

Letras Jurídicas

Volumen 15

Enero - Junio 2007

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

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

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

letrasjuridicas@hotmail.com y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

Setenta y cinco años de sufragio femenino en España: Perspectiva constitucional

Ángela Figueruelo Burrieza*

“Ni los más acérrimos enemigos de la mujer, que por serlo son los míos, han podido arrebatarme el regusto paladeado de un logro que hace catorce años, cuando empecé a luchar por la dignificación de mi sexo, se me antojaba utopía pura en mi tiempo y en mi generación”

Clara Campoamor
(Madrid, mayo de 1936)

— I —

El Estado Constitucional, que surge en Europa y en América del Norte a finales del siglo XVIII, rompe con la tradición milenaria de que el poder está constituido y por lo tanto no es necesario indagar sobre su origen. Al ser la desigualdad un fenómeno natural y la diferencia en los grados de libertad personal algo evidente, es necesario que unos ordenen y otros cumplan las órdenes dadas. La desigualdad preconstitucional era una característica razonable de todo el conjunto humano.

En la historia de las relaciones sociales, el poder político se ha manifestado como la dominación de unas personas sobre otras. La afirmación estable del poder se ha conseguido plasmándose en alguna categoría normativa. La Constitución, desde hace poco más de dos siglos, se presenta como la última forma de ordenación del poder que la historia nos ofrece; pero, a diferencia de las anteriores, se fundamenta en el principio de igualdad. La tradición constitucional de la igualdad no se ha visto interrumpida desde los orígenes del constitucionalismo

* Profesora de la Universidad de Salamanca, España.

clásico. El primer ejemplo en España lo encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812.

Los teóricos del Estado Liberal (Hobbes y Locke, entre otros) postulan y defienden la igualdad como algo natural y el carácter artificial del poder que por lo mismo debe ser justificado; como el poder político no está constituido, debe constituirse de forma coherente con el principio de igualdad y la libertad personal que presiden las relaciones humanas. La forma de relación entre individuos con estas características se hace en base a un acuerdo de voluntades que gracias al pacto o contrato constitucionaliza el Estado. A partir de aquí, gracias a la fuerza de la sociedad objetivada en el Estado, la obediencia se deberá a la ley en cuanto mandato procedente del representante político de la sociedad.

Aunque lo antes expuesto es correcto desde los planteamientos de la dogmática jurídica, es fácilmente perceptible como el discurso jurídico ha reflejado históricamente la idea de la desigualdad entre mujeres y hombres, apelando a la complementariedad de los sexos para poder legitimar una subordinación en un mundo donde ideológicamente regía el principio de igualdad. La inclusión del principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo es relativamente reciente en los textos constitucionales contemporáneos; lo cual ha posibilitado establecer un cauce para erradicar la situación secular de desigualdad entre mujeres y hombres. Para ello se convierte en requisito imprescindible la plena configuración del estatus de las mujeres como sujetos plenos de derechos.

En el plano institucional el origen del Estado moderno se corresponde con el origen del sujeto, del individuo, en la medida en que ambos surgen por las mismas causas socioeconómicas: el capitalismo. La igualdad formal entre sujetos, que oculta la desigualdad real, se manifiesta como un requisito funcional de dicho sistema. Los supuestos teórico-jurídicos del iusnaturalismo y del liberalismo configuran el origen del sujeto moderno, ligado indefectiblemente a la idea de propiedad –sobre todo la del suelo – como forma de desarrollo de la individualidad (Kant, Locke). El Derecho y el Estado nacen de la propiedad para garantizarla en cuando un principio de organización social.

Así las cosas, el sujeto se positiviza mediante las Declaraciones de Derechos en el ámbito del Derecho Público y gracias al proceso de codificación en el ámbito privado. La persona, como sujeto individual, es titular universal de derechos, al menos desde una perspectiva formal; esa universalidad formal quiebra cuando se trata de conformar la voluntad de la colectividad y además supone la separación entre la esfera privada de las personas, gracias al reconocimiento de los derechos

Setenta y cinco años de sufragio femenino en España: Perspectiva constitucional

individuales, y la esfera pública del Estado fundamentada en el principio de la división de poderes (Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). En el ámbito privado el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la capacidad para contratar y para ser propietario construye y sostiene la igualdad formal; en el ámbito público –donde se toman decisiones y se pueden exigir derechos – lo hace el nuevo concepto de ciudadanía.

Esta idea de sujeto de derechos se construye sin tener en cuenta el sexo y obviando la construcción social del género. Las mujeres quedan excluidas de ese concepto de sujeto porque la ruptura entre norma y realidad no se origina en el ámbito donde las mujeres estaban recluidas: el ámbito doméstico. La revolución liberal no produce ninguna transformación en el ámbito de la relación entre los sexos en la institución secular del matrimonio.

En este ámbito no se produce transformación alguna, salvo una mayor delimitación a causa de numerosas contradicciones que interesadamente son ocultadas. Entre ellas destaca que con el surgimiento del sujeto jurídico se había eliminado el privilegio jurídico como elemento definidor del sistema preconstitucional. Este privilegio no desaparece en las relaciones entre hombres y mujeres y se mantiene por los varones sobre el llamando “sexo débil”. Los fundamentos de la exclusión de las mujeres como sujetos individuales y libres se halla en la propia naturaleza y en la razón (los hombres son más fuertes y están dotados de la misma) y las mujeres deben plegarse a ellos. El pacto de la sociedad civil sólo se realizó entre varones iguales y libres y las mujeres sólo participan en el contrato sexual, presente en el previo estado de naturaleza.

Las Revoluciones Francesa y Americana traen cambios sustanciales y en las Declaraciones de Derechos se consolidan una esfera pública y otra privada, separando la sociedad civil de la sociedad política. Las mujeres quedan excluidas de la esfera pública y en el ámbito de las relaciones sociales se mantienen en una situación de dependencia; ello permitió mantener la existencia de otro ámbito, más reducido, en las relaciones privadas cual es el espacio doméstico (privado-privado) en el que se dan las relaciones entre los sexos desde un principio de jerarquía.

La exclusión de las mujeres de la ciudadanía (titularidad de derechos políticos y participación en los asuntos públicos) no estuvo exenta de polémica porque suponía la negación de la misma sin encontrar fundamento en los supuestos de la teoría ilustrada que habían hecho posible el proyecto emancipador del individuo (Olympe de Gouges, Condorcet). Los ámbitos científicos, religiosos y filosóficos

legitimaron esa situación elaborando un concepto de mujer complementaria y funcional al nuevo hombre que era libre e igual a sus semejantes.

Así pues, el lugar de las relaciones privadas va a ser el mercado y en él solamente tendrá capacidad jurídica el varón, único sujeto de derecho; las mujeres, naturalmente dependientes, dispondrán de un estatus de hijas, madres o esposas, y no gozarán de capacidad jurídica. La autoridad marital se considera de orden natural y se positiviza en los Códigos Civiles; la mujer se considera propiedad del hombre y su tarea fundamental es la producción de hijos. El matrimonio y la procreación marcan el camino de la diferencia sexual.

La articulación de las relaciones públicas (entre la sociedad y el Estado) se realiza a través de la representación parlamentaria. El mandato imperativo del medioevo desaparece con el principio de la soberanía nacional que, a su vez, impide el ejercicio de la democracia directa. Los representantes de la nación serán los llamados a conformar la voluntad general que sale de las Cámaras; para el ejercicio de tan alta responsabilidad sólo unos pocos pueden ser llamados a participar, tanto para elegir como para ser elegidos representantes. Se consagró el sufragio censitario en el que eran determinantes la ilustración, la propiedad y el sexo. En la España del siglo XIX no votaban más allá del 5% de los varones que previamente debían estar inscritos en un censo de votantes, donde se reflejaban los niveles de renta y de propiedades.

En conclusión, la ciudadanía que nace con el Estado Liberal de Derecho es un concepto excluyente. La titularidad de la misma en los inicios es muy restringida; aunque se amplía con los movimientos revolucionarios de los siglos XIX y XX seguimos asistiendo a una democracia formal porque no va más allá del pacto social inicial que sigue siendo homogéneo y permanece inalterado. Se ha ido ampliando el elenco de sujetos de derechos (se incluyeron todos los varones, sin distinción de capacidad económica y de raza) y se amplió el derecho de sufragio; en principio a todos los varones, en plenitud de derechos civiles y políticos, que hubieran cumplido una cierta edad y, paulatinamente a las mujeres a lo largo del pasado siglo XX. La mujer española consiguió el estatus de plena ciudadanía – según los postulados liberales – con la aprobación del Artículo 36 de la Constitución de la II República, en 1931. Tuvo lugar esa aprobación el día 1 de octubre del mismo año, gracias al tesón y empeño de una Diputada feminista del partido Radical: Clara Campoamor.

Se han celebrado, pues, recientemente los setenta y cinco años del reconocimiento del derecho de sufragio femenino en sentido activo y pasivo. A

**Setenta y cinco años de sufragio femenino en España:
Perspectiva constitucional**

pesar de lo relevante de este hito histórico, sólo pudo participar la mujer española en dos ocasiones en las elecciones generales a Cortes porque el levantamiento militar y la posterior Guerra Civil dieron al traste con la experiencia republicana. La interpretación del significado del voto femenino en ambas ocasiones fue muy diferente y se culpó a la mujer, desde amplios sectores de la sociedad y de la política, de ser causante de la mayor parte de problemas republicanos.

La defensora en las Cortes Constituyentes de 1931 de los derechos femeninos justificó su actuación no sólo en los imperativos de conciencia para no traicionar a su sexo. En defensa de la República, Clara Campoamor postuló la realización política de la mujer como una necesidad imperiosa del régimen que, si deseaba cambiar la faz de España, debía destruir el divorcio ideológico que el desprecio del hombre hacia la mujer imprimía a las relaciones de los sexos. Defendió esos derechos contra la oposición de los partidos republicanos más numerosos del Parlamento. Obtuvo el apoyo de los votos del Partido Socialista (con algunas deserciones destacadas) y de ciertos núcleos republicanos: Catalanes, Progresistas, Galleguistas y Al Servicio de la República. También votaron las derechas a favor de la concesión del voto femenino. Así, agradecemos en este setenta y cinco aniversario, a Clara Campoamor el haber puesto la semilla para que otras mujeres pudieran seguir trabajando en el arduo, difícil y lento camino hacia la igualdad efectiva.

Pasados tres cuartos de siglo (habiendo sufrido una Guerra Civil que acabó con la República democrática, aguantado una Dictadura de cuarenta años, y conseguido de nuevo una Democracia parlamentaria gracias a la Constitución Española de 1978), es hora de reivindicar desde el derecho constitucional de la igualdad material un nuevo concepto de ciudadanía que desde los postulados del Estado Social de Derecho permita a las mujeres, sexo preferido durante siglos, ser sujetos plenos de derechos; para ello es "*conditio sine qua non*" introducir en el espacio jurídico político el denominado "ámbito doméstico". A ello dedicaremos las páginas que siguen.

— II —

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término 'feminismo' como: "*Doctrina social favorable a la condición de la mujer a quien concede capacidad y derechos reservados hasta ahora a los hombres*". También ese vocablo puede ser entendido como "*movimiento que busca la emancipación de la mujer luchando por la igualdad de derechos entre los sexos*", (Diccionario de la Lengua Española, Editorial Océano, 1987).

Además, el Diccionario del Español Actual, Ed. Aguilar, lexicografía, 1999, sostiene que el feminismo es "*la doctrina que preconiza la igualdad de derechos de la mujer con respecto al hombre*". Por muy polisémico que pueda ser este término, que a veces se utiliza como cajón de sastre donde caben las más variadas interpretaciones, en el fondo de todas ellas subyace el valor de la igualdad como reto a conseguir por el género femenino.

Echando un vistazo a la historia apreciamos la ausencia en España, hasta los últimos años de la dictadura franquista, de un movimiento feminista, en cuanto corriente general en la opinión pública reflexiva que se preocupase de transformar las demandas sociales de igualdad en reformas políticas.

Bien decía A. Posada a fines del siglo XIX que "*es evidente que no hay en España una verdadera corriente feminista; pero también lo es que hay en España gentes que estudian el asunto, y que se preocupan teórica o prácticamente, con los problemas que ha provocado do quiera la cuestión del feminismo*". En esa realidad de timidez reivindicadora se desarrolló la condición política de la mujer española hasta la aprobación de la Constitución de la II República en 1931.

El alcance político que tenía la modificación de la condición social de la mujer era evidente. Aunque paulatinamente se le abrieron las puertas de las carreras de funcionario y empleado público, las reformas reclamadas por un feminismo moderado -prácticamente inexistente- afectaban al reconocimiento legal de la capacidad de la mujer para intervenir como representante del cuerpo social en la función electoral y en las funciones referentes al Gobierno y a la Administración pública. Los prejuicios dominantes en la época inclinaban la balanza de la opinión pública a negar la capacidad jurídica de la mujer para el ejercicio de la vida política. La resistencia por parte de dicha opinión pública para admitir a la mujer en el desempeño de funciones públicas y en especial de representación expresa del Estado se debían, en parte, al concepto general imperante sobre la mujer como "mujer de su casa". A ello se añadía la práctica indiferencia que suscitaba el tema del sufragio femenino -muy debatido en otros países- porque se aceptaba sin discusión la incapacidad electoral de la mujer y porque, aunque el sufragio masculino existía en la ley, en la práctica era una farsa indecorosa e indigna, con vicios en su origen, que difícilmente podía permitir a la mujer -aunque éste le fuera concedido- hacer sentir la influencia de su criterio político en las cosas públicas.

Setenta y cinco años de sufragio femenino en España: Perspectiva constitucional

Recordar cómo se han ido consiguiendo los derechos de las mujeres -muchas veces contra viento y marea - es un acto de justicia para todas aquellas que escribieron las páginas de la historia de "un siglo de antifeminismo" (Ch. Bard) gastando energías, sufriendo malos tratos e incomprendición, hasta conseguir ser consideradas ciudadanas de pleno derecho y protagonistas de su historia: sólo recordando la historia se evita el olvido y el riesgo de tener que repetirla. Un hito de relevancia considerable lo encontramos en el reconocimiento del sufragio femenino en España hace ya setenta y cinco años. Sin embargo, debo dejar constancia, como constitucionalista comprometida, que la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres como clave de bóveda del constitucionalismo moderno no se percibe con claridad meridiana ni en las escasas reivindicaciones que se hicieron desde las asociaciones de mujeres para su consecución (en los primeros años del siglo XX), ni en los debates parlamentarios de las constituyentes de 1931. Tampoco los distintos autores que se han ocupado de la historia de nuestro constitucionalismo han puesto el acento en esta quiebra. Todo ello sigue siendo buena prueba de que en ese período la lucha de las mujeres por ser sujetos plenos de derechos ocupaba un lugar en el furgón de cola de las reivindicaciones jurídico-políticas.

De este modo, aunque en el siglo XX se dieron en España casos aislados de mujeres emancipadas, no existió hasta los años de la I Guerra Mundial un incipiente movimiento feminista en España. En esos momentos la batalla sufragista se estaba consolidando en otros países, pero, circunstancias de diverso carácter influyeron en que las organizaciones feministas españolas tuvieran una baja afiliación y fueran menos reivindicativas que los modelos foráneos; así, el retraso en la industrialización, la difícil implantación de las doctrinas liberales en España, la influencia del conservadurismo católico, las tensiones políticas y sociales..., consiguieron que el feminismo español no gozase de un carácter libre e independiente. Arrastrado al conflicto general entre la derecha y la izquierda políticas, este movimiento se volvió inoperante.

La primera organización de mujeres que se interesó por el feminismo, a comienzos del siglo XX, fue la Junta de Damas de la Unión Ibero-Americana de Madrid, ocupándose de cuestiones sociales y desecharndo reivindicaciones políticas. En 1906 se fundó la Lliga Patriótica de Dames, de carácter conservador, para atraer mujeres a la causa del nacionalismo catalán. Su misión consistía en secundar la labor de los hombres de su partido y por ello no les correspondía el papel de electoras.

En 1907, con motivo del debate parlamentario sobre la reforma electoral (estaba vigente la Constitución de 1876) dos grupos minoritarios presentaron enmiendas a favor del voto femenino; aunque ninguna de las propuestas planteaba este derecho en igualdad de condiciones con el hombre, sólo nueve diputados votan a favor de las mismas. Un año más tarde, un número reducido de diputados republicanos volvió sobre la propuesta para conceder sólo el sufragio activo en las elecciones municipales a las mujeres mayores de edad, emancipadas y no sometidas a la autoridad marital; de nuevo la propuesta fue rechazada. Estas tímidas propuestas no encontraron eco social a pesar de que el sufragio universal masculino había sido aprobado en España en 1890.

El asociacionismo obrero femenino tiene una fecha relevante en 1912, año en que se funda en Madrid la Agrupación Femenina Socialista que busca afiliar al PSOE un mayor número de mujeres obreras. En el seno de la misma Margarita Nelken alza la voz preocupada porque muchas mujeres se interesan más por apoyar las reivindicaciones de sus maridos que en defender iniciativas desde la base de la igualdad. También se organizaron sindicatos católicos de mujeres que tuvieron su auge hasta la Guerra Civil.

El Ateneo de Madrid celebró en 1913 una serie de debates en torno al feminismo. Destacaron las intervenciones de Julia P. Trallero (posteriormente secretaria general de la ANME) y Benita Asas Manterola cofundadora de la revista *"El pensamiento femenino"*. La línea editorial de esta revista quincenal fue conservadora y presentaba al feminismo como un movimiento humanitario y caritativo. La vida de esta publicación fue breve y después de su desaparición, en 1917, apareció *"La voz de la Mujer"*, fundada por Celsia Regis. Su carácter conservador pretendía aglutinar a las mujeres que habían trabajado por la causa de la Mujer; reunidas en 1918 decidieron crear la Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME), que terminó siendo la organización feminista más importante de España en aquel momento. Estaba formada por mujeres de clase media, preparadas intelectualmente, entre las que se encontraban Clara Campoamor y Victoria Kent. Al desarrollo de esta asociación colaboró un cambio social debido a ciertas medidas adoptadas en el campo de la educación y a que varios países de nuestro entorno concedieron el voto a la mujer en los años posteriores a la I Guerra Mundial.

Políticamente situada hacia la derecha, la ANME tenía un amplio programa donde se pedía la reforma del Código Civil, la supresión de la prostitución legalizada, la igualdad salarial entre mujeres y hombres, la promoción de la educación, el derecho de la mujer a desempeñar cargos oficiales y a ingresar en las

**Setenta y cinco años de sufragio femenino en España:
Perspectiva constitucional**

profesiones liberales... Aunque el sufragio no estaba incluido de forma expresa en el programa, esta Asociación se decantaba por la concesión del voto femenino. En realidad hasta 1931, con la proclamación de la II República, el avance en la consecución de los derechos para la mujer fue bastante lento. Y cuando estos llegaron de mano de la Constitución republicana, las mejoras sustanciales –como luego veremos no fueron el resultado de la presión ejercida ni por la ANME ni por ningún otro grupo feminista.

– III –

Con la proclamación de la República, en abril de 1931, la igualdad formal de los sexos pasó, por fin, a estar reconocida al máximo rango normativo en el texto de la nueva Constitución. Rechazado el proyecto encomendado a una comisión judicial presidida por un abogado conservador, Osorio y Gallardo, se hizo cargo de la tarea de elaborar un nuevo proyecto una comisión parlamentaria presidida por el abogado socialista Luís Jiménez de Asúa. El proyecto fue presentado en Cortes el 27 de agosto de 1931 y resultó aprobado, una vez recorrido el correspondiente “iter” parlamentario, el 9 de diciembre del mismo año. El proyecto resultante, de izquierdas pero no socialista, recibió las influencias directas, entre otras, de la Constitución de Querétaro (Méjico) de 1917 y de la Constitución de Weimar de 1919.

En este texto constitucional se reconocen derechos y se establecen las garantías jurídicas necesarias para su vigencia efectiva. Los derechos se clasifican en: individuales y políticos, y los relativos a la familia, la economía y la cultura. Su amplitud resulta muy superior a cualquier otra declaración constitucional española. Entre los primeros se encuentran los derechos clásicos del constitucionalismo decimonónico, junto con las garantías procesales y penales. Se recogen también las libertades de asociación, política y sindical; la mayoría de edad electoral se fijó definitivamente a los veintitrés años (aunque hubo propuestas de rebajarla a los veintiuno, pero no prosperaron) tanto para hombres como para mujeres. De este modo la II República consiguió que España fuese uno de los primeros países en reconocer el sufragio universal femenino. Estos derechos se reconocieron en el porfiado y empeñado Artículo 36; Alcalá-Zamora, a la sazón Jefe del Estado, se apoyó en el partido radical para conseguir el límite de los veintitrés años y en el partido socialista para reconocer el voto de las mujeres.

El tema del divorcio y el derecho de la mujer a votar fueron de los más polémicos en las discusiones parlamentarias. El Gobierno provisional en un Decreto de 8 de mayo de 1931, concedió el voto a todos los hombres mayores de

veintitrés años y declaró que las mujeres y los sacerdotes podían ser elegidos (pero no votar) para ser diputados; no tenían sufragio activo pero sí podían ser candidatos. En consecuencia, las elecciones celebradas en junio de 1931 dieron como resultado dos mujeres parlamentarias de un total de 465 diputados: Clara Campoamor del Partido Radical y Victoria Kent de Izquierda Republicana. A finales del mismo año otra mujer ingresó en las Cortes, Margarita Nelken, del Partido Socialista. De las tres, la abogada Clara Campoamor fue la defensora por excelencia de los derechos de la mujer y su actuación fue relevante en el debate en torno al sufragio femenino. También las mujeres de la ANME estuvieron presentes en los debates y apoyaron el reconocimiento constitucional de este derecho.

La condición social de la mujer, reducida al espacio doméstico y sin el reconocimiento de ser sujeto de derechos, se percibe con claridad meridiana en todo el debate constitucional. El anteproyecto sólo había dado el voto a la mujer soltera y a la viuda (que no dependían de varón) pero a las ligadas por contrato matrimonial se les negaba por diversas razones: por ser el voto fuente de discordia doméstica, por la influencia de la Iglesia Católica a la hora de dirigir su voto, debido también a argumentos biológicos -irreflexiva, espíritu crítico, sentimental, histérica, deficiente en voluntad y en inteligencia,...-. Todas las intervenciones y las razones alegadas carecían de base racional y sólo se mantenían en lo que ocultaban; el deseo de seguir dejando reducida a la mujer al espacio de lo privado-privado, negándole el derecho a la igualdad y a la dignidad humana que en teoría tenía reconocido desde los orígenes del constitucionalismo moderno.

Los redactores del Anteproyecto de Constitución se habían mostrado muy cautelosos respecto al tema de la igualdad de los sexos y habían sugerido la siguiente redacción para el Art. 25:

"No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: el nacimiento, la clase social, la riqueza, las ideas políticas y las creencias religiosas. Se reconoce en principio la igualdad de derechos de los dos sexos".

Este precepto, dedicado al reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, de clara inspiración liberal, en esa primera redacción omitió como causa de privilegio jurídico el sexo. Clara Campoamor, diputada radical y miembro de la comisión parlamentaria, presentó un voto particular solicitando que se subsanase dicho olvido. Y en relación con lo anterior pidió la supresión del párrafo segundo, ya innecesario, en el que se declaraba que "en principio" se reconocía la igualdad de derechos de los dos sexos. Además, el Artículo 2 prescribía que: "Todos los

**Setenta y cinco años de sufragio femenino en España:
Perspectiva constitucional**

españoles son iguales ante la ley". La defensa brillante de sus argumentos consiguió la enmienda del Artículo 25 que así quedó redactado:

"No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones o títulos nobiliarios".

De tal modo se allanó el camino para el debate del Artículo 36, dedicado a regular el derecho de sufragio y la mayoría de edad electoral.

