garófalo y la individualización política del mismo en Schmitt.

Pero donde mayor atención se debe poner a la hora de horrorizarnos por estos engendros teóricos es en la propia ciencia tradicional del derecho penal, donde desde Von Liszt y Stoos se viene receptando las llamadas medidas de seguridad, ocultando su nomenclación de penas pero no su lastimosa esencia.

En el libro, Zaffaroni dice que “la peligrosidad y su ente portador –peligroso- o enemigo ónticamente reconocible, proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaliana, debido a su seguridad individualizadora, tarde o temprano termina en la supresión física de los enemigos. El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración.”

En cambio, en la concepción del enemigo como alguien a quien el soberano así lo señala, se encuentra en estado puro el absolutismo estatal y el Leviatán hobbesiano. Su mentor más descarnado fue Carl Schmitt, a quien Zaffaroni define como el “más penetrante teórico reaccionario del siglo pasado”.

Pero, como bien enseña el Maestro Zaffaroni, no debemos sobreactuar nuestra indignación hacia estas teorizaciones tan antiliberales cuando desde su carta de ciudadanía como ciencia, el Derecho Penal se ha encargado de crear un sistema binario de penas y medidas de seguridad, donde el enemigo y la negación de la calidad de persona son una constante del sistema penal moderno. Zaffaroni dice, no con poca preocupación, que “el derecho penal no hace otra cosa que admitir que hay personas a las cuales se les aplican encierros de contención según la magnitud de su peligrosidad. Tal conclusión fue admitida expresamente por casi todos los autores tradicionales, sin que, en su momento, un derecho penal preocupado centralmente por la teoría del delito y que descuidaba sus consecuencias punitivas, o sea, que hipertrofiaba la teoría del delito y atrofiaba la teoría de la pena, se haya detenido en ello ni haya elevado crítica alguna a este respecto.”

Ya sobre el final del libro menciona el más conocido de los *revival* de ‘derecho penal del enemigo’, la versión del Profesor de Bonn Günther Jakobs, donde se pretende la coexistencia de un comportamiento cerrado de ‘derecho penal del enemigo’ paralelamente al ‘derecho penal del ciudadano’ que seguiría delimitado por los principios liberales.

Zaffaroni no es un contradictor más de Jakobs, de hecho reconoce que esta propuesta autopropuestada ‘reductora’ tiene en principio la gran ventaja de la sinceridad absoluta y el acierto semántico de la nomenclatura, lo que obliga a poner sobre el tapete

de discusión con toda su crudeza lo que el derecho penal tradicional venía escondiendo detrás de irrisorias teorizaciones y poco inocentes eufemismos: que hay seres humanos que deben ser sometidos a tratamientos diferenciados a causa de su ‘peligrosidad’. De hecho la única crítica que Zaffaroni le hace a Jakobs es la misma que le hizo Schmitt a Hobbes: la de no ser consecuente con su propia teoría. “Schmitt tenía razón –dice Raúl– el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto”. La advertencia de Raúl Zaffaroni es que si introducimos el concepto de enemigo, sentamos las bases para la destrucción del Estado de Derecho, abdicamos de tener la guía meridiana del ideal del Estado de Derecho abstracto.

Zaffaroni es un contradictor de los teóricos del absolutismo y del autoritarismo. Es de especial interés leer lo que Raúl dice del momento histórico que vive América Latina con lo que él llama ‘autoritarismo cool’: retazos de discursos reciclados de la doctrina de la seguridad nacional (ahora ciudadana), que carecen de respaldo académico y se enorgullen de ello. Dice Raúl que la irracionalidad de los discursos actuales de seguridad ciudadana “es de tal magnitud que su legitimación no puede provenir ni siquiera de groserías míticas, sino que se reduce a puro mensaje publicitario con predominio de imágenes … su técnica responde a una investigación de mercado, que vende el poder punitivo como una mercancía. En la medida en que se verifica que la promoción emocional de impulsos vindicativos tiene éxito comercial, se la perfecciona.”

Leer a Raúl Zaffaroni es uno de los placeres intelectuales que nos envidian desde las demás ciencias sociales y jurídicas, ser testigo de la genética de este texto fue –en lo personal– una de mis experiencias más sublimes. Creo que ‘El enemigo en el derecho penal’ es un libro fundamental del pensamiento de Zaffaroni y el más importante de las obras críticas que se han hecho sobre los estados de policías que tienden a desbordar los escuálidos estados de derechos reales.