En opinión de Jiménez de Asúa fueron razones de conveniencia política y no argumentos jurídicos los que hicieron que los republicanos negasen el voto a los jóvenes (a partir de 21 años) y rechazasen el sufragio activo femenino. A ambos sectores los consideraban extremistas y un peligro para sus organizaciones. Por ello los socialistas no consiguieron rebajar la edad electoral de los 23 años pero, la radical Clara Campoamor, sí consiguió el pleno derecho al voto de las mujeres en el Artículo 36, que terminó redactado como sigue:

"Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes".

Destaca entre los argumentos esgrimidos por la defensora del reconocimiento del sufragio femenino el énfasis puesto en el principio democrático que por su naturaleza debe reconocer la representación de todos los que conforman el pueblo. Una República Democrática no puede admitir que los derechos emanen sólo del hombre y de este modo consagrar los privilegios masculinos. Además, desde los orígenes del constitucionalismo, en el siglo XVIII, toda Constitución y sobre todo las que se deben a un momento revolucionario, debe ser una reparación para con el principio democrático, donde debe entrar la mujer que fue eximida del triunfo del tercer estamento. Acentuó, Clara Campoamor, el hecho constatable de que la mujer no había sido nunca juzgada por normas propias, siempre la evaluación se había hecho por normas varoniles. Era necesario permitir que entrase en el mundo del derecho con plenitud y pudiera manifestarse como realmente era. La Constitución, como norma jurídica transaccional entre tradición y modernidad, cada día se aproxima más al concepto de libertad y obliga a respetar los derechos de la mujer como ser humano.

Conviene dejar constancia de la oposición de amplios sectores de la clase política parlamentaria a reconocer en ese momento el derecho al voto de la mujer. Todos insistían en que no era el momento porque la mujer, en general, carecía de preparación y no actuaría libremente; la influencia del marido y de la Iglesia Católica condicionarían su decisión. Destaca la intervención de Victoria Kent (la otra mujer presente en las Cortes, representando a un partido de izquierdas) que se opuso al reconocimiento del sufragio femenino porque la mujer no estaba, en su opinión, lo bastante formada para ello. Apostaba por la formación social y política que previamente la preparase para ejercer en un momento posterior ese derecho. Se tenía en mente únicamente el peligro político que para la República podía suponer el que las mujeres votasen.

Las primeras elecciones en las que participaron las mujeres fueron las de 1933; y se les echó la culpa del triunfo de la derecha. Volvieron a votar en 1936 y venció el Frente Popular. Se trataba de un problema de estrategia y de unidad antes que del voto femenino. En todo caso, las tesis sufragistas se habían anotado un gran triunfo en España pero la sufragista Clara Campoamor fue condenada al ostracismo por su partido político y marginada y abandonada en el exilio por el Gobierno de la República. Así redimía su pecado mortal: el voto femenino.

— IV —

El golpe de Estado, de 18 de julio de 1936, dio lugar a una cruenta Guerra "incivil" (M. de Unamuno) que duró tres largos años y que imposibilitó el derecho de sufragio para los ciudadanos españoles de ambos sexos. La "larga noche de piedra" (Ferreiro) se prolongó cuarenta años bajo la dictadura del Generalísimo Franco. A lo largo de todos estos años las convocatorias electorales a los plebiscitos, previamente orquestados por la dictadura, se encaminaban a garantizar la permanencia en el poder del Jefe del Estado y sus acólitos. Se estableció una muy peculiar "democracia orgánica" para la configuración de las Cortes Franquistas, en las cuales la representatividad quedaba limitada a un tercio de los parlamentarios: tercio de designación familiar. Los otros dos tercios quedaron acaparados por el régimen ya que uno se correspondía con los sindicatos verticales corporativistas y el otro con el "partido único" o Movimiento Nacional.

En este ambiente, ausente la democracia, la mujer no quedó relegada del simulacro de participación política, siempre que cumpliera con las condiciones restrictivas de ser cabeza de familia. En los referendos las mujeres, fueran casadas o solteras, podían 'votar' en igualdad de condiciones que los hombres.

Setenta y cinco años de sufragio femenino en España: Perspectiva constitucional

Tras la muerte del general Franco, el 20 de noviembre de 1975, comenzó la lenta transición política que devolvió la democracia a este país mediterráneo. El cuerpo social español estaba preparado para la reincorporación de la mujer a la participación en los asuntos públicos, tanto en su condición de electora como de elegible. Así pues, el Referéndum para la aprobación de la Ley para la Reforma Política, en diciembre de 1976, fue convocado por el Presidente A. Suárez conforme a la entonces todavía vigente legislación franquista y las mujeres fueron llamadas a participar en las mismas condiciones que los hombres. Aprobada esta norma fundamental y expedito el camino para la convocatoria de Cortes Constituyentes fue necesario aprobar un Decreto, en marzo de 1977, que regulase el hasta entonces inexistente procedimiento electoral.

La vigencia de la precitada norma preconstitucional se extendió hasta 1985, fecha en la que el Parlamento español aprobó la Ley reguladora del Régimen Electoral General. Dicho Decreto concedía el derecho de sufragio activo y pasivo tanto a los hombres como a las mujeres (ciudadanos españoles) en pleno uso de sus derechos civiles y políticos. De ahí que, en la convocatoria de junio de 1977, las primeras elecciones democráticas generales se celebraron con la participación de partidos políticos inexpertos, pero libres y reconocidos, y las españolas gozaron en plenitud del derecho de sufragio.

Las Cámaras resultantes de las elecciones del 15 de junio fueron trasunto de la sociedad española del momento, marcada entre otras cosas por la desigualdad real entre mujeres y hombres; y basada en la tradición secular de discriminación e invisibilidad que tanto en la política como en la cultura, o en el trabajo,... había sufrido ese más del cincuenta por ciento de la población que representan las mujeres. No es de extrañar pues, que sólo veintisiete mujeres -21 Diputadas y 6 Senadoras - formaran parte de las Cortes Constituyentes. No fueron más del cinco por ciento del total de los parlamentarios, pero su presencia en las Cámaras y sus aportaciones fueron algo más que testimoniales. Defendieron las reivindicaciones femeninas y trabajaron para perfeccionar el texto constitucional.

Su escasa presencia no dejó de ser representativa de un símbolo: las mujeres habían recuperado el derecho a la ciudadanía y con ello el derecho de sufragio activo y pasivo. Recogían el testigo de Clara Campoamor y de otras muchas mujeres del movimiento feminista que denodadamente habían luchado por el voto de la mujer en España. También participaron en la reforma de algunos principios legales procedentes de un régimen repleto de normas y leyes discriminatorias. Con ese trabajo, quizás no suficientemente reconocido, comenzó a debatirse la idea de que las mujeres españolas a lo largo de la historia hemos sido objeto del Derecho

pero no sujetos del mismo. Era la segunda vez, tras las Constituyentes del 31, que un reducido grupo de mujeres formaban parte del Parlamento, órgano legislativo soberano.

La redacción de la Constitución vigente se llevó a cabo con la ausencia del enfoque que hubiera aportado la perspectiva de género. En la Ponencia Constitucional que redactó el Anteproyecto de Constitución sólo participaron siete hombres (siete padres de la norma suprema) y en la correspondiente Comisión de Asuntos Constitucionales solo estuvo presente una mujer: M^a Teresa Revilla López, del partido conservador de la UCD. En consecuencia, la Constitución vigente, fruto de la situación política interna y de la influencia del constitucionalismo europeo de aquel momento, reconoció la igualdad en distintas manifestaciones, las cuales comportan diversos grados de eficacia y posibilidades interpretativas diferentes: la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 1.1 CE), que impregna todo el derecho vigente. Además, la configuración que la igualdad obtiene a lo largo de todo el texto constitucional le concede un valor jurídico de principio con todos los efectos interpretativos y de vinculación al legislador que tienen todos los principios constitucionales.

La igualdad como derecho público subjetivo, igualdad ante la ley en su sentido formal se reconoce en el Art. 14 de la CE. Este mismo precepto recoge una cláusula antidiscriminatoria que especifica la prohibición de discriminaciones concretas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. Así, las manifestaciones concretas de la igualdad y no discriminación en la Constitución aparecen en el Art. 23.2, que establece el acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad; la exigencia del respeto a la igualdad en lo que se refiere a los deberes fiscales en el Art. 31.1; y en el Art. 31.2 el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La prohibición de discriminación por razón de sexo con relación al deber de trabajar, el derecho al trabajo, la promoción a través del trabajo y la remuneración suficiente para satisfacer las necesidades individuales y familiares, regulada en el Art. 35.1; y la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación reconocido en el Art. 39.2.

La igualdad formal del Art. 14, como principio liberal, se complementa con el postulado del Art. 9.2 constitucional que alude al complemento material de dicho principio y que integra el aspecto social del actual modelo de Estado. Se trata del alcance promocional de la igualdad como obligación de los poderes públicos de facilitar las condiciones para que la igualdad individual y grupal sean reales y efectivas; para ello se deberán eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. La precitada cláusula potencia el alcance antidiscriminatorio y las

**Setenta y cinco años de sufragio femenino en España:
Perspectiva constitucional**

medidas adoptadas por los poderes públicos encaminadas a posibilitar de hecho el cumplimiento de las finalidades constitucionales.

A pesar del potencial interpretativo que como principio encerraba el Art. 14, regulando la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohibiendo la discriminación por razón de sexo, las discusiones parlamentarias en sede constituyente no reflejan la problemática referente a la igualdad entre mujeres y hombres que en aquel momento reclamaba con empeño el movimiento feminista. Sólo la intervención de la diputada Sra. Revilla López vinculó dicho precepto constitucional con la desigualdad que sufren las mujeres. El hecho de que el sexo se regule en la Constitución como una causa de discriminación se debe a que las mujeres, por tener un sexo diferente, han sido discriminadas históricamente en todas las sociedades. Con la aprobación del Art. 14 la mujer española adquirió, por fin y desde una perspectiva formal, la plenitud de derechos. La igualdad jurídica era una reivindicación histórica del movimiento feminista que reclamaba este derecho para las mujeres como consecuencia evidente de la implantación de un sistema constitucional democrático.

El reconocimiento de la igualdad para las mujeres españolas en la Constitución de 1978 significó una puerta abierta hacia el futuro a la hora de ser protagonistas de sus vidas y de participar en condiciones de igualdad en la configuración de una sociedad democrática avanzada. Pero, no era suficiente la igualdad formal establecida en la Constitución; hacía falta un cambio en la sociedad que desde la igualdad como punto de partida permitiese la incorporación de la mujer a la vida pública. La Constitución vigente, aprobada hace veintiocho años, fue elaborada por unas Cámaras que eran fiel reflejo de la sociedad española de aquel momento, marcada por la desigualdad real entre mujeres y hombres. Por ello sólo veintisiete mujeres formaron parte de las Cortes Constituyentes. A pesar de representar solo el cinco por ciento del total de sus componentes, su presencia y aportaciones fueron mucho más que testimoniales y se empeñaron a conciencia en perfeccionar nuestra Constitución, en cuanto proyecto político de futuro del pueblo soberano.

– V –

En el Art. 1.2 de la CE se afirma de forma lapidaria que la soberanía nacional reside en el pueblo español. Con este precepto el constituyente español enunciaba el principio de legitimidad democrática que es la base de nuestra ordenación jurídico-política. Al configurar un Estado democrático éste debe representar a toda la sociedad, al margen de la propiedad de sus integrantes. Para que la legitimación

democrática se consolidase era imprescindible introducir una serie de mecanismos institucionales que garantizasen el derecho de sufragio y un uso no abusivo del mismo. Así, para la ordenación jurídica de la soberanía popular debía transformarse al pueblo en el cuerpo electoral.

Forman parte del cuerpo electoral todos los ciudadanos con derecho de sufragio activo (es decir todos los ciudadanos mayores de edad que no están privados por decisión judicial del ejercicio de sus derechos políticos). De este modo la sociedad, formada por mujeres y hombres, participa en la creación del derecho y en la gestión política del país por medio de sus representantes.

El concepto de cuerpo electoral presupone la afirmación del principio de igualdad y la consideración de todos los individuos como ciudadanos. Por ello la voluntad del cuerpo electoral se manifiesta de forma individualizada ejerciendo los ciudadanos el derecho de sufragio que tiene como requisitos elementales la nacionalidad (Arts. 11 y 13.2 de la CE), la mayoría de edad (Art. 12 de la CE), el pleno ejercicio de los derechos políticos (Art. 3 de la LOREG), y la inscripción censal (Art. 2.2. de la LOREG). Al lado de estos requisitos, la CE contiene una serie de principios que recogen la tradición del occidente democrático de los dos últimos siglos.

Se contienen esos principios en los Arts. 23.1, 68.1 y 69.2 de la CE, siendo los mismos el sufragio universal, el voto libre, igual, directo y secreto. El sufragio universal entendido a principios del siglo XXI resulta ser el producto de un largo proceso histórico que ha avanzado desde el derecho de sufragio censitario, con fórmulas muy limitadas y reducidas al voto de los propietarios incluidos en el censo de fortuna y que perduró durante la mayor parte del siglo XIX, hasta la conquista del sufragio universal masculino a finales del mismo siglo y el reconocimiento del voto femenino con el advenimiento de la Segunda República y la aprobación del Art. 36 de la Constitución de 1931. De este modo se incluía a las mujeres en el concepto de ciudadanía del que habían sido excluidas, negando sin justificación los supuestos de la razón ilustrada que habían hecho posible el proyecto emancipador del individuo. El todavía imperante principio de igualdad formal, representado por la ciudadanía, remite a la mujer a un ámbito, el doméstico, que históricamente le ha sido adscrito y es consecuencia de que la participación de la mujer en el proceso de toma de decisiones sea limitada y claramente insuficiente.

Setenta y cinco años de sufragio femenino en España: Perspectiva constitucional

Al haberse conformado el ámbito público y el privado con arreglo a unas pautas masculinas, las mujeres en la actualidad son ciudadanas en lo público pero siguen, en cierta medida, siendo súbditas en el campo de lo privado. Ese estatuto de ciudadanía se ha conseguido gracias al principio de igualdad formal y la interdicción de discriminación, entre otras causas, por razón del sexo. De este modo, si las actuales democracias constitucionales se configuran de forma pluridimensional (incluyendo junto a la democracia formal la democracia material, con principios y derechos que condicionan la igualdad ante la ley) seguirán siendo incompletas porque las mujeres no han conseguido ser plenos sujetos de derecho. Por ello el ámbito doméstico, excluido del pacto constitucional, debe ser incluido en el espacio jurídico político. A ello coadyuva la igualdad material que nuestra Constitución reconoce en el Art. 9.2 y que permite aspirar a la igualdad real y efectiva, siempre que los poderes públicos cumplan con el mandato constitucional que esta norma contiene. Consecuencia de la política legislativa que tiene en él su fundamento, en diciembre del año 2004 se aprobó una importante y necesaria norma de protección de la mujer víctima de actos violentos. En el año 2006 otra ley reguló la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia. Se espera en 2007 la aprobación de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta norma va dirigida a combatir todas las manifestaciones que persisten de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres removiendo estereotipos y obstáculos sociales que impiden alcanzarla. De este modo se introducen medidas de acción positiva y de discriminación inversa y se normativiza por primera vez en España la paridad en democracia.

El debate sobre la paridad se inició en Francia y se amplió a la Unión Europea a partir de la Conferencia de Atenas de 1991. Frente al derecho al voto que intentaba conseguir la igualdad, la paridad pretende marcar la diferencia para poder eliminar la exclusión de las mujeres de la participación política y de la toma de decisiones. De este modo se persigue que en las listas electorales no haya menos de un 40% ni más de un 60% de cada sexo; la meritocracia no asegura a las mujeres un lugar en las listas de los partidos políticos y de ahí que la paridad sea una política feminista respecto de la representación en un sistema en que las listas abiertas, más democráticas pero controladas por los partidos políticos, no colocan a las mujeres en condiciones de igualdad para la toma de decisiones. Ser ciudadano no es sólo votar sino participar en la esfera política. De ahí que la paridad como política concreta para gestionar la igualdad real sea una vía para su consecución. Una vez llegados a la meta se puede perfectamente prescindir de ella.

Como vemos, está pendiente la realización efectiva de la plena ciudadanía de las mujeres, a pesar de que cada vez se aprueban más normas internacionales, comunitarias, estatales y autonómicas dedicadas a regular el tema. La plena ciudadanía necesariamente debe venir de la mano de reformas constitucionales que permitan la introducción de la perspectiva de género en las normas supremas. En fechas recientes han reformado sus constituciones países como Alemania, Francia, Portugal, Bélgica e Italia. Apostamos por una reforma al respecto del texto español que supla los instrumentos normativos de carácter infraconstitucional y sus carencias; sólo la norma suprema, que articula la convivencia, puede evitar riesgos involucionistas ante los nuevos desafíos del fenómeno de la globalización. De este modo avanzaremos con solidez en la consolidación de la democracia avanzada que establece el preámbulo de la vigente Constitución Española.

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1981.
- ALZAGA VILLAMIL, O. (Director), "Constitución Española de 1978" Comentarios a las leyes políticas, *Revista de Derecho Público*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984.
- AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, Ed. Minerva, Madrid, 2005.
- _____, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005.
- _____, *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Colección Feminismo, Ed. Cátedra, Valencia, 1995.
- BALAGUER, M^a Luisa, *Mujer y constitución. La construcción jurídica del género*, Colección Feminismo, Ed. Cátedra, Valencia, 2005.
- BARD, Christine (ed.), *Un siglo de antifeminismo*, Ed. Biblioteca Nueva, S.L. Madrid, 2000.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- _____, "El sujeto y sus derechos", En *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, UNED. Madrid, 2001.
- CAMPOAMOR, Clara, *El voto femenino y yo. Mi pecado mortal*, Ed. Horas y Horas, Madrid, 2006.
- CAMPS, Victoria, *La emancipación femenina y el estado del bienestar*, Meridiam 29, 2003.
- CAPEL, R. M., *Las feministas. Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australia (1840-1920)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1980.
- CLAVERO, Bartolomé, *Breve historia del constitucionalismo español*, Temas Clave de la CE, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- COBO, Rosa, *Sexo, democracia y poder político*, Feminismo/s, 3, 2004.
- DOMÉNECH, A., *El voto femenino*, Cuadernos de Historia, 16; Cambio 16, 1976.
- FAGOAGA, Concha, *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España*, Ed. Icaria, Barcelona, 1985.
- _____, y SAAVEDRA, P., *Clara Campoamor, la sufragista española*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1981.
- FIGUERUELO, Á. e IBÁÑEZ, M^a L. (editoras), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Ed. Comares, Granada, 2006.

- FREIXES, T. y SEVILLA, J. (coordinadoras), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, I.N.A.P. Estudios Goberna, Madrid, 2005.
- LLOYD, T., *Las sufragistas. Valoración social de la mujer*, Ed. Nanta, Barcelona, 1970.
- MONTESINOS, M. y ESQUEMBRE, M. Mar, *Mujeres y Derecho*, Centro de Estudios sobre la Mujer, Universidad de Alicante, 2006.
- MURILLO, Soledad, *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2006.
- NASH, M., *Mujer y trabajo en España*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1986.
- PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1995.
- PEÑA GONZÁLEZ, J., *Historia política del constitucionalismo español*, Biblioteca Universitaria, Ed. Prensa y Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1996.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PITCH, Tamar, *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- POSADA, Adolfo, *Feminismo*, Ediciones Cátedra S.A., Madrid, 1994.
- PULEO, Alicia H., “Feminismo y política en España”, *Leviatán: revista de Hechos e Ideas*, II época, núm. 63, Primavera de 1996.
- RENAU, M^a Dolores, *De súbditas a ciudadanas*, Meridiam 36, 2005.
- SASSEN, Saskia, *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2003.
- SEVILLA, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.
- _____ (directora), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Cortes Generales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2006.
- SIMÓN, Elena, *Democracia vital: Mujeres y Hombres hacia la plena ciudadanía*, Nancea, Madrid, 1999.
- SOLE TURA, J. y AJA E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1977.
- TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, Ed. Planeta, Biblioteca Cultural, Barcelona, 1976.
- VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo y poder político*, Foro Internacional “Mujer, poder político y Desarrollo” Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 2004.

**Setenta y cinco años de sufragio femenino en España:
Perspectiva constitucional**

VIDARTE, Juan-Simeón, *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933. Testimonio del primer secretario del Congreso de los Diputados*, Ed. Grijalbo, Buenos Aires, Barcelona, México D. F., 1976.

El Convenio 169 en la legislación mexicana: Impacto y perspectivas

Dr. José Manuel Lastra Lastra*

SUMARIO: I. Ideas generales. II. Conciencia de la identidad indígena. III. Derecho de los pueblos indígenas y tribales en el ámbito internacional. IV. El Convenio 169 de la OIT. V. Jerarquía de los Tratados Internacionales en el Ámbito Judicial. 1. Concepto de tratado 2. Los efectos de los Tratados en la legislación mexicana. VI. Reflexión final.

I. Ideas generales

Los antiguos pobladores del continente americano, no figuraron en los discursos fundacionales de los países latinoamericanos, éstos pretendieron “construir nuevas naciones sin los pueblos indios”.¹ Por ello, los procesos de construcción nacional, iniciados desde hace varios siglos, continúan inconclusos.

La reciente incorporación de los Derechos Humanos Fundamentales de los pueblos indígenas, en los diversos ordenamientos jurídicos internacionales y los movimientos sociales surgidos en Latinoamérica, abanderaron los viejos reclamos de identidad cultural, que habían permanecido a través del tiempo en la inercia y el olvido, con la esperanza de ser atendidos por los gobiernos de las naciones latinoamericanas. La prudencia y la tolerancia tienen límites y éstos fueron rebasados, para desembocar en reacciones violentas de luchas fraticidas ocasionadas por la indiferencia y falta de voluntad política para incluir y relacionar a las poblaciones indígenas con todos los demás grupos sociales respetando su

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

¹ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2000, p. 97.

diversidad cultural, organización social, usos y costumbres. El conquistador español, durante tres siglos de dominación “trató de imponer a los pueblos de México su cultura e hizo prodigios en su Legislación de Indias por construir el puente para la mutua comprensión”.² Don Toribio Esquivel Obregón, afirmaba que los pocos tratadistas dedicados a realizar éstos estudios, lo han “hecho con el criterio del narrador de curiosidades”.³ Corresponde a los juristas buscar las huellas de la cultura jurídica del indio en las fuentes históricas directas e indirectas, porque “cada pueblo tenía sus peculiaridades y el grado de cultura era relativamente elevado”.⁴

Las agrupaciones sociales constituyen un cuerpo unitario, con vida propia, características, valores, intereses y fines, forman una entidad, unida por diferentes intereses psicológicos, materiales y espirituales comunes, para crear una “unidad colectiva con características que la distinguen de sus miembros individualmente considerados”.⁵ Para el autor Mendieta y Núñez, en los agrupamientos sociales se produce una conjunción entre forma y contenido. Si sólo existe la forma, pero faltan los individuos, no hay agrupación, si hay individuos; pero no adaptan su conducta a la uniformidad establecida por el padrón de comportamiento, tampoco existe. Los agrupamientos subsisten a pesar del cambio de individuos, por el paso de éstos en sucesión ininterrumpida. Cuando esa sucesión se interrumpe, la forma queda vacía y el agrupamiento deja de existir.

Los pueblos no son sólo una suma de individuos, sino cuerpos unitarios, “conjunto de seres humanos unidos por intereses materiales y espirituales comunes”.⁶ Una comunidad humana puede llamarse pueblo “cuando circunstancias geográficas, culturales e históricas han contribuido a la formación de perfiles característicos del alma colectiva y surge un tipo humano definido y distintivo”.⁷

Ha sido práctica común, de los gobiernos en América Latina, promover la asimilación de estos pueblos “en forma autoritaria, por decreto o por la fuerza”.⁸ R.

² ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, T. I., Ed. Polis, México, 1937, p. 276.

³ *Ibidem*, p. 280.

⁴ KOHLER, J., *El derecho de los aztecas*, Traducido del alemán por Carlos Rovalo y Fernández, Ed. de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924, p. 3.