En este nuevo libro de Raúl están todas las víctimas del sistema penal, que ha sido el invento más macrohomicida de la historia. Por sus páginas veremos a quienes siempre fueron inoportunos portadores del mote de enemigos, y de aquellos pensadores que trataron de justificar ese ‘status quo’. Louis Ferdinand Celine había escrito que “la ley es el gran parque de atracciones del dolor … cuando el pelagatos se deja atrapar por ella, se le oye aún gritar siglos y más siglos después.” El grito de las víctimas de la maquinaria punitiva no es histriónico como el de Munch, sino uno mucho más desgarrador y desesperanzado, es un isócrono y ensordecedor aullido como el que emitían las víctimas del famoso artefacto torturador de Kafka en su cuento ‘*En la colonia penitenciaria*’, donde se le imprimía el delito en el piel del reo.

El libro ‘El enemigo en el derecho penal’ es fruto de las constantes preocupaciones de Raúl Zaffaroni sobre los rumbos que sigue el poder punitivo y las teorizaciones del derecho penal. Hay que leerlo teniendo en cuenta las posturas del propio autor en obras tan fundamentales para las ciencias penales como “*En busca de las penas perdidas*” (1989)<sup>3</sup> y “*Criminología: aproximación desde un margen*” (1988)<sup>4</sup>, donde planteó por primera vez su ‘realismo jurídico penal marginal’. Sin olvidarnos de la teoría agnóstica de la pena que esbozó en su nuevo “*Derecho Penal Parte General*”,<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> La primera edición en EDIAR, Argentina.

<sup>4</sup> La primera edición en TEMIS, Bogotá.

<sup>5</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal Parte General*, 1º edición, EDIAR, Argentina, 2000, hay traducción al portugués y versiones en varios países de América Latina.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Porrúa, México, 2005. 336p.

Las acciones realizadas por los integrantes de la sociedad, para comunicarse a través del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación en los últimos tiempos, llamada sociedad de la información, flexibiliza las instituciones del Derecho, transición de la cual emergen nuevos contenidos de juridicidad, como el Derecho del Comercio Electrónico.

Tal concepto se percibe en el estudio que a continuación se comentará, desarrollado a través de siete capítulo, cuyo punto de atención e hilo conductor es la cuestión de la seguridad jurídica en los flujos de información transfronteriza en materia comercial, inquietud que implica atender la naturaleza ahora interdisciplinaria de la materia, pues si bien trata sobre una actividad surgida en tiempos remotos, el comercio, tradicionalmente era regulado por la legislación mercantil; ahora vinculada a la innovación de la ciencia y la tecnología, el comercio electrónico es regulado en México desde el año 2000, al reformarse el Código de Comercio, el Código Civil Federal y la Ley Federal de Protección al Consumidor, adecuaciones que sistematizan contenidos de la Ley Modelo redactada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Desde el inicio la exposición de Pedro Alberto de Miguel discurre en argumentos referidos a un marco regulatorio extraterritorial, mostrando así que la actividad comercial transita de una fundamentación unidimensional a la multidimensional, a partir de disposiciones de derecho externo y sistematizadas con el derecho interno, con el propósito de tutelar el proporcionar un amplio abanico de posibilidades tendentes a satisfacer las necesidades y preferencias de los consumidores, normativa fundamental en "...la innovación, el conocimiento y la capacidad de utilizar la información son claves en la competitividad y en la organización de las empresas."

La diversificación y el dinamismo impuesto por el proceso de globalización a las empresas, propio de esta materia, lleva al autor al iniciar con la *Regulación del Comercio Electrónico*, a comparar la sistematización europea, la norteamericana y la mexicana, aplicables al activo económico que para ellas significa la información, principalmente en la modalidad de contratación en masa, materia de Derecho Mercantil para algunos autores o de Derecho Económico, para otros, transdisciplinariedad ocasionada por su complejidad.

Así el derecho como sistema autorreferente, en la Unión Europea se centra en la armonización, proceso de creación del derecho por incorporación legislativa del derecho externo al derecho interno, atendiendo a la fuente real, o sea al acontecimiento, cuyo instrumento se localiza en la Directiva "La directiva o ley marco, dice el autor, que fija reglas y criterios que obligatoriamente deben respetar las legislaciones de los Estados miembros" cuya viabilidad radica en la construcción de su mercado interior, concepto del

cual se aparta Estados Unidos y hacia el cual comienza a orientarse el sistema jurídico mexicano, debido al proceso de integración económica en el que participa.

Los actores involucrados en esta modalidad del comercio, llevan al autor a detenerse en la reflexión sobre *Los Servicios de la Sociedad de la Información y Modelos de Negocios en INTERNET* y como la confianza es uno de los pilares que sostiene la relación mercantil, analiza la ley española sobre Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, normativa conforme a la cual esos servicios mejorados, como son referidos en los tratados comerciales, “comprende todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario del servicio”.

Normatividad donde son considerados tanto los servicios contratados y aquellos que no lo son, originándose enfrentar un ámbito de aplicación indefinido, dada la naturaleza de la red INTERNET o alguna otra, como las referidas en textos sobre *Derecho Informático*. Las vías de solución de bifurcan hacia la protección de la información o hacia la tutela del honor y a la propia imagen.

En México, según reflexión contenida en el texto en comento, la información empleada en materia de comercio electrónico, se encuentra regulada por la Ley Federal de Protección al Consumidor en el artículo 76 bis, refiriéndola como pormenorización de uno de los principios del consumidor enunciados por la propia normativa en su artículo 1º, pero limitándola a la obligación del proveedor en la celebración del contrato, esto es, al consumidor se le dará a conocer el domicilio físico del proveedor y de los medios disponibles para presentar reclamaciones o solicitar aclaraciones, así como conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales y formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.

Es notorio que en el numeral de referencia, se omite el concepto de información en esta materia, o sea el producto de la interacción del sujeto con el ordenador, lo cual se relaciona con el mensaje de datos, cuestión tratada por De Miguel en sus siguientes capítulos: *Contratación Electrónica, Firmas Electrónicas, Protección de Datos Personales y Comunicaciones Comerciales*.

Respecto de la *Contratación Electrónica*, señala Pedro Alberto De Miguel, que cobra particular importancia equilibrar el tratamiento para puntualizar el momento en que se tiene por formalizado el contrato, a fin de evitar un “riesgo conflictual” que deteriore la relación mercantil, para determinarlo pueden asumirse atendiendo a las partes que intervienen dos modalidades: entre empresario y empresario y empresario y consumidor, para lo cual la doctrina se ha orientado en tres tendencias: la teoría de la emisión o declaración, la teoría de la expedición o remisión y la teoría de la recepción, según la cual el contrato se forma en el momento en que el oferente recibe en su domicilio el mensaje que contiene la aceptación y sustentado en el artículo 1807 del Código Civil Federal al disponer que el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, virtiéndose en el mismo sentido y refiriéndose puntualmente a la contratación electrónica el artículo 80 del Código de Comercio.

Independientemente de la posición que asuma la normativa, la formalización en la contratación tiene que ver con la acreditación del prestador de servicios y sus obligaciones específicas, en relación con el inicio de la actividad de un servicio, los relativos a las cualificaciones, autorizaciones y notificaciones, además de lo inherente al ejercicio de la actividad, que implica los requisitos a cumplir en el comportamiento del prestador del servicio, lo relacionado con los contenidos, regularidad, requisitos de las mercancías en sí, o sea a la calidad del servicio.

Sobre las autorizaciones y notificaciones De Miguel se ocupa en su capítulo titulado *Firmas Electrónicas*; a partir del principio de neutralidad tecnológica, pondera el contenido y efectos de la firma gráfica con la electrónica que se basa en la criptografía asimétrica, realizando una reseña comparativa sobre las alternativas de regulación, refiriéndose a la Ley Modelo de la CNUDMI de 1996, caracterizada por la flexibilidad, pues solo señala normas básicas para las partes implicadas, desglosando el trabajo legislativo de la Unión Europea, régimen que califica como “especialmente detallado” porque las firmas electrónicas van a responder al empleo de la criptografía de clave pública, en cambio la normativa estadounidense aprobada en junio de 2000 la *Electronic Signatures in Global and Nacional Comerse Act (E-Sign-Act)*, expresa que es una regulación escueta pero respetuosa del principio de neutralidad tecnológica y flexible, pues “...excluye que los Estados puedan exigir o dotar de particulares efectos al empleo de una determinada tecnología, dejando un amplio margen de actuación a los participantes en el mercado”; por cuanto a México argumenta que las reformas efectuadas al Código de Comercio por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de agosto de 2003, insertan contenidos de la Ley Modelo de CNUDMI sobre firmas electrónicas, adicionados con “...elementos relevantes acerca de quiénes pueden ser prestadores de servicios de certificación, así como los requisitos para el ejercicio de su actividad sometida a acreditación administrativa previa, su régimen de responsabilidad y sus obligaciones, en relación con el contenido y eficacia de los certificados que emitan y la potestad sancionadora de la Secretaría de Economía sobre los prestadores que incumplan sus obligaciones”.