⁵ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Teoría de los agrupamientos sociales*, 3^a ed., Ed. Porrúa, México, 1974, p. 87.

⁶ *Ibidem*.

⁷ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Sinaloa. Raíz y proyección de su historia*, Loera Chávez hermanos, Compañía Editorial S.A., México, 1988, p. 13.

⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, op. cit. p. 98.

Stavenhagen destaca la polémica relación entre pueblos indígenas y Estado nacional, para diferenciar a la nación cívica de la nación étnica; la primera es la compuesta por “todos los ciudadanos de un Estado determinado”, la segunda integrada “particularmente por los miembros de un grupo étnico que comparten características culturales y valores fundamentales”.⁹ El nacionalismo étnico quiere hacer a todos los ciudadanos a su imagen: la cultura, la lengua, la religión y a veces la raza son elementos fundamentales para fortalecer a la nación y darle identidad. El nacionalismo cívico, por el contrario, afirma que la nacionalidad descansa exclusivamente en la relación de ciudadanía entre los individuos y el Estado. Los pueblos indígenas, es claro que no han aceptado en su totalidad las imposiciones del Estado Nacional, ello implicaría perder su identidad cultural, costumbres y tradiciones, lo cual ha comenzado a originar cambios constitucionales importantes en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Chile y Perú, entre otros. En las Constituciones de México, que precedieron a la actual, “las mayorías indígenas fueron excluidas desde el principio”.¹⁰ Los integrantes del Poder Constituyente Originario, ignoraron la existencia de aquéllos pobladores —también originarios—, descendientes de quienes habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización. Por fortuna la omisión ha sido rectificada y los antiguos pueblos comienzan a reivindicar sus derechos, a pesar de que algunos autores afirmaron en el pasado, que era escasa la “influencia del rudimentario derecho indio en la génesis del pueblo mexicano”,¹¹ en igual sentido se pronuncia R. Carrancá y Trujillo al señalar que “las ideas jurídicas propiamente indígenas, no han tenido influencia”.¹²

Los reclamos de los pueblos antiguos aún perduran y se actualizan en las “estructuras agrarias, los regímenes de la tenencia de la tierra, las relaciones de trabajo, el ejercicio del poder político, los sistemas jurídicos, la imposición ideológica, cultural y religiosa”.¹³

II. Conciencia de la identidad indígena

El vocablo indígena, ha sido utilizado como voz sinónima de: aborigen, autóctono, nativo, natural, terreño, de la tierra.¹⁴ Es aplicable también a los habitantes de un

⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹⁰ *Ibidem*, p. 135.

¹¹ S. MACEDO, Miguel, *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, Ed. Cultura, México, 1931, p. 14..

¹² CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *La organización social de los antiguos mexicanos*, Ed. Botas, México, 1966, p. 19.

¹³ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Reflexiones en torno a la problemática de la realidad indígena”, *Revista del IRIPAZ*, año 4, núm. 8, Guatemala, julio-diciembre de 1993, p. 134.

¹⁴ MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, T. I-Z, 2^a ed., Ed. Gredos, Madrid, 1998, p. 45.

país pertenecientes a la raza propia de él, “originario del país de que se trata”,¹⁵ por tal circunstancia “todos los seres humanos somos indígenas de alguna parte”.¹⁶ En opinión de Alfonso Caso, puede ser considerado indígena “todo individuo que se siente pertenecer a una comunidad indígena; que se concibe a sí mismo como indígena”.¹⁷

Existen otros criterios para lograr la definición del indígena: el biológico, cultural, lingüístico y el psicológico. Como ya se dijo, el concepto indígena denota la idea de ocupante originario de un territorio dado, circunstancia que resulta difícil de documentar fehacientemente, porque quienes actualmente se ostentan como indígenas, pueden haber desplazado a los anteriores ocupantes en épocas aún más lejanas, R. Stavenhagen, sugiere utilizar el vocablo indigenidad por que indica “una continuidad histórica entre la población indígena original y la que actualmente se identifica como descendiente directa de ella”.¹⁸

Las etnias indígenas que han preservado su identidad hasta ahora, al no consentir su asimilación, se han “mantenido separadas de la sociedad nacional [...] No hay nada más atentatorio a la identidad étnica que aplicarle el sistema jurídico en su detalle”.¹⁹ Cuando el legislador sostiene que los pueblos indios de México son “comunidades y no poblaciones étnicas específicas les está restando toda posibilidad para que se constituyan en una contrahegemonía”.²⁰ En América Latina, los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquéllos “entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario”.²¹ Con justificada razón –advierte García Ramírez–, la necesidad de evitar, en México “la ilusión, tan frecuente de que la reforma de la ley trae consigo, de inmediato la reforma de la vida”.²² No deben realizarse modificaciones legislativas en forma apresurada e irresponsable. En la época actual, vivimos en un tiempo de Estados Nacionales que constituyen

¹⁵ ALONSO, Martín, *Diccionario del español Moderno*, Ed. Aguilar, México, 1992, p. 584.

¹⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales”, *Revista IIDH*, núm. 15, San José de Costa Rica, enero-junio de 1992, p. 128.

¹⁷ CASO, Alfonso, *La Comunidad Indígena*, SEP/Setentas, México, 1971, p. 90.

¹⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo, *op.cit.*, p. 131.

¹⁹ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El fuero indígena”, *Antropología Jurídica*, UNAM, México, 1995, p. 124.

²⁰ DURAND ALCÁNTARA, Carlos, “Por una reformulación de la legislación mexicana en materia de poblaciones indias”, *Derechos contemporáneos de los pueblos indios. Justicia y derechos étnicos en México*, UNAM, México, 1992, p. 90.

²¹ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Introducción al derecho indígena”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lascasianas Derechos Humanos de los pueblos indígenas*, UNAM, año 6, núm. 17, México, mayo-agosto de 1991, p. 303.

²² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Los indígenas ante el derecho nacional”, *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Nueva Serie, UNAM, año 29, núm. 87, México, septiembre-diciembre de 1996, p. 892.

"la fuerza motriz de construcción nacional que representan un poder unificador y movilizador".²³

III. Derechos de los pueblos indígenas y tribales en el ámbito internacional

La incorporación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en los diversos ordenamientos jurídicos internacionales, han contribuido a la búsqueda de las formas y mecanismos para sistematizar la codificación en la legislación positiva de los países. Corresponde el mérito inicial en ésta tarea a la OIT, quien en 1921, efectuó estudios para analizar las condiciones en que sobrevivían las poblaciones indígenas. Ésta organización, en 1926 por medio del Consejo de Administración instituyó una Comisión de Expertos en Trabajo Indígena, cuyo objetivo era formular normas internacionales dirigidas a éstos trabajadores. Los frutos de los esfuerzos realizados por ésta comisión, instituyeron las bases para elaborar el Convenio No. 29 sobre el trabajo forzoso, en 1930. Posteriormente surgió en 1936, el Convenio No. 50, acerca del reclutamiento de los trabajadores indígenas, más adelante, en 1939 fue expedido el Convenio No. 64, relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas, tiempo después, en 1947, fue elaborado el Convenio No. 86, referente a la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas. Con la experiencia obtenida, la OIT insistió en el tema de nueva cuenta para el año 1955, al expedir, en la Trigésima Octava Reunión, el Convenio No. 104, dirigido a la abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas.

Con la expedición del Convenio No. 107 de la OIT, producto de la Conferencia General, durante la Cuadragésima Reunión en el mes de junio de 1957, el cual, se ocupó de las poblaciones indígenas, tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de quienes habitaban en el país, o en una región de él, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que fuere su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las de la nación a la que pertenecen [Art. 1º, 1,b)]. Así, con éste documento y su fuerza vinculante van a ser reguladas las diferentes cuestiones relacionadas con los derechos de estos pueblos, sirvió de "base para una mejor comprensión de la

²³ STAVENHAGEN, Rodolfo, "Notas sobre la cuestión étnica", *Estudios Sociológicos*, Colegio de México, vol. 2, núm. 4, México, enero-abril de 1984, p. 151.

especificidad de las comunidades indígenas".²⁴ Sin embargo, propuso la integración de las poblaciones, olvidando el respeto a la libre autodeterminación y a la diversidad cultural, social y religiosa, existente en esos pueblos. Con el transcurso del tiempo las concepciones antropológicas y etnológicas previstas en dicho Convenio, fueron rebasadas por las expectativas y el fortalecimiento de las organizaciones indígenas, tanto en el ámbito nacional como internacional hasta ocasionar la necesidad de revisarlo.

IV. El Convenio 169 de la OIT

El 7 de junio de 1989 la Conferencia Internacional de la OIT, aprobó éste Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual, fue adoptado por México el 27 de junio de 1989.

Los temas incluidos en el texto del Convenio habían sido tratados con anterioridad en el 107, pero sin duda tuvieron un mayor impacto en el 169, porque con él quedaron cimentadas las bases para iniciar un proceso "de descolonización de los pueblos indígenas".²⁵ El Convenio 169 quedó integrado en diez apartados: I. Política general, II. Tierras, III. Contratación y condiciones de empleo, IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales, V. Seguridad social y salud, VI. Educación y medios de comunicación, VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras, VIII. Administración, IX. Disposiciones generales y X. Disposiciones finales.

La adopción de éste Convenio con el ritual constitucional del artículo 133, produjo efectos importantes que a su vez originaron la expedición de diversos decretos,²⁶ que impactaron la Constitución, leyes federales, Códigos, Constituciones estatales, Estatutos, Reglamentos y Acuerdos.

V. Jerarquía de los Tratados Internacionales en el Ámbito Judicial

²⁴ HERNÁNDEZ PULIDO, J. R., "La OIT y los pueblos indígenas y tribales", *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Nueva Serie, UNAM, año 28, núm. 82, México, enero-abril de 1995, p. 155.

²⁵ GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, "El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones de México con su ratificación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año 32, núm. 96, México, septiembre-diciembre de 1999, p. 857.

²⁶ Véase la investigación anexa preparada por Laura Salazar Gallegos, eficiente colaboradora en estas tareas.

Cómo se sabe, la actividad jurídica de los países no solamente se desarrolla en su espacio interior, sino también en el exterior, a través de las múltiples relaciones a las que se vinculan la mayoría de los países. De esta manera se constituye una nueva forma de comunidad social o sociedad internacional.

El Derecho Internacional es el vehículo que facilita la coexistencia pacífica y de cooperación entre las naciones, determina los derechos y deberes de los Estados en sus relaciones mutuas. El objeto del Derecho Internacional se encuentra fuera del Estado nacional. Las normas del Derecho Internacional estudian las formas, condiciones de validez, normas concernientes a la ratificación, efectos y causas de extinción de los convenios. La carencia de un Poder Legislativo Internacional no priva de carácter jurídico a esta disciplina, tampoco la falta de un poder judicial y ejecutivo, circunstancia que preocupa en exceso a los positivistas que insisten tercamente en negarle el carácter jurídico y buscan procedimientos de rábula — como diría Radbruch—, para impedir su eficacia y puntual cumplimiento. La ausencia de una sanción jurídica, no es “una razón suficiente para negar su existencia”.²⁷

¿En qué orden jurídico sustenta su validez y eficacia el Derecho Internacional? Según Kelsen, en virtud del principio de efectividad, la norma básica de éste es también “la última razón de validez de los órdenes jurídicos nacionales”.²⁸

1.-Concepto de tratado

La Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, define al vocablo tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.²⁹ En sentido similar la Ley sobre Celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial el 2 de enero de 1992, reproduce el concepto antes mencionado y adiciona innecesariamente que es un instrumento “mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos”.³⁰ En otra parte, la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica menciona en su

²⁷ MAY, Gastón, *Introduction a la science du droit*, Deuxième éd., Ed. Porrúa, París, Marcel, 1971, p. 107.

²⁸ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 2^a ed., FCE, México, 1986, p. 437.

²⁹ Artículo 2, inciso a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force, January 27, 1980.

³⁰ Artículo 2, fracción I de la Ley sobre la Celebración de Tratados, *Diario Oficial de la Federación* de 2 de enero de 1992.

Capítulo I, referente a las Disposiciones Generales, el artículo 2º remite al concepto establecido por la Ley Sobre la Celebración de Tratados citada anteriormente.³¹

La palabra internacional expresa la idea de relación entre varias naciones, por lo que internacionalizar “sugiere la idea de convertir en internacional lo que antes era nacional”.³²

Ahora bien, para que los tratados surtan efectos en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en diversas tesis jurisprudenciales que los tratados internacionales celebrados con las condiciones que la propia Constitución establece serán Ley en la República Mexicana; es por ello que cuando alguna de las partes invoca a su favor un tratado, no se le puede exigir que sea ella quien demuestre su existencia, porque éste forma parte del Derecho Mexicano y por lo mismo, no está sujeto a prueba.³³

Es necesario hacer destacar que en la celebración de tratados intervienen los gobiernos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, en el caso de México, la Constitución Federal establece dentro de las facultades exclusivas del Senado, en el artículo 76 fracción I, “Aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”, la Cámara de Diputados no está facultada constitucionalmente para intervenir en política exterior en la ratificación de tratados, sin embargo, en ella está representada la soberanía nacional y la función legislativa ¿Será coherente establecer que los tratados están por encima de las leyes federales y locales? ¿Qué ocurre con los actos de soberanía de ambas Cámaras? ¿Tendrán que legislar observando lo previsto en los tratados celebrados por México para evitar contravenirlos?

2.- Los efectos de los tratados en la Constitución mexicana

La Constitución Mexicana faculta expresamente al Presidente de la República para dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, los cuales, al ser aprobados por el Senado (art. 89, fracción X), pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico nacional (art. 133) de allí que éstos tengan para el país carácter de fuente jurídica. Lo anterior encuentra limitaciones en el artículo 15 de la Ley Suprema, la cual no autoriza la celebración de tratados ni de convenios en los

³¹ Artículo 2 de la Ley Sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, *Diario Oficial de la Federación* de 2 de septiembre de 2004.

³² REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Internacionalización de las relaciones laborales, Alegatos*, núm. 60, Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco, Mayo-Agosto de 2005 p. 353.

³³ Ver tesis del 2º Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del 1º Circuito, 8ª época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, T. VI, 2ª parte, julio-diciembre de 1990, p. 236.

que “se alteren las garantías y derechos para el hombre y el ciudadano”. En otra parte, la Constitución faculta a los tribunales federales para conocer “de todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano” (art. 104). En tal sentido, se han pronunciado los tribunales del Poder Judicial Federal en sus diversas ejecutorias, para argumentar que “el orden jurídico descansa en la aplicación de las leyes y estas también obedecen a un orden jerárquico que tiene por cima la Constitución”.³⁴

En relación con los tratados, el Poder Judicial había sostenido el criterio de que éstos “sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso”,³⁵ este razonamiento ha sido modificado por el tribunal Pleno en sesión privada celebrada el 28 de octubre de 1999, el cual aprobó con el número LXXVII/1999, esta tesis aislada que modifica el criterio sustentado en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, No. 60, octava época, diciembre de 1992, p. 27, la cual mencionaba como rubro “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”. Para quedar establecido que:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, ésta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar ésta jerarquía

³⁴ Amparo en revisión 4148/55. Santiago Soberanes y Coags (acumulados), 24 de octubre de 1956, Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos. Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, época 5^a, t. CII, P. 653.

³⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, época 7^a, vol. 151-156, parte sexta, p. 195.

de los tratados, es la relativa a que en ésta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades Federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos, ésta es competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

VI. Reflexión final

El Convenio 169 de la OIT produjo diversos efectos en los textos constitucionales en los diversos países latinoamericanos, entre ellos México, rompió con la inercia legislativa existente, hasta ese entonces, para dar un impulso definitivo hacia una tendencia generalizada en la “constitucionalización” de los derechos indígenas, hasta ahora ausentes en el catálogo de los derechos fundamentales, México no fue la excepción, con la reforma del 14 de agosto de 2001, quedaron plasmados de manera amplia en el artículo 2º de la Ley fundamental.

Con posterioridad, han sido objeto de reglamentación diversos aspectos de los derechos fundamentales declarados en ella, puede decirse que han existido avances trascendentales en el tema. El impacto en la legislación mexicana, tanto en el ámbito federal y local ha quedado de manifiesto en el anexo de este trabajo, sin embargo, aún queda todavía mucho por hacer...

Anexo

Por Decreto del martes 28 de enero de 1992, publicado en el DOF, fue adicionado el primer párrafo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”. Con posterioridad, el jueves 13 de marzo de 2003 fue publicada la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas por la que se reforma la fracción IV del artículo 7º de la Ley General de Educación. Con fecha 21 de mayo de 2003 fue expedida la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y abrogada la Ley de creación del Instituto

Nacional Indigenista expedida el sábado 4 de diciembre de 1948 en el DOF; se reformó la fracción VI y se deroga la fracción VII del artículo 32 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y se reforma el primer párrafo del artículo 5º de la Ley Federal de Entidades Paraestatales. El viernes 23 de mayo de 2003 DOF, fue publicado el acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa para el Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas para el ejercicio Fiscal 2003.

Más adelante, el martes 14 de agosto del 2001, fueron adicionados un segundo y tercer párrafo al artículo 1º, reformado el artículo 2º y derogado el párrafo primero del artículo 4º, para adicionar un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción III del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Más adelante el lunes 28 de abril de 2003 en el DOF en su edición vespertina fue publicado el Acuerdo Nacional para el Campo Por el Desarrollo de la Sociedad Rural y la Soberanía y Seguridad Alimentarias. El lunes 4 de agosto de 2003 DOF, fue publicado el acuerdo para modificar las Reglas de Operación del Programa para el Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas, a cargo de la Secretaría de Desarrollo Social. El lunes 8 de septiembre de 2003 DOF, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas publicó el acuerdo para dar a conocer los Convenios de Modelos de Concertación del Proyecto de Fondos para la Cultura Indígena del Programa de Desarrollo de las Culturas Indígenas, Proyecto de Convenios de Concertación en Materia de Procuración de Justicia del Programa de Derechos Indígenas y Acceso a la Justicia, Programa de Impulso a Proyectos Sustentables en Zonas Indígenas, Programa de Desarrollo de las Comunidades Mayas de la Península de Yucatán y la Modalidad de Fondos Regionales Indígenas del Programa para el Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas. El lunes 15 de septiembre de 2003 DOF, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, asume en su artículo 1º la calidad de un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, no sectorizado, con personalidad jurídica, con patrimonio propio, con autonomía operativa, técnica, presupuestal y administrativa. El martes 23 de septiembre de 2003 DOF, fue publicado el Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Instituto Indigenista Interamericano relativo al establecimiento de su sede en México. El lunes 29 de septiembre de 2003 DOF, el Acuerdo para dar a conocer el Modelo de Convenio de Concertación de la Modalidad de Capacitación del Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

El 23 de abril de 2004 DOF, se creó el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y el 7 de enero de 2005 el Estatuto del Servicio Profesional de Carrera de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

En el ámbito federal también el 27 de diciembre de 2002, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el artículo 5º en su fracción IX menciona como obligación de la Procuraduría el “Celebrar acuerdos o convenios con las instituciones públicas o privadas para garantizar a los inculpados, ofendidos, víctimas, denunciantes y testigos pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, la disponibilidad de intérpretes y traductores”.

El 25 de febrero de 2003 la Ley General de Desarrollo forestal Sustentable contiene las siguientes disposiciones en materia indígena: 1º , 2º fracción V, 3º fracciones VI, XX, XXIII, XIX, XXXI, XXXII; 5º, 13 fracción XXIII, 17, 22 fracciones XIV, XVIII y XXI, 30 fracciones I, II, III y VII; 32, fracciones I, II; 33 fracción X; 63, 72, 74 fracción III; 88, 102, 105, 110, 128, 147 fracción V, 150, 152, 155, 156, 157 y 158.

La Ley General de Educación contiene al artículo 7º fracción IV y 38. La Ley General de Salud en los artículos 3, 13, 17, 28, 35, 77 y 115. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal el 21 de mayo de 2003 reformó la fracción VI y derogó la VII del artículo 32 para encomendar a la Secretaría de Desarrollo Social el despacho de los siguientes asuntos: VI. Coordinar, concretar y ejecutar programas especiales para la atención de los sectores sociales más desprotegidos, en especial de los pobladores de las zonas áridas de las áreas rurales, así como de los colonos de las áreas urbanas, para elevar el nivel de vida de la población, con la intervención de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal correspondientes y de los gobiernos estatales y municipales y, con la participación de los sectores social y privado.

Más adelante, el 21 de mayo de 2003, la Ley Federal de Entidades Paraestatales reformó el primer párrafo del artículo 5º para quedar como sigue: “El Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el Instituto Nacional de las Mujeres, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y los demás organismos de estructura análoga que hubiere, se regirán por sus leyes específicas en cuanto a las estructuras de sus órganos de gobierno y vigilancia, pero en cuanto a su funcionamiento, operación, desarrollo y control, en lo que no se oponga a aquellas leyes específicas, se sujetarán a las disposiciones de la presente Ley. Aquellas entidades que además de Órgano de Gobierno, Dirección General y Órgano de vigilancia cuenten con patronatos, comisiones ejecutivas o sus equivalentes, se seguirán rigiendo en cuanto a estos órganos especiales de acuerdo a sus leyes u ordenamientos relativos.

Por su parte, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, realizó el 11 de junio de 2003 reformas que modificaron al artículo 14 en sus siete fracciones. El 13 de junio de 2003, la Ley de Planeación reformó sus artículos 10 fracción IV, 6º, 14 fracciones II y II, 15 fracción III, 16 fracción III, 20, 20 bis, 29, 34 y 37, de la misma forma, la Ley para el Tratamiento de Menores Infactores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el 25 de junio de 2003, reformó el artículo 3º, 50 fracciones IV y V, 6º, 21 fracciones IV, V y VII, 32 fracciones V, VI y VII, 36 fracción IV, 60 incisos c), d) y e) de la fracción III y el artículo 61. Asimismo, la Ley General de Desarrollo Social, en su reforma del 20 de enero de 2004, contiene integralmente varios artículos que hablan de protección y promoción del desarrollo de los pueblos indígenas.

Con posterioridad, la Ley Federal de fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil, en su reforma del 9 de febrero de 2004, menciona en el artículo 5 fracción V el apoyo a los pueblos y comunidades indígenas como una obligación de dichas organizaciones. De la misma forma, la Ley de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles, en su reforma del 15 de junio de 2004 establece en sus artículos 106 y 108, el Premio Nacional de Trabajo y Cultura Indígena. Por su parte la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, en su reforma del 2 de septiembre de 2004, modifica a los artículos 3º, 6º, 8º, 11 y 13. La Ley de Asistencia Social, en sus artículos 4º, 28, 44, 53, 54 y 55 establece bases para el apoyo a comunidades indígenas; también la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, reformó los artículos 28 y 48y adicionó una fracción XXXVII al artículo 3º, los artículos 47 bis y 47 bis 1, todo esto con fecha de 23 de febrero de 2005, casi un mes después el 18 de marzo de 2005, la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados reforma los artículo 9º y 108. Por su parte, la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional, en su reforma del 7 de diciembre de 2005, permite que los pueblos y comunidades indígenas ejecuten el Himno Nacional en la Lengua que a cada caso corresponda, facultando al Instituto Nacional de Lenguas Indígenas a realizar las traducciones correspondientes y registrándolas ante las Secretarías de Gobernación y la de Educación Pública; Así mismo, la Ley General de las Personas con Discapacidad establece en su reforma del 10 de junio de 2005, el derecho de las personas con discapacidad la atención a la salud en centros que según la fracción II se extenderá a regiones rurales y comunidades indígenas.

La Ley General de Vida Silvestre, modifica con fecha de 3 de julio de 2000, los artículos 10 fracciones IV y V, 21, 24, 46 y 93. Con relación la Ley Agraria, en su reforma del 26 de febrero de 1996, establece en el artículo 164 la obligación de los tribunales agrarios de atenerse a los usos y costumbres de grupos indígenas si en

un juicio se encuentran involucradas sus tierras; y la Ley de Capitalización de Procampo, en su reforma del 31 de diciembre de 2001, establece la prioridad para créditos de Procampo a las comunidades indígenas, esto según el artículo 5º. Además, la Ley de Desarrollo Rural Sustentable, en su reforma del 7 de diciembre de 2001, modifica, tomando en cuenta a los grupos indígenas, los artículos 14, 15 fracción XII, 29, 52 fracción IV, 56 fracción V, 118, 154, 157, 175 y 176.

La Ley del Seguro Social contiene las siguientes disposiciones en materia indígena: artículos 214, 215, 216, 216 A, 217 y 238. La Ley de Defensoría Pública en su reforma del 28 de mayo de 1998 menciona en su artículo 15 fracción V, que “los servicios de asesoría indígena se prestarán preferentemente a los indígenas”. Igualmente, la Ley Orgánica de la Financiera Rural, en su reforma del 1º de agosto de 2005, modificó a favor de los grupos indígenas sus artículos 2º , 5º fracción I bis, 6º fracciones III bis, VIII bis, 7 fracciones II, VII y XI, XX, XXI, XXII y XXIII. Y por último la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su reforma del 29 de mayo de 2000, beneficia a los grupos indígenas en sus artículos 4 y 37.

En el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su reforma del 18 de diciembre de 2002, contiene los artículos 24 fracciones VII, VIII y IX, 107, 180, 222 bis, 271 y 274 bis. En esa misma fecha se modificó el artículo 51 y 52 fracción V, el mismo ordenamiento con fecha de 12 de junio de 2003, cambió su artículo 85 fracción I inciso b) y por último el Código Federal de Procedimientos Penales tiene a los artículos 6, 15, 18, 124 bis, 128 fracción IV, 154, 159 y 220 bis.

Por lo que respecta los reglamentos, el de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en su reforma de 25 de junio de 2003, menciona en el artículo 11 fracción VIII que el Procurador ejercerá en forma personal y no delegable, además de las facultades contenidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica, las siguientes: Dictar las políticas institucionales en materia de procedimientos penales federales en que estén involucradas personas que pertenezcan a algún pueblo indígena, así como las acciones necesarias para impulsar que tengan un efectivo acceso a la justicia, de conformidad con el artículo 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en Materia de concesiones, Permisos y Contenido de las Transmisiones de radio y Televisión, en su reforma de 10 de octubre de 2002, menciona en su artículo 6 que para efectos de la aplicación de la Ley Federal de Radio y Televisión, se considerará que el idioma nacional están comprendidas las lenguas de los pueblos y comunidades indígenas existentes en el país. El Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, en su reforma del 21 de febrero de 2005, indica en su artículo 84 fracción V, que la Comisión

Nacional Forestal para la delimitación de las unidades de manejo forestal, además de lo establecido en el artículo 112 de la Ley considerará los siguientes criterios: Elementos de organización y socioculturales, así como el tipo de tenencia de la tierra, la organización de los productores y la presencia de grupos indígenas. El Reglamento de la Ley General de Desarrollo Social, en su reforma del 18 de enero de 2006, que el fomento del sector social de la economía, en tanto actor corresponsable en los procesos de desarrollo social tendrá los siguientes objetivos: ampliar oportunidades y recursos para que los grupos indígenas, las personas adultas mayores, los discapacitados y otras personas y grupos en situación de pobreza, marginación o vulnerabilidad se incorporen a las actividades productivas del sector social de la economía, esto en la fracción III del artículo 33. El Reglamento de la Ley General de Población, en su reforma del 14 de abril del 2000, modifica los artículos 25, 27 fracción VI y 60 fracciones I, II y III; por su parte el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Áreas Naturales Protegidas, en la reforma del 30 de noviembre del 2000, tiene en su ordenamiento el artículo 6º, 31, 116,117 fracción II y 127. Por último el Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública contiene al artículo 2 fracción XXVIII, 16 y 32.

En las Constituciones estatales encontramos las siguientes disposiciones:

<i>Estado</i>	<i>Artículos</i>
Campeche	7
Chiapas	4, 5, 11, 13, 29 fracciones IV y XLIII, 42 fracción VII, 48 y 49.
Chihuahua	6, 8, 9, 10, 63 y 64 fracción XXXVII
Coahuila	7
Durango	2, 3
Guanajuato	1
Guerrero	10
Hidalgo	5
Jalisco	4 y 15 fracción III.
Estado de México	17
Michoacán	3
Morelos	2 bis, 7 fracción II y 40 fracción XLVIII
Oaxaca	12, 16, 25, 29, 112, 113 fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII.
Puebla	12 fracción IV y VIII, 13
Querétaro	11 y 12.

Quintana Roo	13
San Luís Potosí	9 y 18
Sinaloa	13
Sonora	1 y 136
Tabasco	2, 36 fracción IX, 51 fracción XIV, 64 fracción XII, 65 fracción III y 76.
Veracruz	5 y 10
Yucatán	30 fracción I, inciso d), 85 ter. fracción IV

El Acuerdo por el que se expide el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia publicado el 8 de febrero de 2006 indica que corresponde a la Dirección General de Alimentación y Desarrollo Comunitario la facultad de “identificar comunidades indígenas, rurales y urbanas en condiciones de vulnerabilidad social para su atención integral, considerando sus formas, usos y costumbres de participación social”, en su artículo 28 fracción IX.

Por último el Acuerdo por el que se crea con carácter permanente la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos publicado el 11 de marzo de 2003 abarca grandes consideraciones en materia indígena de la misma forma que lo hace el Acuerdo No. A/067/03 con la PGR, de fecha 24 de julio de 2003.

En el ámbito internacional encontramos las siguientes convenciones que tratan de forma importante los aspectos indígenas:

<i>Convenio Internacional</i>	<i>Ratificación</i>
Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	1986
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	1975
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	1981
Convención sobre los Derechos del Niño	1990
Convenio sobre la Diversidad Biológica (artículo 8 inciso j)	1992
Convenio 169 sobre los Pueblos	1990

El Convenio 169 en la legislación mexicana: Impacto y perspectivas

Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo	
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1981
Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales	1981
Decreto Promulgatorio del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica	29/01/2000
Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.	21/06/2006

Bibliografía

- ALONSO, Martín, *Diccionario del español Moderno*, Ed. Aguilar, México, 1992.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *La organización social de los antiguos mexicanos*, Ed. Botas, México, 1966.
- CASO, Alfonso, *La Comunidad Indígena*, SEP/Setentas, México, 1971.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Sinaloa. Raíz y proyección de su historia*, Loera Chávez hermanos, Compañía Editorial S.A., México, 1988.
- DURAND ALCÁNTARA, Carlos, "Por una reformulación de la legislación mexicana en materia de poblaciones indias", *Derechos contemporáneos de los pueblos indios. Justicia y derechos étnicos en México*, UNAM, México, 1992.
- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, T. I., Ed. Polis, México, 1937.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Los indígenas ante el derecho nacional", *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Nueva Serie, UNAM, año 29, núm. 87, México, septiembre-diciembre de 1996.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, "El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones de México con su ratificación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año 32, núm. 96, México, septiembre-diciembre de 1999.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "El fuero indígena", *Antropología Jurídica*, UNAM, México, 1995.
- HERNÁNDEZ PULIDO, J. R., "La OIT y los pueblos indígenas y tribales", *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Nueva Serie, UNAM, año 28, núm. 82, México, enero-abril de 1995.
- KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 2^a ed., FCE, México, 1986.

KOHLER, J., *El derecho de los aztecas*, Traducido del alemán por Carlos Rovalo y Fernández, Ed. de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924.

MAY, Gastón, *Introduction a la science su droit*, Deuxième éd., Ed. Porrúa, París, Marcel, 1971.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Teoría de los agrupamientos sociales*, 3^a ed., Ed. Porrúa, México, 1974.

MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, T. I-Z, 2^a ed., Ed. Gredos, Madrid, 1998,

REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Internacionalización de las relaciones laborales, Alegatos*, núm. 60, Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco, Mayo-Agosto de 2005.

S. MACEDO, Miguel, *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, Ed. Cultura, México, 1931.

STAVENHAGEN, Rodolfo, "Introducción al derecho indígena", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lascasianas Derechos Humanos de los pueblos indígenas*, UNAM, año 6, núm. 17, México, mayo-agosto de 1991.

_____, "Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales", *Revista IIDH*, núm. 15, San José de Costa Rica, enero-junio de 1992.

_____, "Notas sobre la cuestión étnica", *Estudios Sociológicos*, Colegio de México, vol. 2, núm. 4, México, enero-abril de 1984.

_____, "Reflexiones en torno a la problemática de la realidad indígena", *Revista del IRIPAZ*, año 4, núm. 8, Guatemala, julio-diciembre de 1993.

_____, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2000.

Sistemas regionales de protección internacional de derechos humanos: El caso de Francia y México

Guillermo Cambero Quezada*

SUMARIO: I. Protección europea y sistema francés: A) La originalidad del derecho europeo de los derechos humanos, 1.-Los mecanismos jurídicos: El Consejo de Europa y el CEDH, 2.-El TEDH: Control jurisdiccional de los derechos humanos; B) Francia y el CEDH, II. El orden jurídico Interamericano y México: A) CADH: Un sistema complejo de eficacia limitada, B) México: un orden jurídico ideal para el desarrollo de la jurisprudencia de la CIDH. Consideraciones finales.

Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos (y las jurisdicciones penales internacionales permanentes) han sido concebidos con la idea de respetar al máximo el funcionamiento de la justicia interna de cada país. Este resultado se obtiene recurriendo al principio de subsidiariedad que, en el dominio de los derechos humanos, funciona a través del agotamiento de los recursos internos:¹ una vez que la última instancia ha sido agotada y que no se tiene ninguna otra posibilidad de recurrir una decisión, la persona afectada en sus derechos puede pedir la intervención de un órgano internacional de derechos humanos, en busca de justicia, la cual ha sido deficiente o negada en su país. Por lo tanto, el mecanismo europeo² e interamericano³ cumplen la función de la protección regional de los derechos humanos, fundados en el derecho de las personas, instituidos por Convenciones y regidos por el derecho de los tratados.

* Abogado por la Universidad de Guadalajara. Maestro y doctorando en Derecho Público por la Universidad de Nantes (Francia).

¹ CAFLISCH, L. y CANÇADO TRINDADE, A., "Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général", *Revue Général de Droit International Public*, núm. 108, 1-2004, p. 6.

² BURBAN, J.L., *Le Conseil de l'Europe*, PUF (colección "que sais-je?"), Vendôme, 1996, p. 27.

³ Cfr. NIKKEN P. "Le système interaméricain des droits de l'homme", *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 2, núm. 3, 1990, p. 97.

Ambos mecanismos conviven e interactúan dentro de un ámbito globalizado de intercambios jurídicos, generando mutuas influencias. Además, los Estados no comparecen ante un mecanismo jurisdiccional internacional como defensores de una acción penal, puesto que el objetivo del derecho internacional de los derechos humanos no es de castigar a los individuos culpables de violaciones, sino de proteger a las víctimas y de vigilar la reparación de los daños que resultan de los actos de los Estados responsables. En el continente europeo existe un mecanismo de protección denominado Convenio Europeo de derechos humanos (CEDH), el cual ha sido un factor importante de cambios en las legislaciones internas de los Estados partes firmantes del mismo Convenio, y en particular analizaremos el caso de Francia (I^a parte). Asimismo, dentro del continente americano, percibimos un mecanismo de protección que emerge, sin llegar a imponerse dentro del orden jurídico de los Estados partes (contrario a lo que sucede en el mecanismo europeo), llamado Convención Americana sobre derechos humanos (CADH),⁴ pero que existe, y aunque en ocasiones se niegue su existencia, su influencia ha llevado a la modificación o adopción de leyes, que podemos constatar dentro de la legislación Mexicana (II^a parte).

Hasta nuestro días, el tema que será aquí tratado, ha sido objeto de pocas referencias por la doctrina mexicana;⁵ sin embargo reviste una gran importancia desde un aspecto práctico, como lo demuestra la abundante jurisprudencia emanada por los dos sistemas regionales de protección de derechos humanos y su influencia en el derecho interno de los países miembros en ambas Convenciones, y desde un aspecto teórico, reflejado en la discusión en el seno de la Comisión de derecho internacional de Naciones Unidas, relativa al problema de la fragmentación del derecho internacional.

I. Protección europea y sistema francés

En México, prácticamente es desconocido el mecanismo de protección regional europeo de derechos humanos, el cual fue puesto en funcionamiento a mediados del siglo pasado. Este mecanismo representa un sistema original de integración respecto a otros sistemas regionales de protección de derechos del hombre (A), ya que a través de la función de sus órganos jurisdiccionales, ha conseguido imponer sus fallos en el orden jurídico interno de los países pertenecientes al Convenio europeo, construyendo un sistema jurídico único y generalizado de protección de

⁴ GROSS ESPIELL, H., "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", *Académie de droit international (recopilación de cursos de la Haya)*, 1976, pp.7-55.

⁵ FIX-ZAMUDIO, H. (coordinador), *México y las Declaraciones de Derechos Humanos*, UNAM, México, 1999, p. 99.

humanos: El caso de Francia y México

derechos humanos, el cual, con el paso del tiempo, se ha uniformizado. Sin embargo, no todos los Estados pertenecientes a dicho sistema han aceptado abiertamente someterse a las decisiones de un organismo supranacional de derecho internacional, como sucede en el caso Francia (B).

A) La originalidad del derecho europeo de los derechos humanos

La protección e imposición del respeto de los derechos humanos en Europa se realiza por dos instituciones con funciones perfectamente definidas: el Consejo de Europa (1) y el Tribunal europeo de derechos humanos (2).

1.- Los mecanismos jurídicos: El Consejo de Europa y el CEDH

A diferencia del orden jurídico Comunitario, del cual surge la actual Unión Europea,⁶ el orden europeo de protección de derechos humanos se caracteriza por ser un mecanismo institucional de carácter internacional denominado Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo (contrario a la Unión Europea la cual tiene sus instituciones repartidas en Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo); formado de 46 países⁷ democráticos del continente europeo. En él se integran el Comité de Ministros (órgano de decisión del Consejo de Europa, compuesto por los ministros de Asuntos Exteriores de todos los Estados miembros o por sus representantes) y la Asamblea Parlamentaria (órgano deliberante del Consejo de Europa, formada por 315 representantes nombrados por los Parlamentos nacionales de los Estados miembros). También, dentro de la estructura orgánica se contempla un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual cumple la función jurisdiccional de control de los derechos humanos. A pesar de la autonomía e independencia del Consejo de Europa, existe una influencia recíproca con las instituciones de la Unión Europea,⁸ jugando ambos organismos supranacionales un rol importante en

⁶ Tiene su origen en el tratado de Roma del 25 de marzo de 1957. La Unión Europea es un orden jurídico supranacional, compuesto por 25 Estados europeos. Sus principales instituciones son: el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Para profundizar sobre el tema, ver: MANGAS MARTÍN, A. *et al.*, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005; QUERMONNE, J-L., *Le système politique de l'Union européenne : des Communautés économiques à l'Union politique*, Montchrestien, Paris, 2005; BIZAGUET, A y L'EUROPE, 25 pays, une histoire, Ed. Librio, Paris, 2004.

⁷ Lista de países ver Consejo de Europa, *Estados miembros*, (disponible en Internet): http://www.coe.int/T/ES/Com/About_Coe/Member_states/default.asp y, sobre los criterios de admisión de los Estados. Ver: GELIN, E., "Les critères d'admission des nouveaux états indépendants au Conseil de l'Europe", *Revue International de Droit Comparé (RIDC)*, 1996, p. 339.

⁸ FIGUERUELO BURRIEZA, A., "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Marco de la Unión Europea" [en línea], *Revista Letras Jurídicas -RLJ- (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, núm. 3)*, disponible en Internet: <http://www.letrasjuridicas.com/>, ISSN 1665-1529.

la consolidación de una Europa unida y democrática, no obstante las grandes dificultades de integración que se vive por el momento en el continente.⁹

Por otra parte, debemos remarcar que México ocupa un lugar importante dentro del concierto de naciones pertenecientes al Consejo de Europa, ya que como “Estado democrático y respetuoso de los derechos humanos”¹⁰ fue invitado en 1999 a formar parte de los 5 países observadores permanentes dentro del Comité de Ministros¹¹ y la Asamblea Parlamentaria. Dicha permanencia le permite a México participar y trabajar en los acuerdos, tratados y convenios llevados en el seno del Consejo, los cuales pueden ser firmados (Convenio penal sobre la corrupción) y aprobados (Convenio europeo en el dominio de la información del derecho extranjero, así como su protocolo). Sin embargo, la divulgación por parte de las autoridades mexicanas de los trabajos realizados por la delegación o las recomendaciones contra México por parte del Consejo de Europa es prácticamente inexistente.¹²

La misión del Consejo de Europa es “salvaguardar y promover los ideales que son el patrimonio común de los Estados miembros”. Esta organización tiene dos funciones primordiales: la primera, es un foro de gran utilidad para la discusión de las dificultades y los proyectos de Europa; la segunda (la más importante), se erige como un verdadero laboratorio de creación de convenios, y bajo su auspicio se han negociado alrededor de 150 convenios europeos,¹³ concluidas por unanimidad en el Comité de Ministros y abiertas a la ratificación por parte de los Estados miembros.

⁹ A raíz del rechazo por Francia y los Países Bajos del Tratado que establecía la Constitución europea y la poca voluntad de integrar a Turquía en el seno de la Unión, los países miembros no han encontrado una solución política para continuar la integración de una Unión política y social.

¹⁰ Del mismo modo, países como China, Rusia o Arabia Saudita (entre otros), son observadores en el sistema de protección interamericano de derechos humanos (Carta de la Organización de los Estados Americanos). En dichos países, la violación de los derechos humanos se ha considerado como crítica y sin avance en la materia. Al respecto consultar: *Derechos en el mundo*, disponible en Internet: <http://www.derechos.org/ddhh/mundo.html>.

¹¹ “Le statut d’observateur auprès du Conseil de l’Europe à tout État désireux de coopérer avec l’Organisation qui est prêt à accepter les principes de la démocratie, de la prééminence du droit et du respect des droits de l’homme et des libertés fondamentales pour toute personne placée sous sa juridiction...”, Comité de Ministros, resolución del 14 de mayo de 1993, la cual estipula la aceptación de un país observador : (disponible en Internet), <http://www.coe.int/>

¹² Respecto a la recomendación 1709 (2005) de la Asamblea Parlamentaria (Consejo de Europa), la cual trata de la desaparición y asesinato de mujeres y niñas en México. Para mayor información consultar la página electrónica de *Amnistía Internacional* (disponible en Internet): <http://www.es.amnesty.org/nomasviolencia/sabermas27consejo.php>.

¹³ Cfr. ROLLAND, P. y TAVERNIER, P. *La protection internationale des droits de l’homme (Textes)*, PUF (colección que sais-je?), Vendôme, 1989, pp. 78-106.

humanos: El caso de Francia y México

La obra mayor del Consejo de Europa es el Convenio europeo de Derechos Humanos,¹⁴ firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. Efectivamente, el interés del CEDH es de establecer mecanismos de control y sanción, que permitan, bajo ciertas condiciones, a los individuos ser sujetos directos del derecho internacional. El Convenio establece un control supranacional eficaz de los actos y órganos de los países miembros que, en gran medida, son las personas privadas quienes acuden en busca de justicia. Por consiguiente, las disposiciones del CEDH pueden ser invocadas ante las jurisdicciones nacionales de los Estados firmantes del Convenio (aplicación directa),¹⁵ ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo; y ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo (TJCE).¹⁶ Los Estados firmantes se comprometen al reconocimiento de toda persona física o moral (sin condición de nacionalidad) dependiendo de su jurisdicción, de los derechos inscritos en el CEDH o sus protocolos.

El CEDH, en sí mismo, a excepción de los protocolos adicionales, no es muy extenso. Sólo consagra los derechos clásicos, mencionados de forma general. La manera de interpretación por el juez, depende del grado de libertad en la reglamentación interna de cada país. Ciertos artículos ataúnen a simples prohibiciones (derecho a la vida, prohibición de la tortura, de la esclavitud y del trabajo forzado, no retroactividad de la ley penal), por consiguiente, las autoridades nacionales no disponen de ninguna competencia discrecional para permitir derogaciones (artículo 15, § 2 CEDH). La parte con mayor precisión y mejor desarrollada del Convenio corresponde a la libertad y la seguridad (art. 5 CEDH), además el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH).¹⁷ Los otros

¹⁴ En él se definen los derechos y libertades que los Estados miembros se comprometen a garantizar a toda persona que pertenezca a su jurisdicción (entre ellos, el derecho a la vida, la protección contra la tortura y tratos inhumanos, la libertad y la seguridad, un juicio justo, respeto de la vida privada y familiar, respeto de la correspondencia, la libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia y de religión). Posteriormente, diversos protocolos han añadido otros derechos a los ya reconocidos en el Convenio. *Ibidem.*, p.79.

¹⁵ RODRÍGUEZ, A. "Los efectos internos de las resoluciones del tribunal europeo de derechos humanos y la vinculación del juez español a su jurisprudencia" [en línea], *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8-9, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=trcons&n=8>, ISSN 1139-5583.

¹⁶ Respecto al control del TJCE ver: DÍEZ-PICAZO, L.M., "La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos" [en línea], *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=trcons&n=15>, ISSN 1139-5583.

¹⁷ El artículo 6 CEDH representa una parte importante del estudio doctrinal de la CEDH, ya que integra una parte importante (60%) de los recursos por violación de derechos humanos miembros del CEDH. SUDRE, F., *Droit européen et international de l'homme*, 6^a ed., PUF, Vendôme, 2003, p. 518.

¹⁷ Cfr. DEVILLIERS, M. (director), *Droit public général*, Litec, Paris, 2002, p. 1339.

derechos son proclamados de manera general (artículos 8 al 11 CEDH), al igual que los motivos de las limitaciones del mismo, las cuales fueron cuidadosamente estipuladas: las derogaciones en caso de urgencia (art. 15 CEDH), la prohibición del abuso del derecho (art. 17 CEDH) y la posibilidad de reservas (art. 57 CEDH). Los derechos protegidos han sido en parte desarrollados por los protocolos adicionales al CEDH, asimismo por la jurisprudencia del TEDH, que ha desempeñado un papel muy importante en el desarrollo de ciertos aspectos del contenido del Convenio, adaptando esos derechos a las evoluciones contemporáneas.

Dentro del estudio de los mecanismos de control y de sanción instituidos por el CEDH que aseguran el respeto de los derechos garantizados, dividido en dos periodos: el sistema inicial que funcionaba de 1953 hasta el año de 1998.¹⁸ El mecanismo inicial contaba un organismo denominado Comisión europea de derechos humanos (realizaba funciones de tribunal de primera instancia), y la cual pedía la intervención del TEDH en caso de confirmación de la violación de derechos humanos (como sucede actualmente en el sistema interamericano). El nuevo mecanismo, instaurado por el Protocolo adicional N° 11 (entró en vigor el 1 de noviembre de 1998), introduce el derecho al recurso individual, trasformando el TEDH en un tribunal de primera y única instancia. A pesar de las modificaciones que introduce el Protocolo N° 11, se continúa haciendo uso de la aplicación de la regla fundamental del agotamiento previo de las vías de recursos internos, es decir, antes de llevar el asunto ante los órganos estipulados por el CEDH, la persona afectada, tiene la obligación de agotar las jurisdicciones nacionales competentes (Art. 35, § 1 CEDH), convirtiéndose en una condición necesaria para la admisión del recurso individual ante el Tribunal de Estrasburgo.