Sobre la *Protección de Datos Personales y Comunicaciones Comerciales*, si bien existe convergencia a nivel internacional, en especial en las democracias industrializadas señala Pedro Alberto De Miguel, que varía la aceptación de principios básicos sobre la tutela de los datos personales, debido al significado atribuido al derecho a la intimidad y el entorno social, político y económico, circunstancias que condicionan tal protección con los intereses que favorecen el libre flujo de información con el empleo por las empresas de los datos personales, lo cual repercute en la función de los poderes públicos para la protección de la intimidad; destacando una clara oposición entre el sistema regulatorio de Estados Unidos y el de la Unión Europea, pues el primero es sectorial y favorece la autorregulación, mientras que el segundo enunciado lo ha proclamado como un derecho fundamental, en consecuencia el régimen de la Directiva 95/46/CE, ejerce notable influencia sobre los legisladores extranjeros, a pesar de que aún existen países carentes de normativa en la materia, como ocurre en México donde sólo se regula el manejo de datos personales en poder de los organismos públicos, a través de la Ley Federal de Transparencia y acceso a la información pública gubernamental de 2002 y ciertas reglas contenidas en el artículo 76 de

la Ley Federal de Protección al Consumidor, relativas al manejo de los datos personales en el marco de las actividades de comercio electrónico.

El aspecto adjetivo de la materia se centra en las prácticas anticompetitivas de competencia desleal que pueden generarse en el manejo de los símbolos distintivos a través de la publicidad, en torno a lo cual la OCDE en 2003 emitió recomendaciones para proteger a los consumidores de prácticas transfronterizas fraudulentas y engañosas.

La tendencia a fortalecer las disposiciones de la materia también se aprecia en el Capítulo *Nombres de Dominio y Marcas*, donde después conceptualizar y distinguir la marca del nombre de dominio, el autor atiende a la instancia para solucionar las prácticas anticompetitivas que se generan, como el ICANN (Internt Corporation for Assignet Names and Numbers), la competencia del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) y cita el desahogo de algunos asuntos, sin que este medio alternativo excluya la vía judicial, a esta tendencia corresponde la *Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act (ACPA) de 2000* de Estados Unidos, la cual tipifica la conducta sustentada en el criterio de mala fe del titular del nombre de dominio, posiciones que resultan opuestas y pueden propiciar conflictos. También se incluye lo legislado en España y México.

Tal interconexión transfronteriza se enlaza con *Propiedad Intelectual*, materia contenida en el último capítulo de la obra en comento, cuyo marco regulatorio abarca tanto los programas fuente como los programas espejo, objeto de acuerdos en la Organización Mundial de Comercio (OMC), los Tratados de Libre Comercio, el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de 15 de abril de 1994, el Convenio de Berna y la legislación de los países parte.

Es así como Pedro Alberto De Miguel Asensio comparte un amplio y profundo estudio sobre un significado actual del Derecho, por lo cual resalta el funcionamiento de sus instituciones, en el ámbito de desafío al tiempo y al espacio, aportando elementos en torno a la seguridad en una nueva manera de hacer negocios, en una sociedad desterritorializada, para cuya reflexión enlaza instituciones de Derecho Informático, Derecho Mercantil y Derecho de la Propiedad Intelectual principalmente, pertinencia que la coloca como una obra vanguardista y de consulta obligatoria para los abogados del siglo veintiuno.

Sara Luz Quiroz Ruiz.

**OLIVARES, Yolanda, *Mujeres en puestos de elección popular en Veracruz*, Instituto Nacional de las Mujeres, UX, México, 2006.**

Ana Lilia Ulloa Cuéllar<sup>1</sup>.

Sin duda siempre es gratificante poder dar la bienvenida a una nueva obra universitaria. Pero esta satisfacción se triplica cuando se trata de un trabajo serio que apunta hacia el reconocimiento de la dignidad humana y específicamente hacia el reconocimiento de la presencia y dignidad de la mujer.

*Mujeres en Puestos de Elección Popular en Veracruz*, inicia con un primer capítulo sobre feminismo y participación política de la mujer. Allí, después de presentar un breve pero profundo panorama histórico sobre el movimiento feminista en México, la autora trabaja dos apartados sumamente interesantes sobre género y política: uno titulado los partidos y la participación política de las mujeres, y otro sobre: la igualdad de oportunidades en el acceso a los puestos de elección.

En el primero Olivares analiza las reformas y adiciones que se llevaron a cabo en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicados en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Junio del 2002 y al respecto la autora nos dice:

En cuanto a la igualdad de oportunidades en el acceso a los puestos de elección popular: La democracia significa la participación de todos los ciudadanos en las acciones políticas, en igualdad de condiciones y con la misma oportunidad de votar y ser electos para ocupar puestos de toma de decisiones. La base de la ciudadanía democrática es la igualdad política y el Estado, por sí mismo, no puede garantizarla, sólo los ciudadanos mediante el respeto a sus diferencias pueden generar una sociedad en la que todos sean respetados. La constatación de la brecha existente entre la igualdad de derechos y las condiciones de hecho que obstruyen la capacitación plena de las mujeres en la sociedad, dan cuenta de la discriminación basada en el sexo de las personas, problema cultural que requiere ser reconstruido.

Y así el primer capítulo termina señalando la importancia de la participación de las mujeres en política.

En el capítulo dos, la autora presenta un excelente análisis sobre la participación femenina en los procesos locales 2000 y 2004. En este capítulo se presentan en forma didáctica una serie de cuadros estadísticos que a su vez nos ofrecen un análisis detallado del acontecer político en Veracruz. Esto nos permite conocer a fondo la situación particular de la mujer veracruzana así como su incansable lucha por ganar espacios en la Res o cosa pública.

---

<sup>1</sup> Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

En general, los datos que arrojan este capítulo dos, son también una prueba de la escasa participación de la mujer en los dos últimos procesos electorales en el estado de Veracruz, máxime si se considera que el 52.2 % de los inscritos en la lista nominal son mujeres. Lo que plantea diversas cuestiones a efecto de encontrar el factor o factores que obstaculizan el camino para lograr la equidad de género en nuestro Estado de Veracruz.

El capítulo tres por su parte esta dedicado a describir el proceso de socialización política de 17 mujeres que contendieron y ganaron puestos de elección popular en los procesos electorales 2000 y 2004.

El análisis de estas entrevistas, llevan a resignificar el concepto de política que las mujeres veracruzanas construyen. Así, “Las mujeres entrevistadas encuentran en la política una forma de ayudar. Su labor más que partidista, la asumen como una lucha social. Mientras para muchos del sexo masculino la política es cuestión de intereses materiales y personales, para muchas mujeres lo más importante es el compromiso con la gente (...) Hacer política es darle la voz al pueblo”(p. 83)

Cabe destacar que desde el punto de vista metodológico, la autora logra establecer una excelente interrelación dialéctica entre una metodología cuantitativa y una metodología cualitativa. Mientras en el capítulo dos se hace uso de un análisis estadístico cuantitativo, en el capítulo tres y desde la entrevista a profundidad, la autora lleva a cabo un trabajo hermenéutico de interpretación y comprensión del trabajo de la mujer en puestos de elección popular.

Importante resulta señalar que la autora reclama entre otras cosas: el hecho de que en el Congreso se ha dificultado la discusión para establecer medidas de acción afirmativa a favor de la participación de las mujeres en nuestro Código electoral.

Igualmente reclama que el ascenso a los puestos de elección sea todavía escaso.

En cuanto al análisis hermenéutico y discursivo de la entrevista a las 17 mujeres de puestos de elección popular, esta devela que las mujeres demandan el reconocimiento de una subjetividad política femenina propia diferente de la de los hombres.

Otro de los méritos que cabe señalar al trabajo de Yolanda es haber bajado el análisis y la perspectiva de género al ámbito local de lo político electoral del Estado de Veracruz.

En cuanto a la desigualdad como problemática cultural, Yolanda considera que esta tiene que ser abordada con programas a mediano y largo plazo, para que las generaciones venideras caminen con la libertad que proporciona la equidad entre los sexos, que se traduce en una auténtica autonomía personal de todos los individuos, sean hombre o mujeres. Marginar a las mujeres de los espacios de toma de decisiones no sólo lesiona su calidad de vida, también entraña el deterioro del conjunto social humano, ya que tales decisiones carecen de la visión femenina.

“La lucha por la igualdad de oportunidades, continúa la autora, envuelve a las nuevas generaciones en la formación de valores como: Solidaridad, trato digno y corresponsabilidad. El modelo cultural que reclama una nación decidida a crear su prosperidad y a establecer un sistema democrático de participación social y política más incluyente, es tarea compartida entre hombre y mujeres, sólo de esta forma la construcción de políticas públicas será integral.” ( p. 37)

Y justo con estos textos de la propia autora es con lo que finalizo mi reseña señalando solo que, con la lectura de este libro: *Mujeres en Puestos de Elección Popular en Veracruz*, sin duda, ambos, hombres y mujeres salimos ganando.