2.- El TEDH: Control jurisdiccional de los derechos humanos

El TEDH¹⁹ tiene su sede en Estrasburgo desde la fecha de su creación (21 de enero de 1959). El TEDH es la institución fundamental del control y vigilancia supranacional de la aplicación del CEDH. Se trata de una jurisdicción internacional compuesta de un número de jueces iguales a cada Alta Parte Contratante del CEDH (art. 20), elegidos por un periodo de seis años y con posibilidad de reelección (art. 23 CEDH). Cada elección es realizada por la Asamblea

¹⁷ MARGUENAUD, J.P., *La Cour Européenne des droits de l'homme*, 3^a ed., Dalloz, Paris, pp. 5-32.ante el TEDH y ha puesto en evidencia el mal funcionamiento de las legislaciones internas de los países miembros del CEDH. SUDRE, F., *Droit européen et international de l'homme*, 6^a ed., PUF, Vendôme, 2003, p. 518.

¹⁸ Cfr. DEVILLIERS, M. (director), *Droit public général*, Litec, Paris, 2002, p. 1339.

¹⁹ MARGUENAUD, J.P., *La Cour Européenne des droits de l'homme*, 3^a ed., Dalloz, Paris, pp. 5-32.

humanos: El caso de Francia y México

Parlamentaria del Consejo de Europa, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos, los cuales deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir los requisitos para el ejercicio de las altas funciones judiciales o ser jurisconsultos con competencias notorias en la materia. Una lista es presentada por cada Estado miembro del Consejo de Europa.

Hay dos funciones que realiza el TEDH: la de consultación (art. 47 CEDH), y la más importante, la función contenciosa.²⁰ El TEDH emite fallos, provistos de fuerza obligatoria (art. 46 CEDH), sobre las cuestiones de violación de derechos humanos garantizados por la CEDH o sus Protocolos (que lo han completado desde 1952) contra los Estados partes del Convenio. Hasta la fecha, dicho Tribunal ha emitido más de 5500 sentencias, frecuentemente enriquecidas por la variedad de opiniones separadas, disidentes, concordantes o anexas de los jueces minoritarios. Debemos precisar que, desde el inicio del decenio, el TEDH pronuncia diez veces más sentencias que durante sus primeros veinticinco cinco años de funcionamiento, lo cual nos proporciona una idea del crecimiento de su influencia en el orden europeo.

El Protocolo N° 11²¹ de 1998 al CEDH reestructura el mecanismo establecido por el Convenio inicial. No se trata de un simple ajuste, sino de una reforma total.²² Así pues, el Tribunal queda compuesto de la siguiente manera: primero, la Asamblea plenaria, la cual tiene exclusivamente funciones de carácter administrativo (elegir presidente del Tribunal, constituir las Salas, adoptar el reglamento interior, etc.). Después, los Comités de Tres Jueces, su función es asegurar el filtrado de las demandas individuales, declarando unásimemente si la demanda amerita o no un examen de fondo. Dicha decisión es definitiva. Después se encuentran las Salas de Siete Jueces, elemento central del actual sistema, ellas examinan la admisibilidad de la demanda (excepto si el comité de Tres Jueces la ha declarado inadmisible). Las Salas establecen contradictoriamente los hechos y favorecen una solución extrajudicial, resolviendo el fondo del litigio. Finalmente existe una Gran Sala²³ de Diecisiete Jueces, la cual funciona como una jurisdicción de reenvío dentro del mismo Tribunal cuando existen dos hipótesis: Cuando una Sala se desiste a favor de la Gran Sala porque el asunto plantea un problema grave de interpretación de la CEDH o corre el riesgo de llevar a una solución contraria a

²⁰ SUDRE, F., *op. cit.*, p. 506.

²¹ CALLEWAERT, J., "La Cour européenne des droits de l'homme", un an après le Protocole nûm. 11, *Journaux des tribunaux. Droit Européen*, núm. 63, 1999, p. 201.

²² VALTICOS, N., *Quels juges pour la prochain Cour européenne des droits de l'homme ? M.A. Eissen*, Bruylant, Mélanges, Paris, 1995, p. 414.

²³ MARGUÉNAUD, P. *op. cit.*, p. 23.

la jurisprudencia establecida. Asimismo la Gran Sala tiene competencia de plena jurisdicción y sus decisiones no pueden ser recurridas.

El control supranacional de la aplicación del CEDH y de sus protocolos complementarios puede llevarse a cabo por la interposición de demandas por parte de los Estados miembros y mediante demandas individuales. Investidos de un verdadero rol de acusadores públicos, los Estados pueden pedir la intervención del TEDH (art. 33 CEDH) cuando se constate el incumplimiento por parte de otro Estado de lo estipulado en el CEDH, sin existir un atentado a sus propios intereses personales o directos.²⁴ Sin embargo, los recursos individuales,²⁵ los cuales en la práctica son mucho más numerosos, representan la originalidad del sistema de protección europea, respecto a otros mecanismos regionales de protección de derechos del hombre.²⁶

El derecho al recurso individual ante el TEDH es abierto, de pleno derecho, es decir, no se encuentra subordinado a declaraciones facultativas de los Estados, tal y como sucedía antes de la entrada en vigor del Protocolo 11,²⁷ además constituye la principal innovación del CEDH en la medida en que proporciona al individuo el derecho de acción directa ante un órgano internacional de control jurisdiccional, convirtiéndose en un dispositivo esencial para la eficacia del sistema establecido en el Convenio. El Tribunal ha declarado al recurso individual como “la pieza clave del mecanismo de salvaguarda garantizado por el CEDH”.²⁸

El proceso es gratuito, acompañado de la asistencia judicial otorgada por el mismo TEDH. El artículo 34 del Convenio establece que todo individuo puede llevar un asunto directamente ante el Tribunal que “podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación”. Por persona física, el Convenio no establece condiciones relativas a la nacionalidad, residencia, estado civil o la capacidad del individuo. Dicho de otra manera, la protección del Convenio puede ser invocada contra un Estado parte, no solamente por sus nacionales, sino por cualquier ciudadano perteneciente a otro Estado parte o tercero al Convenio, por los refugiados y los apátridas, cuando la violación ha tenido lugar en los límites de la jurisdicción del Estado parte del CEDH; ejemplo: 37% de las demandas

²⁴ Sentencia TEDH: *Austria c/ Italia*, 11 enero de 1961; *Irlanda c/ Reino Unido*, 18 de enero de 1978; y *Francia y otros países c/ Turquía*, 6 de diciembre de 1983.

²⁵ Cfr. SOYER, J.C. y DE SALVIA, M., *Le recours individuel supranational. Mode d'emploi*, LGDJ, 1992.

²⁶ En particular la Convención Americana y la Carta Africana sobre los derechos humanos, BURBAN, J.L., *op. cit.*, p. 89.

²⁷ DEVILLIERS, M. (director), *op. cit.*, p. 1440-1442.

²⁸ Sentencia TEDH: *Mamatkulov y Abdurasulovic c/ Turquía*, 6 de febrero 2003, §106.

humanos: El caso de Francia y México

registradas contra Francia entre 1981 y 1992 fueron interpuestas por extranjeros. La organización no gubernamental (expresión bastante ambigua), no debe de ser interpretada en el sentido internacional del término, *a contrario*, excluyendo “toda organización gubernamental” las cuales tienen protegidos sus derechos por el artículo 33. De esta forma, el TEDH reconoce el derecho de interponer recurso individual a las personas morales con fines lucrativos y no lucrativos: sociedades comerciales, sindicatos, organizaciones religiosas, partidos políticos, asociaciones con fines sociales o de caridad, pueblos de grupos minoritarios, y toda persona moral de derecho público sin ejercicio de prerrogativas del poder público y que disponen de autonomía completa frente al Estado. La organización no gubernamental se encuentra habilitada para llevar asuntos ante el Tribunal, a condición que sea ella misma la víctima de una violación del CEDH. Finalmente, el grupo de particulares es considerado como toda asociación informal, normalmente temporal, de dos o más personas que comparten un interés idéntico, presentándose como víctimas de una violación de la Convención en su contra; ejemplo: el recurso interpuesto por un grupo de habitantes de las localidades belgas respecto a un “litigio lingüístico belga”.²⁹

Ante esta perspectiva original del recurso individual, una vez terminado el proceso mediante sentencia pronunciada por el TEDH, ésta debe integrarse al orden jurídico de los Estados miembros. Particularmente en Francia, el proceso de asimilación e integración de las decisiones del Tribunal no ha sido fácil, ya que existen bastantes reticencias por el juez nacional y las autoridades gubernamentales, quienes difícilmente aceptan que un órgano supranacional de derecho internacional ponga en duda el funcionamiento del “prestigiado” orden jurídico francés.³⁰

B) Francia y el CEDH

Paradójicamente, Francia, “patria de los derechos humanos,”³¹ miembro fundador del Consejo de Europa, signatario en 1950 de un CEDH, al cual contribuyó en gran medida, no se convirtió en miembro del sistema de protección europeo hasta mucho tiempo después. Así, en 1974 fue ratificado el Convenio por el Estado francés, y en 1981 acepta la adhesión al antiguo procedimiento que permite interponer el recurso individual directamente ante la Comisión Europea³² (ya desaparecida y remplazada por el Tribunal único). La adhesión francesa fue acompañada de tres reservas (exclusión del régimen militar, monopolio de radio y

²⁹ Sentencia TEDH, 23 de julio de 1968.

³⁰ MARGUÉNAUD, P., *op. cit.*, pp. 125-143.

³¹ LEBÉDEL, C., *Histoire de la France (des origines à nos jours)*, Ed. Ouest-France, pp. 20-31.

³² DEVILLIERS, M. (director), *op. cit.*, p.1441.

televisión, y competencia de la facultad discrecional del jefe de Estado cuando la utilizaba para interpretar el Convenio), que con el paso del tiempo, y la misma evolución del sistema político y jurídico, se han eliminado dichas reservas.

Desde 1986,³³ las insuficiencias del derecho interno francés han sido objeto de diversas sanciones por parte del TEDH. Entre las sentencias más relevantes contra Francia se encuentran aquellas que estipulan una duración excesiva de los procedimientos civiles, penales y administrativos;³⁴ este tipo de constataciones revisten una particularidad en cada asunto, por lo tanto es difícil de llegar a una conclusión jurisprudencial generalizada,³⁵ sin embargo han sido de un peso importante, y han puesto en duda el sistema jurídico francés, hasta entonces considerado como un ejemplo a seguir. Gran parte de las decisiones son concernientes a los problemas de detención preventiva, y su constatación depende de cada asunto, puesto que, no es la legislación la que se pone en contradicho, sino el uso particular (y accesoriamente) que hace cada magistrado de la detención preventiva. En otros casos, el Tribunal pone en duda de manera indirecta, pero cierta, el derecho interno,³⁶ por ejemplo, en materia de transexualismo, las jurisdicciones francesas negaron por mucho tiempo el acuerdo de rectificación del estado civil, lo que permitiría a los transexuales librarse de las indiscreciones que pudieran dañar su vida privada, social y profesional. En la sentencia del 25 de marzo de 1992 (*B c/ Francia*), el TEDH sanciona por la violación del artículo 8 del CEDH (respeto a la vida privada y familiar), indicando que el país defensor (Francia) disponía de “una gran cantidad de medios” para remediar la situación. Francia rectificó su posición al respecto, y ahora admite que el estado civil indique el nuevo sexo de la persona. Asimismo, el Consejo Constitucional³⁷ (órgano encargado de asegurar la primacía efectiva de la Constitución francesa) no ha

³³ Fecha del primer asunto que condenaba al Estado francés, el cual fue juzgado por el Tribunal el 8 de diciembre de 1986, Sentencia TEDH *Bonzano*.

³⁴ HOSTIOU, R., “Le droit de l'expropriation au regard du droit au procès équitable”, *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2003, p. 2123.

³⁵ El sistema jurídico francés ha progresado en gran medida, gracias a la jurisprudencia emitida por los tribunales, y no por las reformas hechas a las leyes (tanto el derecho privado como el público, en razón del dualismo jurisdiccional). Ver: CAMBERO QUEZADA, G., “Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa” [en línea], *Revista jurídica electrónica del Centro Universitario de la Ciénega, Universidad de Guadalajara*, núm. 3, disponible en Internet: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/números/03/GCQ2006.pdf>, ISSN 1870-2155.

³⁶ Sentencia TEDH: *Kruslin et Huvig*, del 24 abril de 1990: Francia fue sentenciada, no por haber realizado escuchas telefónicas de carácter judicial, sino por no llevarlas a cabo dentro del marco de un “derecho escrito y no escrito, sin indicar con claridad los límites y modalidades del ejercicio de facultad de apreciación de las autoridades en el dominio concerniente”, y clarificado por el legislador con la ley del 10 de julio de 1991, la cual organiza de manera explícita el proceso para las escuchas telefónicas.

³⁷ Respecto del Consejo Constitucional. Ver : ROUSSILLON, H., *Le Conseil constitutionnel*, 5a ed., Dalloz, Paris, 2005.

humanos: El caso de Francia y México

ignorado la jurisprudencia europea, y la integra al orden jurídico interno, encubierta de principios constitucionales o de objetivos de valor constitucional.

Con todo lo anterior, no podemos menospreciar la influencia del sistema CEDH en el derecho francés, que de ser un medio subsidiario, el Convenio se ha convertido en el medio principal de solución de numerosas decisiones judiciales. Actualmente Francia es uno de los Estados con mayor número de demandas interpuestas ante el Tribunal de Estrasburgo (lo que contradice la tradición de respeto a los derechos humanos),³⁸ y ha obligado a la Corte de Casación y el Consejo de Estado hacer cambios en su jurisprudencia, permitiendo al juez nacional aplicar espontáneamente el derecho de la CEDH. De la misma manera, la jurisprudencia del TEDH llevó a las autoridades francesas a modificar algunos textos legales o su propia jurisprudencia para actualizarla conforme al Convenio. La jurisprudencia del TEDH marca profunda y durablemente el orden jurídico francés, por lo que no deja de sorprender que el TEDH califique al Convenio Europeo de derechos humanos como “instrumento constitucional de orden público” (sentencia *Loizidou c/ Turquía*, 23 de marzo de 1995), instrumento que cada día se afirma en el marco de la protección de los derechos humanos en Europa. La jurisprudencia europea acerca de los derechos del hombre ha creado un movimiento de armonización general de la norma europea y de las normas internas de los Estados partes, concurriendo a la formación de un derecho común europeo de derechos humanos, aunado a la voluntad del juez (europeo y nacional), los gobernantes y el legislador. Por el contrario, el sistema de protección interamericano tiene muchos problemas para imponerse en el orden jurídico interno de los Estados miembros (particularmente en México) en el marco de la Convención Americana sobre derechos humanos³⁹ del 22 de noviembre de 1969.

³⁸ Existe un reporte del Consejo de Europa en el cual se hacen recomendaciones respecto de la situación crítica de los derechos humanos en Francia, entre las cuales destacan: la situación de los detenidos en las prisiones carentes de mantenimiento, sobrepoblación crónica en las mismas, comportamiento severo y brutalidad de los policías, (lo que lleva a un sentimiento de impunidad y ha propiciado un aumento de quejas en su contra hasta un 34% en 2004); de igual manera en el tratamiento de los extranjeros en situación irregular considerado contrario a la dignidad humana. Diario *Le Monde*, 12 febrero de 2006.

³⁹ CANÇADO TRINDADE, A., “Le système interaméricain de protection des droits de l’homme: état actuel et perspectives d’évolution à l’aube du XXe siècle”, *Annuaire Française de droit international* (AFDI), 2000, p. 568.

II. El orden jurídico Interamericano y México

El continente americano representa el segundo ejemplo de regionalización de los derechos humanos⁴⁰ dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la cooperación interamericana, teniendo como resultado la creación de un mecanismo de protección complejo (donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- cumple la función jurisdiccional), y el cual ha sido inspirado en gran medida del sistema europeo (A). Sin embargo, la calidad del discurso de la proclamación de protección interamericana contrasta singularmente con la situación real de los derechos humanos en América Latina, y en particular, en México (B).

A) CADH: Un sistema complejo de eficacia limitada

La CADH o “Pacto de San José” fue adoptado en 1969 por los Estados miembros de la OEA en San José, Costa Rica, y entró en vigor el 18 de julio de 1978 una vez realizado el depósito del instrumento de ratificación por parte de once Estados miembros previsto por el artículo 74 § 2.⁴¹ La Convención Americana refleja la misma inspiración ideológica que el CEDH, pero enriquecida en ciertos puntos respecto a la europea, teniendo en consideración la evolución de los conceptos durante 30 años.⁴² El Preámbulo afirma que *“derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”* y que un régimen de libertad individual y de justicia social sólo pueden llevarse a cabo en el marco de instituciones democráticas. Los derechos proclamados son similares al CEDH: un instrumento único trata sobre los derechos civiles y políticos (art. 23) y los derechos económicos y culturales (sólo un artículo); los deberes de la persona son prácticamente inexistentes.

Además, para la instauración de los mecanismos jurídicos de protección, se toma el ejemplo de la estructura del CEDH: una Comisión y una Corte

⁴⁰ MARTÍ CAPITANACHI, L. C., “Los Derechos Humanos en América Latina” [en línea], *RLJ*, núm. 1, disponible en Internet: <http://www.letrasjuridicas.com/>, ISSN 1665-1529.

⁴¹ Hasta el momento únicamente 24 Estados de los 33 previstos por la Convención han hecho el depósito de la adhesión a la misma. Destacamos la ausencia de los Estados Unidos de América a pesar de haber firmado la CADH el 1 de junio de 1977. Lista de países en OEA, *Convención Americana de los derechos humanos*, (disponible en Internet) <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.

⁴² El Convenio europeo aborda implícitamente la prohibición de la pena de muerte, mientras que la interamericana la consagra en el artículo 4§2, e inclusive prohíbe su restablecimiento en los Estados en los cuales ha sido abolida. El artículo 15 del Convenio europeo sobre las derogaciones en caso de guerra o estado de urgencia fue tomado literalmente por el artículo 27 de la CADH.

humanos: El caso de Francia y México

Interamericana de derechos humanos. La Comisión,⁴³ con la entrada en vigor de la CADH, se convirtió en uno de los órganos de la Convención. Ella tiene funciones de promoción (recomendaciones, estudios y reportes), y la protección de los derechos humanos. En este sentido, las personas afectadas por la violación de la CADH por alguno de los Estados miembros, pueden recurrir a la Comisión en busca de justicia (art. 44 de la Convención). A diferencia del actual orden jurídico de protección europeo (Tribunal único), el sistema interamericano no contempla un recurso individual directamente ante la jurisdicción internacional competente (la CIDH), sin embargo, recurriendo a la Comisión mediante demandas individuales, y después de un procedimiento complejo,⁴⁴ se obtiene una sentencia obligatoria, con la autoridad de cosa juzgada. La CIDH solo recibe los recursos por parte la Comisión o un Estado parte (art. 61), pero su competencia se encuentra subordinada a la aceptación previa del Estado (art. 62§2), es decir, la ratificación de la CADH, no conlleva *ipso facto* al reconocimiento obligatorio de la jurisdicción de la Corte,⁴⁵ ni el reconocimiento de la cláusula concerniente a los recursos interpuestos por los Estados miembros. Desde 1960, en la práctica la Comisión ha tenido una actividad muy importante. Ella ha resuelto cientos de "juicios" (decisiones) en contra de los Estados, después de haber recibido miles de peticiones.⁴⁶ En contra parte, la CIDH⁴⁷ (a pesar de funcionar desde 1979) ha intervenido en un número limitado de asuntos. La Corte es designada por el artículo 33 de la CADH como "*uno de los dos órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención*". Al igual que la TEDH, la CIDH se instituye como un órgano creado por un texto de vocación regional encargado del control y vigilancia del mismo texto.⁴⁸ La CIDH dictó su primera sentencia de fondo el 29 de julio de 1988⁴⁹ y ha venido desarrollando una jurisprudencia⁵⁰ en el sentido de condenar a

⁴³ SEPÚLVEDA, C., "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Un cuarto de siglo de evolución y de esfuerzos", [en línea], *Boletín Mexicano de derecho comparado* (BMDC), núm.56, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=56>, ISSN 0041 8633.

⁴⁴ Cfr. SANTOSCOY, B., *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système de pétitions individuelles*, PUF, Suiza, pp. 51-114.

⁴⁵ Hasta el momento sólo 20 Estados han reconocido la competencia de la CIDH.

⁴⁶ *Idem.*, p. 73.

⁴⁷ CERNA, C. M., "Questions générales de droit international examinées par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *AFDI*, 1996, p. 717.

⁴⁸ GROSS ESPIELL, H., "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", [en línea], *BMDC*, núm. 56, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=56>, ISSN 0041 8633.

⁴⁹ Sentencia CIDH: *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, en la cual se declara culpable al gobierno de Honduras responsable de la violación de derechos humanos y es condenado al pago de una indemnización a la familia de la víctima. *Idem.*, p. 737.

los Estados, no únicamente a la reparación del daño causado, sino también al reconocimiento de minorías y protección de las mismas mediante el establecimiento de servicios sociales para las mismas.⁵¹

A pesar de estar inspirado en gran medida del sistema europeo, el orden jurídico interamericano tiene grandes diferencias con aquél, y que son las causas de su propia limitación. En el derecho europeo de derechos humanos existe la voluntad por parte del TEDH de elaborar un orden jurídico autónomo.⁵² El derecho interamericano, sin duda alguna, a causa del poco tiempo del funcionamiento de la jurisdicción de la CIDH, la cual no ha logrado imponer su competencia (en algunos casos su existencia) a los Estados partes de la Convención interamericana, adopta una posición muy conservadora respecto a la interpretación del texto de 1969 dentro del marco del derecho internacional general. Por lo que podemos comprobar una fuerte dependencia del contencioso de protección de derechos humanos en relación a las reglas de fondo del contencioso internacional general. Deducimos de tal constatación que, la CADH necesita un verdadero acondicionamiento de los principios generales del derecho internacional.

Además, la CIDH utiliza en gran medida la interpretación jurisprudencial emanada del Tribunal europeo en diferentes niveles. En cuanto el plan material, concerniente a la interpretación de algunos derechos, la Corte Interamericana hace uso de las sentencias europeas para dar la solución al caso concreto que se le presenta. Además, la CIDH hace uso instintivamente (antes de proponer una solución propia) del derecho europeo de derechos humanos cuando ha interpretado disposiciones de la CADH.⁵³ La Corte procede de esta manera en el asunto *Castillo Petrucci*, cuando se trata de interpretar el artículo 7§5 de la Convención (derecho a ser juzgado en un plazo razonable), la Corte hace uso de la sentencia del TEDH *Brogan y otros c/ Reino Unido*.⁵⁴ Además, ha recurrido a la jurisprudencia europea cuando se ha invocado el derecho a la defensa de contrainterrogatorio a un testigo en el marco del procedimiento penal, o el derecho de la persona a estar presente un plazo breve frente a un magistrado después de su arresto.⁵⁵ También lo ha hecho para la aceptación parcial de su competencia

⁵⁰ FRUMER, P., "Entre tradition et créativité juridiques: la jurisprudence de la CIDH", *Revue belge de droit international*, 1995-2, p.523.

⁵¹ PINTO, M., "La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme (A propos de l'arrêt Aloëboetoe)", AFDI, 1996, p. 741.

⁵² SUDRE, F., *op. cit.*, p. 135.

⁵³ Sentencia CIDH: *Villagran Morales y otros c/ Guatemala*, 19 de noviembre de 1999.

⁵⁴ Sentencia CIDH: *Castillo Petruzi y otros c/ Perú*, 30 de mayo de 1999.

⁵⁵ *Idem.*, §54 y §135 (reenvío sentencia del TEDH, *Barbera Mességué y Jobardo c/ España*, 16 de septiembre de 1988).

humanos: El caso de Francia y México

(reenvío a la sentencia TEDH *Loizidois c/ Turquia*). En el sistema europeo, los Estados partes deben de conformarse a las sentencias definitivas del TEDH (art. 46§1 CEDH), y la ejecución es seguida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 46§2), esto significa: *a)* que no existe el deber de “restitución” en el marco del derecho interno del Estado condenado, *b)* la indemnización consiste en la “satisfacción equitativa” que el Tribunal europeo acuerda al demandante; y *c)* la ejecución de la sentencia es objeto una vigilancia activa por parte de un órgano político internacional (Comité de Ministros) y, para prevenir las futuras violaciones, puede pedir al Estado modificar su legislación. Por el contrario, el artículo 63§1 de la CADH es diferente. El artículo dispone que en caso de violación de la Convención, la CIDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; también puede ordenar que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una “justa indemnización” (*fair compensation*) a la parte lesionada,⁵⁶ independientemente de la insuficiencia o imperfecciones de derecho interno para eliminar las consecuencias del daño causado.⁵⁷ Además, en la Convención americana no existe mecanismo alguno que vigile la ejecución de las sentencias (a diferencia del CEDH). El artículo 65 de la CADH ordena a la CIDH someter a consideración de la Asamblea General de la OEA en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior, con lo cual, la CIDH de manera especial y con las “recomendaciones pertinentes”, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Por lo tanto, es la propia CIDH que asegura (con muchas dificultades) el cumplimiento de sus sentencias.⁵⁸

En la versión actual de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, sólo la Comisión se encuentra facultada para llevar a cabo los objetivos mencionados en la Carta (art. 53 -e) y la Corte pertenece a la categoría de “órganos subsidiarios, organismo y otras instituciones” (art. 53§2 de la Carta). De la misma manera, la Carta sólo hace referencia a la Comisión como una institución que tiene por “función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. Por lo tanto, la existencia de la Corte, sólo es evocada de manera residual e indirecta, ya que el mismo artículo menciona “una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como de los otros órganos encargados de esa materia”. El

⁵⁶ PINTO, M., *op. cit.*, p. 733.

⁵⁷ Contrario al TEDH, en la cual la reparación es subsidiaria al derecho interno. Ver sentencia *Piersack. c/ Bélgica*, 26 de octubre de 1984.

⁵⁸ TIGOUDJA, H., “L’autonomie du droit applicable par la CIDH: En marge d’arrêts et avis consultatifs récentes”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme (RTDH)*, núm. 49, Janvier 2002, p. 96.

hecho de reconocer verdaderamente el *locus standi* de las víctimas, o de sus representantes, en los asuntos sometidos a la consideración de la Corte, contribuirá a convertir en jurisdiccional, el mecanismo de protección, lo cual pondrá fin a la ambigüedad de la función de la Comisión, que propiamente dicho, no es parte en el proceso, sino más bien es el guardián de la aplicación correcta de la CADH. Sin duda alguna, es urgente realizar una modificación a los dos dispositivos antes mencionados, ya que las últimas reformas del año 2001 al Reglamento de la Corte Interamericana no fueron suficientes para consolidar dicho mecanismo, y el cual ha tenido muchos problemas para imponer su existencia, tal es el caso de México.

B) México: un orden jurídico ideal para el desarrollo de la jurisprudencia de la CIDH

Contrario a Francia, México aun no ha sido condenado (por el momento) por parte de la CIDH. Esto debido al atraso en la aceptación de la jurisdicción obligatoria de dicho tribunal, la cual no fue aceptada sino hasta el año de 1998, es decir casi 30 años después de la aprobación de la CADH. Sin embargo, dicha decisión no puede pasarse por alto, ya que dicho instrumento permite la “*consolidación de las garantías para los mexicanos y un instrumento de especial valor para el tránsito hacia una sociedad cada vez más democrática, abierta y respetuosa de los derechos inalienables de todos sus integrantes*”.⁵⁹ Sin embargo, lo anterior lo podemos relativizar, puesto que la influencia de la CIDH ha sido bastante limitada.

Al aceptar México la jurisdicción obligatoria de la CIDH, se suma al esfuerzo continental para establecer mecanismos independientes y confiables que velen por la dignidad de todos, los cuales consolidan los lazos de identidad con las naciones del hemisferio que se encuentran sujetas a la jurisdicción de la CIDH y se fortalece la inclinación interamericanista. Por otra parte, la presencia de México se ha visto reflejada por la representación de dos jueces que han destacado en su participación dentro de la creación jurisprudencial de la misma.⁶⁰ El problema reside en la poca publicidad que se otorga al mecanismo regional de protección de derechos humanos en nuestro país, que sin duda, no reemplaza a los mecanismos internos, por el contrario, reafirma y consolida lo construido al interior del mismo país. Asimismo, el conflicto interno entre la seguridad pública (que en ocasiones se declara contraria a la aspiración de protección de los derechos humanos) y la defensa de los individuos frente a lesión en sus derechos, hacen vulnerable la

⁵⁹ MORENO, C., “Reflexiones en torno a la situación actual de México en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en FIX-ZAMUDIO, H. (coordinador), *op. cit.* p. 73.

⁶⁰ RUIZ ÁVILA, E., “La política exterior de México en materia de derechos humanos”, *Idem.*, pp. 78-83.

humanos: El caso de Francia y México

implicación de la CIDH, en una nación que se ha caracterizado por su reticencia al respeto y protección de las garantías mínimas de los individuos.⁶¹

En cuanto a la jurisprudencia de la CIDH, no ha tenido influencia alguna dentro del orden jurídico mexicano. Únicamente se ha ventilado un caso contencioso finalizado,⁶² en el cual el Estado mexicano es exonerado de su culpabilidad gracias a la excepción preliminar interpuesta por México de *ratione temporis*. Por otra parte, México ha sometido a la consideración de la Corte dos opiniones consultivas,⁶³ y existen algunos casos por resolver en el seno de la CIDH.

Sin embargo, hay que precisar, que a pesar de la inexistente jurisprudencia de la Corte contra México, existe cierta influencia indirecta de la CADH y la CIDH, la cual se ha visto reflejada en la integración de leyes, tal es el caso de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE); la cual no fue concebida (en un principio) para las reparaciones que son objeto del “exceso de poder”⁶⁴ de la administración pública, sino para indemnizar en caso de responsabilidad patrimonial del Estado mexicano⁶⁵ surgida de una sentencia condenatoria dictada por la CIDH. La LFRPE⁶⁶ “tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufren daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado”. Concretamente, en la parte internacional la LFRPE estipula

⁶¹ Vemos como algunos estados de la nación mexicana practican la tortura como métodos “normales” para obtener información de los presuntos delincuentes, detenciones arbitrarias, censura a periodistas, ejecuciones o desapariciones de personas, etc. A pesar del trabajo desempeñado actualmente por las Comisiones de derechos humanos, quedan muchas cosas por efectuar, por ejemplo: dotarlas de fuerza jurídica en sus decisiones, así como pedir y vigilar la reparación del daño causado a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de las autoridades.

⁶² Sentencia CIDH: Alfonso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos, 03 de septiembre de 2004.

⁶³ CIDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. OC-16/99 del 1 de octubre de 1999; y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

⁶⁴ Término francés denominado “excès de pouvoir”, concebido por el derecho administrativo francés. Cfr. CAMBERO QUEZADA, G., *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ Para profundizar en el tema. Ver: CASTRO ESTRADA, A., *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ed. Porrúa, México, 2000; ZORRILLA MARTÍNEZ, P., “Responsabilidad patrimonial del Estado”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 29, 1999, p. 573; y QUIROZ RUIZ, S. Luz, “La responsabilidad del Estado en las tendencias recientes del nuevo federalismo”, [en línea], *RLJ*, núm. 6, disponible en Internet: <http://www.letrasjuridicas.com/>, ISSN 1665-1529.

⁶⁶ Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2004. En vigor desde el 1º de enero de 2005.

que “los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado Mexicano, en cuanto se refieran a pago de indemnizaciones”.⁶⁷ Dicho dispositivo jurídico integra de manera formal el reconocimiento de la CIDH y sus fallos en el orden jurídico mexicano. La misma ley, integra un mecanismo original de vigilancia para el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión o sentencias de la CIDH cuando estipula que: “la aceptación y cumplimiento de las recomendaciones a que se refiere el párrafo anterior, en su caso, deberá llevarse a cabo por el ente público federal que haya sido declarado responsable; lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de los fallos jurisdiccionales de reparación. Será la Secretaría de Relaciones Exteriores el conducto para informar de los cumplimientos respectivos, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según corresponda”.⁶⁸

Si bien la LFRPE no trata únicamente sobre la responsabilidad internacional, sí hace hincapié en la responsabilidad derivada de la violación de derechos humanos, y a pesar de que el texto legal es un gran avance en materia de protección de derechos humanos y responsabilidad del Estado, es ambiguo respecto a sentencias y resoluciones dictadas por otros organismos internacionales; ejemplo: Corte Internacional de Justicia, Órgano de resolución de controversias de la Organización Mundial de Comercio, los mecanismos previstos por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, etc. El juez mexicano, mediante su jurisprudencia, tendrá la obligación de esclarecer y ampliar las condiciones y usos de dicha ley cuando existan fallos de otros organismos de derecho público internacional distintos a la CIDH.

Sin duda alguna, los juristas mexicanos debemos estar atentos a las futuras sentencias en los asuntos contra México que se ventilan en este momento dentro de la CIDH, ya que nos corresponderá hacer el análisis de sus consecuencias y de los posibles arreglos en la legislación del país, tomando como referencia la experiencia del mecanismo de protección del viejo continente.

Consideraciones finales

El examen de las dos instituciones aquí presentado se ha limitado únicamente al sistema europeo e interamericano, sin tomar en cuenta la práctica del Comité establecido para la interpretación y la aplicación del Pacto de las Naciones Unidas

⁶⁷ Artículo 2 §2 de la LFRPE.

⁶⁸ Artículo 2 §3 de la LFRPE.

humanos: El caso de Francia y México

sobre los derechos civiles, políticos y culturales del 16 de diciembre de 1996,⁶⁹ ni aquella de la Comisión africana sobre los derechos del hombre y de los pueblos.⁷⁰ Por lo que se pretende estimular futuras investigaciones sobre el funcionamiento y consecuencias de la aplicación de dichos mecanismos en los países miembros de las instituciones antes mencionadas.

Por otra parte, y a pesar del trabajo jurisprudencial de la CIDH, el sistema interamericano de protección de derechos humanos se enfrenta a diversos retos, los cuales urgen tratar. Entre ellos se encuentran el reconocimiento formal de la calidad de “parte” dentro del procedimiento CIDH a favor de las peticiones individuales. Del mismo modo, convertir a la Corte en calidad de órgano permanente,⁷¹ lo cual le permitirá desarrollar un mejor trabajo jurisdiccional, tal y como sucede en el ámbito europeo.⁷² La CIDH, como jurisdicción relativamente “joven”, debe probar su credibilidad mediante la ratificación de la CADH por parte de todos los Estados miembros de la OEA, lo que tendría como consecuencia, el aumento de la contribución financiera para consolidar la eficacia y el mejor funcionamiento de los órganos de control. Asimismo, es necesario establecer un juez por cada Estado miembro perteneciente a la CADH. En el futuro, la Corte deberá de constituir una apuesta sólida de justicia, en particular para México, el cual ha mostrado ser un alumno mediocre en el respeto de sus compromisos regionales, y en la aceptación de la competencia de la CIDH.

Finalmente, la idea del fraccionamiento del derecho internacional no puede aplicarse a la protección de derechos humanos, ya que, como aquí lo hemos demostrado, dichos mecanismos son parte integral del derecho internacional y convencional, y han permitido al individuo acceder a la calidad de sujeto de derecho de las personas, contribuyendo a su emancipación internacional en otras materias, como la protección de inversiones o la jurisdicción penal internacional.

⁶⁹ Se trata del Comité de derechos del hombre establecido por la cuarta parte del Pacto.

⁷⁰ Comisión instituida por la segunda parte de la Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos del 27 de junio de 1981.

⁷¹ Cfr. VENTURA ROBLES, M., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente”, [en línea], *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 32-33, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=iidh>, ISSN 1015-5074.

⁷² CANÇADO TRINDADE, A., *op. cit.*, p. 573.

Bibliografía

- BIZAGUET, A y *L'EUROPE, 25 pays, une histoire*, Ed. Librio, Paris, 2004.
- BURBAN, J. L., *Le Conseil de l'Europe*, PUF (colección "que sais-je?"), Vendôme, 1996.
- CAFLISCH, L. y A., CANÇADO TRINDADE, "Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général", *Revue Général de Droit International Public*, núm. 108, 1-2004.
- CALLEWAERT, J., "La Cour européenne des droits de l'homme", un an après le Protocole n° 11, *Journaux des tribunaux. Droit Européen*, 1999, núm. 63.
- CAMBERO QUEZADA, G., "Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa" [en línea], *Revista jurídica electrónica del Centro Universitario de la Ciénega, Universidad de Guadalajara*, núm. 3, disponible en Internet: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/03/GCQ2006.pdf>, ISSN 1870-2155.
- CANÇADO TRINDADE, A., "Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXe siècle", *Annuaire Française de droit international (AFDI)*, 2000.
- CASTRO ESTRADA, A., *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ed. Porrúa, México, 2000.
- CERNA, C. M., "Questions générales de droit international examinées par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *AFDI*, 1996.
- DEVILLIERS, M. (director), *Droit public général*, Litec, Paris, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., "La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos" [en línea], *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=trcons&n=15>, ISSN 1139-5583.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Marco de la Unión Europea" [en línea], *Revista Letras Jurídicas -RLJ- (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana*, núm. 3), disponible en Internet: <http://www.letrasjuridicas.com/>, ISSN 1665-1529.
- FIX-ZAMUDIO, H. (coordinador), *México y las Declaraciones de Derechos Humanos*, UNAM, México, 1999.
- FRUMER, P., "Entre tradition et créativité juridiques: la jurisprudence de la CIDH", *Revue belge de droit international*, 1995-2.
- GELIN, E., "Les critères d'admission des nouveaux états indépendants au Conseil de l'Europe", *Revue International de Droit Comparé (RIDC)*, 1996.

Sistemas regionales de protección internacional de derechos

humanos: El caso de Francia y México

- GROSS ESPIELL, H., "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", [en línea], BMDC, núm. 56, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=56>, ISSN 0041 8633.
- _____, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", *Académie de droit international (recopilación de cursos de la Haya)*, 1976.
- HOSTIOU, R., "Le droit de l'expropriation au regard du droit au procès équitable", *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2003.
- LEBÉDEL, C., *Histoire de la France (des origines à nos jours)*, Ed. Ouest-France.
- MANGAS MARTÍN, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- MARGUENAUD, J.P., *La Cour Européenne des droits de l'homme*, 3^a ed., Dalloz, Paris.
- MARTÍ CAPITANACHI, L. C., "Los Derechos Humanos en América Latina" [en línea], *RLJ*, núm. 1, disponible en Internet: <http://www.letrasjuridicas.com/>, ISSN 1665-1529.
- MORENO, C., "Reflexiones en torno a la situación actual de México en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos", en FIX-ZAMUDIO, H. (coordinador).
- NIKKEN, P., "Le système interaméricain des droits de l'homme", *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 2, núm. 3, 1990.
- PINTO, M., "La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme (A propos de l'arrêt Aloboetoe)", *AFDI*, 1996.
- QUERMONNE, J-L., *Le système politique de l'Union européenne : des Communautés économiques à l'Union politique*, Montchrestien, Paris, 2005.
- QUIROZ RUIZ, S. Luz, "La responsabilidad del Estado en las tendencias recientes del nuevo federalismo", [en línea], *RLJ*, núm. 6, disponible en Internet: <http://www.letrasjuridicas.com/>, ISSN 1665-1529.
- RODRÍGUEZ, A., "Los efectos internos de las resoluciones del tribunal europeo de derechos humanos y la vinculación del juez español a su jurisprudencia" [en línea], *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8-9, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=trcons&n=8>, ISSN 1139-5583.
- ROLLAND. P. y TAVERNIER, P., *La protection internationale des droits de l'homme (Textes)*, PUF(colección que sais-je ?), Vendôme, 1989.
- ROUSSILLON, H., *Le Conseil constitutionnel*, 5 ed., Dalloz, Paris, 2005.
- RUIZ ÁVILA, E., "La política exterior de México en materia de derechos humanos"
- SANTOSCOY, B., *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système de pétitions individuelles*, PUF, Suiza.

- SEPÚLVEDA, C., "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Un cuarto de siglo de evolución y de empeños", [en línea], *Boletín Mexicano de derecho comparado (BMDC)*, núm. 56, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=56>, ISSN 0041 8633.
- SOYER, J.C. y DE SALVIA, M., *Le recours individuel supranational. Mode d'emploi*, LGDJ, 1992.
- SUDRE, F., *Droit européen et international de l'homme*, 6^a ed., PUF, Vendôme, 2003.
- TIGOUDJA, H., "L'autonomie du droit applicable par la CIDH : En marge d'arrêts et avis consultatifs récentes", *Revue Trimestrielle des droits de l'homme (RTDH)*, núm. 49, Janvier 2002.
- VALTICOS, N., *Quels juges pour la prochain Cour européenne des droits de l'homme ? M.A. Eissen*, Bruylant, Mélanges, Paris, 1995.
- VENTURA ROBLES, M., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente", [en línea], *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 32-33, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=iidh>, ISSN 1015-5074.
- ZORRILLA MARTÍNEZ, P., "Responsabilidad patrimonial del Estado", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 29, 1999.

Artículos

El derecho en el escenario global

Rebeca Elizabeth Contreras López*

Varios autores, *Memoria del Seminario Internacional de Derecho y Globalización, 1. Derecho y globalización, 2. Transformaciones jurídicas en la globalización,* Universidad Veracruzana-Universidad de Xalapa-CONACYT-Cultura de Veracruz, México, 2006.

El escenario global nos obliga a redimensionar nuestro quehacer como docentes e investigadores para reorientar la reflexión científica del estudio del Derecho. Ello nos llevó a realizar el Seminario Internacional de Derecho y Globalización en el mes de marzo del 2006, en la ciudad de Xalapa, Veracruz.

En ese momento un grupo de académicos de la Universidad Veracruzana nos reunimos para trabajar en el proyecto “Transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización”, con registro CONACYT 44642-S. El objetivo del proyecto y, en su momento del seminario, fue la reflexión multidisciplinar de las transformaciones del Derecho en el mundo global. Los libros que ahora reseño son el resultado del seminario de referencia que, por su nutrida participación, nos obligó a publicarlo en dos volúmenes.

El primero se denomina “Derecho y globalización” y contiene 36 ponencias que corresponden a las mesas de: escenarios convergentes en la globalización; contratos: tradición y globalización; el efecto jurídico, económico y financiero en el contexto de la globalización; y, trabajo y empresa: perspectivas globales.

El segundo es “Transformaciones jurídicas en la globalización”, contiene 31 ponencias, referidas a las mesas de: seguridad pública y crimen organizado en el escenario global; retos del Derecho Constitucional ante la globalización y, derechos humanos y globalización.

* Investigadora Nacional. Profesora de Derecho penal y metodología jurídica en la Universidad Veracruzana y en la Universidad de Xalapa. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Es interesante resaltar que la publicación de estos libros fue cofinanciada por tres instituciones de reconocido prestigio académico como son: el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, la Universidad Veracruzana y la Universidad de Xalapa. Ello demuestra que los proyectos científicos pueden acceder a fuentes de financiamiento externo, cuando están avalados por la trayectoria académica de sus miembros y el trabajo ordenado y responsable de sus integrantes.

En cada uno de estos volúmenes hay participaciones de académicos, funcionarios y operadores del Derecho de distintas partes del mundo, incluido por supuesto el ámbito regional. Ello nos ofrece un panorama amplio y rico en posibilidades, que encaminó la discusión final hacia las transformaciones significativas que ha sufrido el Derecho, en el contexto global. Y más aún, cómo ello ha influido en la configuración del Estado-nación y en la respuesta estatal y privada ante los retos globales.

Esta obra se enfoca, precisamente, a la discusión de aquello que representa los retos más acuciantes del nuevo siglo: democracia, ciudadanía, multiculturalismo, bioseguridad y calentamiento global. Las nuevas formas de contratación electrónica a la luz de la teoría del contrato. La necesidad de revisar los efectos económicos, financieros y fiscales en el escenario global. Las nuevas formas de organización empresarial que, sin duda, inciden en la reconfiguración de las relaciones laborales. Asimismo, se abordan temas tan apremiantes como la seguridad pública y el crimen organizado, los derechos humanos y los retos del derecho constitucional ante las dimensiones perversas de la globalización.

Los **escenarios convergentes en la globalización** presentan visiones multidisciplinares sobre temas diversos que se manifiestan en el escenario global y que son un reto intelectual y operativo. Ello redunda, por ejemplo, en cuestionamientos que relacionan a la globalización con la democracia y plantean si esta discusión puede resolverse exclusivamente en el ámbito local, poniendo como eje de discusión la definición de ciudadanía que, desde luego, nos lleva a considerar la necesaria discusión global del asunto.

En este sentido, se aborda la paradoja multicultural que pone énfasis en la identidad y los nuevos sujetos derivados de la migración, el Estado, la nación y los símbolos que le son inherentes. Se pone en evidencia que el cambio social global puede conducir a catástrofes inimaginables: nuclear, ambiental, financiera, criminal que hace indispensable su discusión.

Así, se nos ofrece el panorama de la globalización como un fenómeno eminentemente complejo que, en este momento histórico, nos da la posibilidad de tejer formas innovadoras de enfrentarla y que, entre muchas otras cosas, pone en

evidencia la incapacidad de las leyes de hacer frente a dicha complejidad. Es interesante la perspectiva de no ver esto como una crisis, sino como una serie de retos que nos ofrecen la posibilidad de consolidar instituciones y ciudadanos competentes para hacer frente a dicho escenario.

Los **contratos: tradición y globalización** son un referente de la formación misma de los abogados que, hasta la fecha, seguimos navegando entre el conocimiento tradicional, en ocasiones cerrado, y la necesidad de hacer frente a esos nuevos retos que ya están dados. Se parte de la confrontación entre dos sistemas jurídicos, fuertemente arraigados en el mundo: el latino y el anglosajón para poner en evidencia que el multiculturalismo es un viejo conocido del derecho.

La reflexión se centra en el contrato, desde su configuración en el derecho romano, hasta su necesaria revisión en el contexto global. El análisis se detiene en el principio de la autonomía de la voluntad, la integración contractual y, las reglas de origen en la compraventa internacional. Lo que lleva a un tema de importancia central sobre lo que sucede en las nuevas formas de contratación electrónica y que redunda en problemáticas que tienen que ver con los derechos intelectuales y la necesidad de su regulación global.

La globalización, sin duda, tiene **efectos jurídicos, económicos y financieros**, los que son abordados desde el derecho económico latinoamericano en donde el panorama pudiera ser desalentador en su necesidad de adherirse al libre comercio regional. En este sentido, surgen discusiones relacionadas a la regulación bancaria, la ayuda oficial para el desarrollo, la evasión fiscal, las relaciones fiscales intergubernamentales. La regulación aduanera de mercaderías, es otro tema de interés, que lleva a la reflexión sobre el ser y el deber ser económico de los Estados frente a la globalización.

En **trabajo y empresa: perspectivas globales**, encontramos referencias a cómo la mundialización económica modifica las relaciones de trabajo tanto individuales como colectivas; generando asimismo, nuevas formas de organización empresarial que modifican las estructuras tradicionales, con el consiguiente impacto en su regulación jurídica. Hay referencias concretas a los casos de España y México que también consideran a la seguridad social como uno de los grandes retos del futuro. Otros de los temas álgidos de que se ocupan los ponentes son el sindicalismo y la igualdad de géneros en las relaciones laborales, todo lo cual nos muestra la complejidad de las tendencias globales del trabajo y la empresa.

Las aportaciones en torno a **seguridad pública y crimen organizado en el escenario global** nos ofrecen una panorámica de las grandes líneas de discusión que van desde la respuesta del Estado a esta forma de criminalidad, hasta la

necesidad de fomentar la participación ciudadana y la atención a las víctimas. En este sentido, se alude a instrumentos globales de detención y entrega de posibles responsables de conductas ilícitas, de los retos que las variantes del crimen organizado representan para la procuración de justicia y la necesidad de atender fenómenos sociales como origen de dichos comportamientos delictivos, lo que necesariamente conduce a la prevención, como eje estratégico de las políticas públicas en esta materia. Un punto central en la discusión fue la disyuntiva entre derechos fundamentales de los involucrados en actos del crimen organizado y la necesidad de garantizar la seguridad pública, con especial referencia a los instrumentos procesales que se utilizan en México en la Ley Federal contra la delincuencia organizada.

Los **retos del derecho constitucional ante la globalización** se centran en las libertades en ámbitos no nacionales y en la reflexión sobre los cimientos del constitucionalismo tradicional, como son: democracia, Constitución, soberanía y sus límites en el orden internacional, así como la justicia federal en México. La importancia de los mecanismos de solución de controversias es otro de los temas de interés para la región del TLCAN, a la que México pertenece. Los ponentes ponen especial atención a la reflexión en torno a lo que es la globalización y las consecuencias que produce en las normativas constitucionales de los Estados y en su integración global, lo que presenta retos sustanciales para el derecho constitucional.

Finalmente, los **derechos humanos y la globalización** son un eje que permite cerrar esta obra en un asunto central: ¿Cómo puede el Derecho atender el reclamo social de respeto a los derechos humanos, en el contexto global? Se habla de la posibilidad de un derecho global que, desde luego, tiene un referente ineludible ante el multiculturalismo y la necesidad de respeto y tolerancia frente al “otro”. Surgen así visiones necesarias en torno al derecho ambiental, el derecho del consumo, la equidad de género, el urbanismo, la intimidad y la educación que son sólo algunos de los que esta discusión requiere.

Queda en evidencia que la globalización es un objeto de estudio complejo y polifacético que, unido a la ciencia jurídica, conduce a innumerables líneas de investigación que son abordadas, desde diversas perspectivas, por los ponentes de esta memoria y que permiten adentrarse en una reflexión ineludible, e inaplazable, para la sociedad global.

La construcción social de los derechos de la Tercera Edad

María del Rosario Huerta Lara*

RESUMEN: En México y en toda la región de América Latina, el tema de los derechos de las personas adultos mayores se ha insertado ampliamente en el discurso público. Empero, pese a la retórica y la grandilocuencia son escasas las acciones que manifiestan una igualdad real de oportunidades de las personas de la llamada tercera edad. No se reflejan en el establecimiento de políticas públicas que se requieren, ni en la aplicación de sanciones a quienes no cumplen las ya existentes, ni en la asignación de presupuestos; tampoco en acciones de educación y sensibilización a la sociedad en general.

Palabras claves: Derechos sociales, Derechos de la Tercera Edad, Igualdad de oportunidades.

SUMARIO: I. Los derechos de la tercera edad en el plano internacional, II. La situación de las personas de la tercera edad en México, III. Hacia una pensión universal para adultos mayores, Bibliografía.

ABSTRACT: In Mexico as well as in all Latin America, the issue of the rights for the elder has been widely added within the political speech. Nevertheless, in spite of all the rhetoric and grandiloquence, there are very few actions which may show an actual equality of opportunities for the elder. These are not reflected in the establishment of public politics which are required, nor in sanctioning those who do not observe the ones already in existence, or the budget assignment; neither in actions related to educating and sensitizing the society in general.

Key words: Social Rights, Rights of the Elder, Equality in Opportunities.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

I. Los derechos de la tercera edad en el plano internacional

Un ejercicio reflexivo de los llamados derechos de la Tercera Edad nos revela de inmediato cuán superficial y tangencial ha sido su abordaje en la perspectiva del derecho público internacional y nacional. En el caso de la región de América Latina las prerrogativas que debieran gozar los adultos mayores hasta el momento no han sido consagradas en un instrumento general de carácter vinculante ni se cuenta con algún mecanismo que vigile y haga valer la obligatoriedad de su aplicación en el conjunto de principios de Naciones Unidas. En contraste, en otros grupos considerados vulnerables, como sería el caso de las mujeres y los niños, se han generado diversos instrumentos de claro carácter vinculante. Existen dos fuentes en las que se establecen derechos de las personas mayores, a saber, en primer lugar se encuentran los instrumentos internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU) y sus organismos especializados y, seguidamente aquellas que provienen de los instrumentos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA) y sus organismos especializados.

En el caso de la primera, en 1982 la Asamblea Mundial sobre envejecimiento adoptó el *Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento*.¹ Este documento, aprobado por la Asamblea General, ofrece a los Estados parte una orientación esencial en cuanto a las medidas que deben tomar para garantizar los derechos de las personas de edad avanzada, dentro del cuadro de derechos proclamados por el Pacto Internacional relativo a los Derechos Humanos.²

Más adelante, como resultado de la *Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento* realizada en España en el 2002³ y que, a diferencia del *Plan de Viena*, se propuso el denominado *Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento*, en el cual se prestó especial atención a la situación de los países en desarrollo (Naciones Unidas, 2002). Como temas centrales, el llamado *Plan de Madrid*, señala la realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, así como de sus

¹ *Informe de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Viena, 26 de julio al 6 de agosto de 1982* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.82.I.16), cáp. VI, secc. A.

² Resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³ Habiéndose reunido en Madrid del 8 al 12 de abril de 2002, aprueba la *Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, 2002, misma que figura en los anexos de la citada resolución; Asimismo, recomienda a la Asamblea General que haga suyos dichos instrumentos aprobados por la referida Asamblea.

derechos civiles y políticos, y la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las personas de edad.

Anteriormente, en 1991 la Asamblea General aprobó los Principios de Naciones Unidas para las personas de edad avanzada, que en razón de las medidas que fueron previstas, constituyen de igual manera un instrumento importante en el contexto actual. En ella se enuncian algunos principios que tienen relación estrecha con los derechos consagrados en los diversos instrumentos internacionales.

Estos principios se refieren a la *independencia*, del que se entiende el vasto acceso a los alimentos, al agua potable, al alojamiento, al vestido y a los cuidados de la salud. A estos derechos fundamentales se suma la posibilidad de ejercer un empleo justamente retribuido y de acceder a la educación o a cualquier otro tipo de formación académica. *Participación*, que significa que los adultos mayores pueden y deben intervenir activamente en la definición y aplicación de las políticas que tienen que ver con su bienestar, la libertad de compartir sus experiencias con las generaciones más jóvenes y poder constituirse en asociaciones o sociedades. *Cuidados*, para lo cual se previene que los adultos mayores deben beneficiarse de la protección y atención de sus familias, así como de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ya sea en un hogar familiar, en un establecimiento sanitario o en una casa de retiro. *Autorrealización*, relativo a la posibilidad de asegurar el pleno desarrollo de sus capacidades y habilidades, facilitándoles el rápido y oportuno acceso al cúmulo de recursos de la sociedad en el plano educativo, cultural, espiritual y de pasatiempos en general. Por último, se enuncia el principio de *dignidad* en donde se reconoce que la personas mayores deben ser respetadas y apreciadas por el simple hecho de ser humano, independientemente de cualquier condición derivada de la edad, el sexo, la raza, el origen étnico, sus discapacidades o situación financiera. Que no deben ser explotados física o mentalmente para lograr cualquier retribución económica, y deben ser tratados con equidad y justicia.

En 1992, con motivo de la celebración del décimo aniversario de la adopción del *Plan de Acción Internacional de Viena* por la *Asamblea mundial de envejecimiento*, se adopta la *Proclamación sobre el envejecimiento*, en la que los países se comprometen a apoyar las iniciativas nacionales relativas al tema. En ella se proclama que las mujeres de edad avanzada reciban el apoyo que requieren, tomando en cuenta las grandes contribuciones que aportan a la sociedad, toda vez que habían sido subvaluadas o más aun excluidas, en el ámbito de las políticas públicas durante mucho tiempo. A los hombres de edad avanzada, se les alienta a desenvolver sus aptitudes sociales, culturales y afectivas que no pudieron desarrollar durante los años que fungieron como soporte de familia. Asimismo, se transmite a cada uno de

los integrantes del hogar la orientación necesaria para proveer de cuidados básicos a los adultos mayores.

En el plano regional de las Naciones Unidas, la *Estrategia regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*⁴ (Santiago de Chile, 2003), propone metas, objetivos y recomendaciones para la acción a favor de las personas mayores en cada una de las tres áreas prioritarias acordadas en Madrid en el 2002: personas de edad y desarrollo, salud y bienestar en la vejez, entornos propicios y favorables. Esta estrategia representa un marco de referencia regional que los países deben adaptar a sus realidades nacionales con el fin de responder eficazmente a las necesidades e intereses de las personas mayores, propiciando la creación de condiciones que favorezcan un envejecimiento individual y colectivo con seguridad y dignidad. El desafío actual está centrado en la instrumentación de dichos acuerdos, para lo cual los países de la región deben hacer suyo esa herramienta y diseñar creativamente las medidas que contribuyan a su concreción.

La Estrategia Regional sustenta cinco principios: envejecimiento activo; protagonismo de las personas mayores; respeto a la heterogeneidad de las personas mayores; enfoque de ciclo de vida y de visión prospectiva de largo plazo; y solidaridad intergeneracional.

En suma, se puede constatar que si bien existen algunos instrumentos de derecho internacional que pueden ser invocados por las personas mayores para proteger sus derechos humanos, la defensa de éstos en el plano internacional no puede ser absoluta, puesto que usualmente los mismos conceptos reciben contenidos totalmente diferentes en función del nivel de desarrollo social, económico y cultural del país de que se trate. Por ello es indispensable remitirnos al derecho interno de cada Estado y así conocer las normas establecidas con relación a las personas mayores, que hacen las bases del fundamento legal para alcanzar el respeto a su condición.

⁴ Adoptada por los países de América Latina y el Caribe que participaron en la Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento, celebrada en Santiago, Chile, del 19 al 21 de noviembre de 2003. Esta Conferencia fue la primera reunión de carácter intergubernamental en la materia realizada en la Región y constituyó una instancia de análisis e intercambio respecto de la situación del envejecimiento y las personas mayores. En ella los países de la Región acordaron la presente Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. En dicha Asamblea se adoptaron dos documentos oficiales: *la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*. El texto completo de la Estrategia Regional se presenta en: <http://www.cepal.org/celade/santiago2003>.

II. Los derechos de la tercera edad en México

De acuerdo a John Scott Andreta, investigador del Programa de Presupuesto y Gasto Público del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), la extrema pobreza entre los adultos mayores en México “es excepcionalmente alta en relación con América Latina. La pobreza es 70% superior en ese sector que en el resto de la población, por encima de países pobres como Bolivia, Guatemala, El Salvador o Costa Rica. En Brasil, donde el gobierno aplica una pensión básica de cobertura amplia en el sector rural, la tasa de pobreza en la tercera edad es menor en 25% a la tasa nacional”.⁵ Afirma Scott, al hacer una comparación de las políticas sociales en la región, que en México, bajo los programas de pensiones que patrocina el gobierno federal, se destina apenas una décima parte de lo que los países de América Latina dedican, en promedio, a programas de pensiones no contributivos dirigidos hacia la población pobre. Nuestro país destina 0.04% del Producto Interno Bruto (PIB) a ello, cuando el promedio regional va de 0.4% a 1% del PIB. El problema es muy serio, en México las personas de la tercera edad han sido particularmente desprotegidas.

Los recursos que otros países otorgan a programas de pensiones no contributivos, focalizados en todos los casos, salvo en Bolivia donde existe una pensión universal financiada con la renta petrolera, son mayores que las de México. Algunos ejemplos: Brasil destina 1.3% del PIB; Bolivia 0.9%; Uruguay 0.62%; Chile 0.38%; y Costa Rica, el 0.3%.

Muy recientemente el pasado 28 de febrero del 2007, el Diario Oficial de la Federación publicó unas Reglas de Operación del *Programa de Atención a los Adultos Mayores de 70 años y más en zonas rurales*, para el ejercicio fiscal 2007, en el se establece que los programas de subsidios del Ramo Administrativo 20 Desarrollo Social, entre ellos el programa de atención a los adultos mayores de 70 años y más en zonas rurales, se destinarán exclusivamente a la población en condiciones de pobreza y de marginación de acuerdo con los criterios oficiales dados a conocer por la Secretaría de Desarrollo Social, mediante acciones que promuevan la superación de la pobreza a través de la educación, la salud, la alimentación, la generación de empleo e ingreso, autoempleo y capacitación; programas asistenciales; el desarrollo regional; la infraestructura social básica y el fomento del sector social de la economía.

Sin embargo, la crítica a este nuevo programa federal para adultos mayores, consiste no sólo en su operación, sino en el alcance de los recursos que en él se

⁵ *Masiosare*, núm. 422, 22 de enero del 2006.

emplean, de nuevo muy limitados para el nivel del problema. Los beneficiarios del Programa recibirán un apoyo mensual por \$500.00 (quinientos pesos 00/100 M.N.), el cual se les entregará de manera bimestral, sujeto a la disponibilidad presupuestal del Programa. En los casos en que las condiciones de aislamiento o accesibilidad de las localidades dificulten o hagan muy costosa la entrega bimestral de los apoyos, se podrá espaciar la entrega de los apoyos a un período cuatrimestral.

Debe observarse que pese a ofrecer el doble de los 250 pesos mensuales que se destinaban durante el pasado sexenio, una tercera parte de la línea de pobreza alimentaria, no se garantiza la superación de pobreza extrema en la tercera edad; se necesitaría por lo menos el triple de lo ahora presupuestado.

El programa se dirige a las familias beneficiadas por el programa Oportunidades pero hay mucha gente con fuertes problemas de ingreso que no está en ese padrón, de hecho excluye a unos siete millones de pobres extremos.

Oportunidades es el mecanismo del que dispone el gobierno federal para dirigir recursos a la población pobre, pero se debe complementar para que lleguen recursos a quienes no están en el programa. Una proporción significativa de la población en pobreza extrema no está en el programa por errores de focalización o porque vive en localidades donde no existen escuelas ni centros de salud. Además, el programa fue diseñado para incentivar la inversión en capital humano en la parte inicial del ciclo de vida, su sesgo es ayudar a familias con niños y jóvenes.

En el plano local de las entidades federativas debe indicarse que son escasas aquellas que han instrumentado algún tipo de programa afín al que realiza la Federación en el plano nacional. Excepcionalmente, es el caso del estado de Veracruz, que publicó en la Gaceta Oficial del Estado (24 de febrero del 2005) el reglamento de la *ley número 223* que reconoce el derecho de las personas físicas mayores de setenta años de edad, que no tengan ingreso alguno y sin la protección de los sistemas de seguridad social o del estado o de la federación, a recibir una pensión alimenticia del gobierno del estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Esta Pensión Alimenticia consiste en la cantidad en moneda nacional correspondiente a la mitad del salario mínimo vigente en la ciudad de Xalapa-Enríquez, Veracruz. Esta prestación será vitalicia y se incluirá en el proyecto de Presupuesto de Egresos de cada año en la partida presupuestal correspondiente con el monto preciso que permita garantizar la obligación del gobierno del estado de otorgar la pensión alimenticia a todos los habitantes del estado cuya solicitud haya sido aprobada.

III. Hacia una pensión universal para adultos mayores

En el caso de la pensión universal, sus virtudes son múltiples, incluso reconocidas en el ámbito internacional tal y como lo proponen diversas entidades como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), junto con los organismos del *Grupo Interinstitucional sobre Envejecimiento* conformado por la CEPAL, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial y el Programa sobre el Envejecimiento de las Naciones Unidas a través de la *Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento* (Santiago de Chile, 2003). Este reconocimiento es explícito al establecer como objetivo a realizar en la región: “Ampliar y mejorar la cobertura de pensiones tanto contributivas como no contributivas”.⁶

En ese contexto, se considera la cobertura prácticamente total a la población pobre como la única estrategia susceptible de garantizar la eliminación de la pobreza extrema en la tercera edad, siempre y cuando se destine con un presupuesto suficiente. Además, una pensión universal no afectaría los incentivos laborales de ahorro privado o de incorporarse a sistemas públicos contributivos de seguridad social, al no condicionarse el ingreso de los beneficiarios. Finalmente, una pensión universal diestramente aplicada eliminaría los altos costos administrativos, al no suponer procesos de identificación y seguimiento.

Las pensiones universales son comunes en los países industrializados (Holanda, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Canadá, Australia), pero los países en desarrollo han optado por pensiones *focalizadas*, salvo excepciones como Bolivia, Mauritius, Namibia o Samoa.

Hasta ahora no ha sido posible eliminar la pobreza en la tercera edad en las condiciones actuales del país. Los sistemas vigentes de seguridad social en México han fracasado como instrumentos de protección social de la tercera edad, su cobertura no alcanza a la población de menores recursos y los ingresos por pensiones focalizadas no contribuyen a reducir la desigualdad.

Es indispensable una reforma del actual sistema de pensiones que no son viables financieramente, además de que su cobertura es limitada a derechohabientes de ingreso medios y altos.

⁶ El cual forma parte de las metas generales y objetivos específicos del área prioritaria relativa a las personas de edad y el desarrollo, así como de los mecanismos de seguimiento y evaluación de la referida Estrategia Regional.

Para extender la protección social a la población en condiciones de pobreza extrema y eliminar la indigencia en la tercera edad, es necesario implementar una pensión no contributiva, por un monto cercano a la línea de pobreza alimentaria.

Una pensión básica universal sería fiscalmente sostenible para el próximo medio siglo bajo una trayectoria razonable de crecimiento económico y permitiría eliminar la pobreza en la tercera edad sin las distorsiones y los errores que implicaría una pensión focalizada. La focalización de los programas de combate a la pobreza tiene escaso sentido cuando solo se pretende que con menos recursos se logre un mayor impacto más virtual que las condiciones que la realidad impone. Sin embargo, en el caso específico de la pensión para adultos de la tercera edad, tiene ventajas la universalización porque se ahorran los gastos de la focalización, no desincentiva el ahorro ni el empleo. Contrario a lo que se piensa, fiscalmente resulta menos costoso de lo que se cree.

John Scott analiza cuatro estrategias posibles para eliminar la pobreza en la tercera edad “que podrían ser complementarias”: reformar los sistemas de seguridad social vigentes, ampliando su cobertura en un sistema único; crear programas para la superación de la pobreza dirigidos a la población de la tercera edad (o incluirla en los ya existentes); una pensión básica dirigida; y una pensión básica universal.

La primera opción implicaría una ampliación de la cobertura de los sistemas de seguridad vigentes, reduciendo las tasas de reposición y/o trasladando parte del financiamiento hacia impuestos generales, sobre todo al consumo que no afectan el mercado laboral.

Los programas para la superación de la pobreza y la pensión universal, aunque parecen equivalentes se distinguen porque, en una, los recursos contra la pobreza dependerían de las prioridades del gobierno en turno; la otra, representa un derecho garantizado por una ley de seguridad social.

La pensión universal es viable financieramente para México. Urge un debate nacional sobre el tema sin prejuicios ni demoras, sobretodo cuando la revuelta demográfica de los años ha llegado.

Bibliografía

Diario Oficial de la Federación, Sexta Sección, México, D. F., miércoles 28 de febrero de 2007.

“Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento”, Adoptada por los países de América Latina y el Caribe que participaron en la *Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento*, celebrada en Santiago, Chile, del 19 al 21 de noviembre de 2003, disponible en: <http://www.cepal.org/celade/santiago2003>, fecha de consulta: 28 de abril de 2007.

Gaceta Oficial del Estado de Veracruz. núm. 39, Xalapa Ver., 24 de febrero del 2005.

Informe de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.82.I.16, cáp. VI, secc. A, Viena, 26 de julio a 6 de agosto de 1982.

Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 8 a 12 de abril de 2002, Nueva York, 2002, disponible en: <http://www.un.org/spanish/envejecimiento/index.html>, fecha de consulta: 25 de abril de 2007.

SCOTT ANDRETA, John, “¿Sería factible eliminar la pobreza en la tercera edad en el ámbito nacional por medio de una pensión básica universal? CIDE”, *Masiosare*, núm. 422, México, 22 de enero del 2006.

Ciudad y Derecho La ciudad como proyecto social (Segunda parte)

Daniel R. Martí Capitanachi*

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.

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

ABSTRACT: In this work the author emphasizes the social function of urban property in Mexico from a constitutional and legal analysis, to sustain that urban and human settlements planning, must have the right to the city as a third generation human right we possess as guiding thread, which consists in the conservation of historical centers, respect for style architectures, of minority groups in relation to urban spaces and public ownership of private space.

Key Words: social function of urban property, right to the city, urban planning.

* 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.

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.

4. La planeación urbana y el interés público

La institucionalización de la planeación como forma de regulación del uso de la propiedad urbana ha sido el resultado de un largo proceso que comenzó hace ya varias décadas.¹ La noción de interés público es fundamental para marcar el rumbo de la acción pública, así, la exposición de motivos de la *Ley sobre Planificación General de la República* de 1930 hablaba de buscar el interés colectivo, tendiendo a que toda medida administrativa trascendental obedezca a un programa definido basado en el estudio previo del desarrollo ordenado y armónico del país en que se vive.²

Un problema de la planeación lo representa la posibilidad de hacer compatible el interés público con los intereses privados o de comunidades específicas cuando se hace evidente que, si bien el interés público es uno solo, existen muchos órganos estatales para definirlo y satisfacerlo. En otras palabras, el primer problema de la institucionalización de la planeación es definir qué órganos y bajo qué conceptos definen lo que es el interés público y los medios para satisfacerlo en un ámbito determinado -una región, un barrio, en este caso en una ciudad-.

La ciudad había demostrado, una vez más, que el camino para una urbanización socialmente justa no estaba solamente en la definición de planes o reglamentos, era necesario estrechar los espacios entre los propósitos y las realizaciones, haciendo de la acción del gobierno una práctica política diferente, capaz de orientar la intervención de los diversos grupos sociales y de incrementar los mecanismos de comunicación, involucrando a las finanzas como parte fundamental de los nuevos proyectos.³

¹ Es posible mencionar por ejemplo la *Ley sobre Planeación General de la República* de 1930, expedida por el presidente Pascual Ortiz Rubio en uso de facultades extraordinarias y la *Ley de Planificación del Distrito Federal* de 1953. Sobre este tema ver: Secretaría de Programación y Presupuesto, *Antología de la planeación en México, 1917-1985. 1. Los primeros intentos de planeación en México (1917-1946)*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

² *Ibidem*, p. 23

³ CISNEROS SOSA, Armando, *La Ciudad que construimos. Registro de la expansión de la Ciudad de México (1920-1976)*, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, México, 1993, p. 222.

5. Un régimen nacional de planeación urbana

“La inconsistencia de la acción pública sobre la ciudad es un viejo problema, y la planeación una vieja propuesta para afrontarlo”.⁴ Así como en las primeras décadas del siglo XX los gobiernos municipales fueron perdiendo facultades a favor de los gobiernos de los estados, en las últimas décadas la intervención federal en los procesos urbanos ha tenido un crecimiento sin precedentes.

En algunas ciudades esta intervención es más notoria, como es el caso de los puertos, ciudades petroleras, polos de desarrollo industrial y centros turísticos. En el resto de las ciudades esta intervención se advierte en vivienda, salud, educación y diversos elementos de infraestructura. Hay que añadir además los procesos de transferencia de la propiedad de la tierra de núcleos ejidales o comunales al proceso de urbanización, que sólo el Poder Ejecutivo federal está facultado para expropiar.

La LGAH de 1976 señaló que la planeación y regulación de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población formaban parte del *Sistema Nacional de Planeación Democrática*, donde se contemplan el Programa nacional, los programas estatales, los programas de ordenación de zonas conurbadas, los planes o programas municipales de desarrollo urbano, los programas de desarrollo urbano de centros de población y los derivados de los mismos, destacando en los dos últimos niveles de planeación, que la zonificación en ellos prevista constituye el instrumento rector de las reservas, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población.

En la legislación actual el *Plan o Programa de Ordenación y Desarrollo Urbano* son considerados como norma obligatoria para la administración pública, y ello se ha expresado en el surgimiento de una serie de reglas que definen la distribución de competencias entre los tres niveles de gobierno en el país y otras que crean figuras jurídicas a través de las cuales se reconocen ciertas formas de intervención.

Independientemente de las críticas a la LGAH, lo cierto es que la mayoría de las entidades federativas elaboraron sus leyes estatales de asentamientos humanos tomando como referencia principal los postulados que marcaba la ley general.

⁴ AZUELA DE LA CUEVA, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, primera reimpresión, El Colegio de México, México, 1999, p. 63.

Una de las características de los planes estatales fue el uso del mismo lenguaje. El vocabulario o aparato conceptual a través del cual los documentos se referían a los procesos urbanos y a las acciones públicas y privadas previstas en ellos, eran precisamente las categorías que habían sido consagradas en la ley: asentamiento humano, centro de población, conurbación, y los procedimientos de intervención: planes, declaratorias, programas.

Funcionarios y empleados del equipo de planeación de todo el país finalmente hablaban un mismo lenguaje. La gestión de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas -SAHOP-, actual Secretaría de Desarrollo Social -SEDESOL- ante las entidades federativas tendiente a la creación de un sistema nacional de planeación urbana, llevaba siempre consigo este marco jurídico.

6. La Ley de Planeación de 1982

Si bien hasta 1982 la LGAH fue el principal referente para la planeación estatal de los asentamientos, con la aparición de la *Ley de Planeación* la LGAH quedó supeditada a aquélla por lo que se refiere a su carácter federal. Se dio un fenómeno de superposición parcial del régimen legal de planeación del desarrollo, que surgió durante el gobierno del presidente Miguel de la Madrid.

Un análisis comparativo demuestra que no existían contradicciones entre ambas. El antiguo Plan Nacional de Desarrollo Urbano se convirtió en el Programa Sectorial de Desarrollo Urbano, ya que la categoría de plan quedó reservada al *Plan Nacional de Desarrollo*, de contenido mayormente político y económico.

Los problemas se suscitaron en la práctica, ya que las legislaturas de los estados redactaron sus leyes de planeación, en base en la ley federal, creando nuevas figuras, tales como los planes estatales y municipales de desarrollo, que son las réplicas locales del *Plan Nacional de Desarrollo*. Los ayuntamientos, carecen de la capacidad política y económica para influir en las determinantes y en los obstáculos del desarrollo social y económico que debieron formar parte del contenido de esos documentos, por lo que entonces sólo les queda ocuparse del desarrollo urbano.

En la LGAH se incorporó la figura de la *declaratoria de uso de suelo* que debía expedirse con posterioridad al Plan y cuya función era señalar las restricciones a

Ciudad y Derecho
La ciudad como proyecto social
(Segunda parte)

la utilización del suelo en un área determinada de un centro de población.

El contenido normativo de tales declaratorias era el mismo que las leyes habían fijado para los planes. Por varios años prevaleció la interpretación de que no bastaba con expedir, publicar e inscribir en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio un plan o programa que señalara los aprovechamientos del suelo de una ciudad, sino que además, tales aprovechamientos debían ser objeto de una declaratoria.

Esta problemática fue solucionada con las reformas que en febrero de 1984 se hicieron a la LGAH y que modificaron sustancialmente esa situación. Si bien no desaparecieron las declaratorias, éstas tienen ahora una función complementaria en relación a los programas, cuyos efectos directos sobre el derecho de propiedad quedaron explícitamente definidos: de acuerdo al artículo 28 de la reforma: “el ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles ubicados en dichos centros -los urbanos- se sujetará a las normas contenidas en los planes o programas de desarrollo urbano correspondientes y, en su caso, en las declaratorias de usos, reservas, provisiones y destinos”.

Otro aspecto que solucionó la reforma de la LGAH es el relativo a la proliferación de planes, ya que en dicha ley no se previó un tipo de plan cuyo objeto fueran las ciudades, sino que se refería al territorio completo de la municipalidad, situación que atrajo no pocos problemas cuando en un municipio existían dos o más poblaciones que, por su tamaño demográfico, requerían cada una su propio programa.

El artículo cuarto en nueva versión, menciona que “los Planes y Programas municipales que tengan por objeto el desarrollo urbano de los centros de población”, es decir, que puede haber tantos planes municipales como centros de población, y prosigue “...Conforme se formulen y aprueben los Planes y Programas de los centros de población situados en el territorio de un solo municipio, éstos se incorporarán al Plan o Programa Municipal de Desarrollo Urbano correspondiente”. Este segundo párrafo se refiere a que el conjunto de todos esos planes formarán parte del correspondiente plan para el municipio.

La preponderancia que adquirió la *Ley de Planeación* dentro del ámbito urbano se aprecia cuando se relaciona con otras disposiciones jurídicas que determinan la planeación urbana nacional; ello refiere al artículo 26 constitucional y al *Sistema de Planeación Democrática* en él establecido, el cual tiene como propósito encauzar la actividad de todos los miembros de la sociedad para la consecución de los objetivos nacionales.

El sistema se constituye por un conjunto de relaciones que se establecen entre las diversas dependencias y niveles de gobierno y las agrupaciones e individuos de la sociedad. Dichas relaciones se conforman según los principios básicos que establece la *Ley de Planeación*: obligatoriedad, coordinación, inducción y concertación.

El documento rector del *Sistema de Planeación Democrática* es el *Plan Nacional de Desarrollo* que fija los objetivos y las estrategias que norman las políticas sectoriales de los diversos programas nacionales del actual gobierno. Uno de estos programas es precisamente el Programa de Desarrollo Urbano.

7. Reforma al artículo 27 Constitucional de 1992

El 6 de enero de 1992 una reforma al artículo 27 constitucional modificó el marco jurídico agrario y provocó cambios significativos en la tenencia de la tierra. Se puso fin al reparto agrario; las comunidades campesinas ganaron el derecho de privatizar y vender tierras, y se reformaron los derechos a la propiedad del suelo. Sin embargo, los terrenos comunales fueron excluidos de este proceso.

La reforma garantiza la libertad de decisión y gestión de los ejidos y de sus integrantes; concede definitividad a los derechos individuales de los ejidatarios y permite la constitución de sociedades.

8. La nueva Ley General de Asentamientos Humanos de 1993

En consonancia con la nueva normativa en materia de planeación y con la finalidad de armonizar los distintos ordenamientos que impactan en este ámbito, el Congreso de la Unión aprobó una nueva *Ley General de Asentamientos Humanos* que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de julio de 1993, que abrogó la de 1976 comentada con anterioridad.

Esta ley tiene por objeto regular los asentamientos humanos y los centros de población; también establece la concurrencia y coordinación de autoridades; la planeación del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y del desarrollo urbano de los centros de población, lo relativo a provisiones, usos, reservas y destinos del suelo; las conurbaciones; las regulaciones a la propiedad en los centros de población, la participación social; el fomento al desarrollo urbano y el control de éste.

En la LGAH se destacan importantes acciones programáticas en las que las tres instancias de gobierno -federal, local y municipal- deberán concurrir a su realización, particularmente en el desarrollo urbano, materia donde se señala que la ordenación y regulación de los asentamientos humanos se llevará a cabo a través del *Programa Nacional de Desarrollo Urbano*, el cual, habrá de estar sujeto a las directrices del *Plan Nacional de Desarrollo*.

La LGAH está condicionada por lo que establece la *Ley de Planeación*, como lo señala el artículo 11: “La planeación y regulación de los asentamientos humanos y del desarrollo urbano de los centros de población forman parte del Sistema Nacional de Planeación Democrática, como una política sectorial que coadyuva al logro de los objetivos de los planes nacional, estatales y municipales de desarrollo”.

Por su parte, el artículo 12 establece: “La planeación y regulación del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y del desarrollo urbano de los centros de población se llevarán a cabo a través de: I. El Programa Nacional de Desarrollo Urbano; II. Los programas estatales de desarrollo urbano; III. Los programas de ordenación de zonas conurbadas; IV. Los planes o programas municipales de desarrollo urbano; V. Los programas de desarrollo urbano de centros de población; y VI. Los programas de desarrollo urbano derivados de los señalados en las fracciones anteriores y que determinen esta Ley y la legislación estatal de desarrollo urbano”.

9. Limitaciones al régimen de propiedad urbana

La función social de la propiedad privada, consagrada en el párrafo tercero del artículo 27 Constitucional ya analizado, deja claro que su uso, disfrute y disposición puede ser objeto de limitaciones cuando se justifique el interés público, social, común o colectivo.

Del contenido de dicha disposición se desprenden como limitaciones a la propiedad privada, las que tienen por objeto:

- Ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.
- Preservar y restaurar el equilibrio ecológico.
- Fraccionar los latifundios.
- Organizar y explotar, en forma colectiva, los ejidos y comunidades,

conforme a la ley reglamentaria.

- Desarrollar la pequeña propiedad rural.
- Fomentar la agricultura, ganadería, silvicultura y demás actividades económicas en el medio rural.
- Evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Las disposiciones reglamentarias del precepto en comento son: *la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente -LGEE-* y *la Ley Agraria*; ninguna subordinada con respecto a la otra, pero sí correlativas en su aplicación.

Sobre la correlación de estas normas, la LGAH establece que las áreas y predios de un centro de población, independientemente de su régimen jurídico, están sujetos a las determinaciones de los programas de desarrollo urbano y demás disposiciones jurídicas aplicables. La LGEE dispone en su artículo 23 que en materia de asentamientos humanos la planeación del desarrollo urbano y la vivienda, considerará los lineamientos, estrategias y demás aspectos ecológicos. Por su parte la *Ley Agraria*, señala que el ejercicio de los derechos de propiedad, en lo relacionado con el aprovechamiento urbano y el equilibrio ecológico, se ajustará a lo dispuesto en la LGAH y LGEE. Asimismo prevé la supletoriedad de la legislación civil federal, mercantil y demás leyes aplicables.

La LGAH señala que sus disposiciones son de orden público e interés social, y considera con tal carácter la determinación de provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios contenida en los programas de desarrollo urbano, quedando sujeto a esta determinación, el ejercicio del derecho de propiedad, posesión o de cualquier otro derivado de la tenencia de bienes inmuebles ubicados en los centros población. -Artículo 1, 4 y 27-.

Se entienden como: reservas, las áreas de un centro de población que serán utilizadas para su crecimiento -Artículo 2 fracción XVI-; usos, los fines particulares a que podrán dedicarse determinadas zonas o predios de un centro de población -Artículo 2 fracción XIX-, y destinos, los fines públicos a que se prevea dedicar determinadas zonas o predios de un centro de población. -Artículo 2 fracción IX-.

La autoridad dispone de un plazo máximo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor del Programa, para disponer de los inmuebles conforme al destino previsto en el mismo. Mientras tanto los

Ciudad y Derecho
La ciudad como proyecto social
(Segunda parte)

propietarios o poseedores de los inmuebles sólo podrán utilizarlos en forma que no representen un obstáculo al aprovechamiento previsto. Transcurrido dicho lapso el destino queda sin efecto y los inmuebles podrán ser utilizados conforme a los usos compatibles asignados a la zona.

La regulación, control y vigilancia de las reservas, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población, corresponde exclusivamente a los municipios.

La inobservancia de las disposiciones contenidas en la LGAH y programas de desarrollo urbano trae como consecuencia la aplicación de medidas de seguridad y sanciones administrativas. La LGAH no define cuáles son, sólo se concreta a señalar que su imposición es facultad de los estados y municipios, conforme a la legislación local de la entidad.

De la revisión de la LGAH se desprende que son sujetos de sanciones: los particulares, los funcionarios públicos, los notarios públicos y los jefes de oficinas del Registro Público de la Propiedad, en los siguientes casos:

- Los particulares: cuando lleven a cabo construcciones, fraccionamientos, condominios, cambios de uso o destino del suelo y otros aprovechamientos de inmuebles que contravengan las disposiciones jurídicas de la materia o los planes de desarrollo.
- Los funcionarios públicos: cuando no gestionen la inscripción de los programas de desarrollo urbano.
- Los notarios: cuando autoricen escrituras de actos, convenios y contratos relativos a la propiedad o cualquier otro derecho relacionado con el aprovechamiento de áreas y predios que contravengan la LGAH, la legislación estatal en la materia y los programas de desarrollo urbano.
- Los jefes de las oficinas del Registro Público de la Propiedad: cuando se abstengan de llevar a cabo la inscripción de los programas de desarrollo urbano o la realicen con deficiencia.

El Código Penal Federal no tipifica los delitos en materia urbana, caso contrario en materia ambiental; lo sí comprendido en este Código es el delito de oposición a la ejecución de alguna obra o trabajo públicos, figura delictiva que se actualiza cuando varias personas de común acuerdo procuran impedir la ejecución de una obra o trabajos públicos,

mandados a hacer con los requisitos legales por la autoridad competente, o con su autorización. La sanción varía dependiendo de la forma en que se lleva a cabo la oposición: sin violencia la pena es de tres meses a un año de prisión, con violencia la pena puede aumentar hasta dos años.
-Artículo 185-.

Las causas de utilidad pública previstas en este ordenamiento son:

- La fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población;
- La ejecución de planes o programas de desarrollo urbano;
- La constitución de reservas territoriales para el desarrollo urbano y la vivienda;
- La regularización de la tenencia de la tierra en los centros de población;
- La edificación o mejoramiento de vivienda de interés social y popular;
- La ejecución de obras de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos;
- La protección del patrimonio cultural de los centros de población, y
- La preservación del equilibrio ecológico y la protección al ambiente de los centros de población.

Dos temas innovadores de la LGAH de 1993 son los referentes a la participación social y a las personas con discapacidad.

La participación social toma relevancia al hacerse presente en todos los asuntos referentes a los asentamientos humanos. Su promoción, bajo cualquier forma jurídica de organización, queda a cargo de los tres niveles de gobierno. Actualmente la figura creada para tal fin son los consejos consultivos de desarrollo urbano.

En materia de asentamientos humanos, la participación social comprende:

- La formulación, modificación, evaluación y vigilancia del cumplimiento de los programas de desarrollo urbano.
- La determinación y control de la zonificación, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población.

Ciudad y Derecho
La ciudad como proyecto social
(Segunda parte)

- La construcción y mejoramiento de vivienda de interés social y popular.
- El financiamiento, construcción y operación de proyectos de infraestructura, equipamiento y prestación de servicios públicos urbanos.
- El financiamiento y operación de proyectos estratégicos urbanos, habitacionales, industriales, comerciales, recreativos y turísticos. La ejecución de acciones y obras urbanas para el mejoramiento y conservación de zonas populares de los centros de población y de las comunidades rurales e indígenas.
- La protección del patrimonio cultural de los centros de población.
- La preservación del ambiente en los centros de población.
- La prevención, control y atención de riesgos y contingencias ambientales y urbanos en los centros de población.

La LGAH determina que el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población, tenderá a mejorar el nivel y calidad de vida de la población urbana y rural. Bajo esa premisa y con respecto a las personas con discapacidad, los tres niveles de gobierno deberán:

- Garantizar la seguridad, libre tránsito y accesibilidad de las personas con discapacidad, mediante el desarrollo y adecuación de la infraestructura, el equipamiento y los servicios urbanos en los centros de población.
- Consultar con las personas discapacitadas las características técnicas de los proyectos.
- Fomentar la coordinación y concertación de acciones e inversiones para la construcción y adecuación de la infraestructura, equipamiento y servicios urbanos que requiera la población con discapacidad.

Otras limitaciones impuestas a la propiedad por causas de utilidad pública, son las previstas en la Ley de Expropiación:

- El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público.
- La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos, túneles para facilitar el tránsito y suburbano.
- El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y

puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo.

- La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional.
- La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas.
- Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública.
- La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación.
- La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular.
- La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad.
- Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad.
- La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida.
- Los demás casos previstos por leyes especiales.

La declaratoria que emita el Ejecutivo Federal tiene por objeto la expropiación, la ocupación temporal total o parcial de los bienes ó la limitación de dominio. Si éstos no fueran destinados al fin señalado en la declaratoria dentro del término de cinco años, el propietario podrá

solicitar la reversión total o parcial del bien, la insubsistencia de la ocupación temporal o limitación de dominio, o el pago de los daños causados.

El *Código Civil del Distrito Federal* y los propios de las entidades federativas, reguladores de los actos entre los gobernados, comprenden como limitación a la propiedad las servidumbres, ya no para fines públicos o colectivos, sino para particulares.

10. Derechos humanos de tercera generación: el derecho a la ciudad

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

La defensa o protección de estos derechos tiene como función: contribuir al desarrollo integral de la persona; delimitar su libertad para actuar y establecer los límites de las autoridades con el propósito de prevenir abusos de poder, negligencia o incumplimiento del deber legal.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, promulgada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamó el reconocimiento de derechos y libertades para toda persona, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La declaración anterior conlleva a identificar como características de estos derechos, las siguientes: universales, pertenecen a todas las personas; incondicionales, únicamente están sujetos a las limitaciones de los propios derechos, es decir, hasta donde comienzan los derechos de los demás o los justos intereses de la comunidad e inalienables, no pueden perderse ni transferirse por propia voluntad.

La evolución de los derechos humanos los clasifica en generaciones: la primera generación, se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados libertades clásicas. Derivan de los movimientos revolucionarios generados en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII. Este primer grupo limita el poder del Estado frente a los gobernados, estableciendo un equilibrio entre Estado y ciudadano.

Dentro de esta generación quedan comprendidos los siguientes derechos y libertades: derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona, a una nacionalidad, a buscar asilo en caso de persecución política; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de opinión y expresión de ideas, de reunión y asociación pacífica, de tránsito. De propiedad en un primer momento.

La segunda generación la integran los derechos económicos, sociales y culturales. Se incorporan a partir de una tradición de pensamiento humanista y socialista; se exige al Estado intervenir para equilibrar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas de clases, etnia y religión, características estas con las que nacen los individuos.

En este grupo se encuentran el derecho a la propiedad -individual y colectiva-, a la seguridad social, al trabajo, a igual salario por igual trabajo, a la creación de sindicatos, al descanso, al disfrute de tiempo libre, a una razonable jornada de trabajo, a vacaciones periódicas pagadas, a una vida adecuada que asegure para sí y para su familia: salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica; derecho a la educación -gratuita, por lo menos la fundamental-, a participar en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes, a participar en el progreso científico.

La tercera generación de derechos humanos surge a la mitad del siglo XX, tienen un fin o un interés colectivo. Se encuentran conformados por los derechos de solidaridad, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de las generaciones futuras, los derechos de los migrantes, los derechos de los grupos vulnerables, de las minorías, los derechos de los consumidores, entre otros. Los derechos de solidaridad a su vez comprenden: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho al patrimonio común de la humanidad.⁵

El derecho a un medio ambiente sano, comprendido en los derechos de solidaridad de la tercera generación, es de especial interés para el presente estudio dado que ha sido ya consagrado en el texto de la Constitución vigente. Se trata de una conquista de la colectividad, toda vez que no se refiere a la oponibilidad que pueda hacer un individuo o un estamento respecto a los intereses del Estado o a intereses distintos de otros particulares, sino de la pertenencia del

⁵ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, y HERRENDORF, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991; PÉREZ LUNO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 7^a ed., Ed. Tecnos, Temas Clave de la Constitución española, Madrid, 1998.

mismo a un colectivo.

En movimientos internacionales surgidos en Sudamérica -en particular en Brasil, y en España a partir de lo dicho por Jordi Borja⁶-, se comienza a hablar de un Derecho a la ciudad en el que el titular del mismo es la colectividad en tanto ciudadanía asociada a un territorio. Como ya se ha dicho, el término ciudadanía no refiere a los derechos políticos del individuo, sino que en este concepto, alude a su pertenencia a la ciudad como espacio de convivencia social.

Sin duda en el Derecho a la ciudad converge un grupo de interlocuciones relativas al espacio urbano que han sido objeto de centralizada atención por parte de urbanistas, sociólogos y abogados, entre otros profesionales, así como grupos de la sociedad civil que pretenden, entre otras cosas, la conservación de los centros históricos, el respeto a las arquitecturas de estilo, la igualdad de los grupos minoritarios en relación a los espacios urbanos y la apropiación pública del espacio privado, por sólo citar algunos temas.

El Derecho a la ciudad como derecho solidario será uno de los temas sobre los que más se reflexione en la conformación del Estado postsocial.

El Derecho a la ciudad, y mejor dicho el Derecho a la ciudad ordenada y asequible, es tal vez el tema que organice la nueva legislación concerniente a la conformación del espacio urbano en el futuro.

Reflexión final

La rápida transformación del espacio urbano que caracteriza a las ciudades mexicanas de la época contemporánea, derivada de actuaciones sociales o individuales basadas en intereses poco coherentes respecto de un proyecto de bienestar común, de aplicación general y de largo plazo, ha repercutido sin duda, en la fragmentación de las estructuras urbana y social.

Aunque existe avance en el tratamiento jurídico del tema, sobre todo cuando se relaciona con la posibilidad de expresión de la comunidad a través de las

⁶ BORJA, Jordi, *Notas sobre ciudad y ciudadanía. Nuevos derechos ciudadanos como respuesta política a los nuevos desafíos del territorio*, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, www.campus.-oei.org, Fecha de consulta: noviembre de 2006.

vertientes de participación social señaladas por las leyes aplicables, resulta indispensable una modificación profunda a las formas y mecanismos de planeación urbana y regional, tanto en el nivel federal como en los locales, a efecto de asegurar mejores y más equitativos escenarios de vida a las nuevas generaciones.

Ciudad y Derecho
La ciudad como proyecto social
(Segunda parte)

Bibliografía:

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, primera reimpresión, El Colegio de México, México, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán, y HERRENDORF, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.

BORJA, Jordi, *Notas sobre ciudad y ciudadanía. Nuevos derechos ciudadanos como respuesta política a los nuevos desafíos del territorio*, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, www.campus-oei.org.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, trigésima edición actualizada, Ed. Porrúa, México, 1998.

CARPIZO, Jorge, "Comentario al artículo 124 Constitucional", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, LV Legislatura, Cámara de Diputados, México, 1994.

CISNEROS SOSA, Armando, *La Ciudad que construimos. Registro de la expansión de la Ciudad de México (1920-1976)*, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, México, 1993.

Derechos del Pueblo Mexicano, tomo IV, XLVI Legislatura, Cámara de Diputados, México, 1967.

DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Librería de Francisco Beltrán, España, 1912.

_____, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Ed. Heliasta, Argentina, 1975.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán. *La propiedad y la expropiación*, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la difusión del Derecho, México, 1987.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1988.

GARZA, Gustavo, "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.

_____, y PUENTE, Sergio, "Racionalidad e irracionalidad de la política urbana en México: El Plan Nacional de Desarrollo Urbano", en Gustavo Garza (comp.), *Una década de planeación urbano-regional en México 1978-1988*, El Colegio de México, México, 1992.

MADRAZO, Jorge, voz Propiedad Originaria, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. UNAM, México, 2002.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El sistema agrario constitucional; explicación e interpretación del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus preceptos agrarios*, 5^a ed., Ed. Porrúa, México, 1980.

MOLINA ENRÍQUEZ, Andrés, *Los grandes problemas nacionales* (1909), prólogo de Arnaldo Córdova, Ed. Era, México, 1978.

NOVOA MONREAL, Eduardo *El Derecho como obstáculo al cambio social*, 4^a ed., Siglo XXI, México, 1980.

NÚÑEZ RUIZ, Miguel Ángel, *Desarrollo Urbanístico Español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1974.

PACCELLI, Mario, *La pianificazione urbanistica nella costituzione*, Ed. Giufré, Milán, 1976.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 7^a ed., Ed. Tecnos, Temas Clave de la Constitución española, Madrid, 1998.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F., *Derecho Municipal*, Ed. Porrúa, México, 2002.

ROAUX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2^a ed., Gobierno del Estado de Puebla, México, 1945.

**Ciudad y Derecho
La ciudad como proyecto social
(Segunda parte)**

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Bienes, Derechos Reales y Posesión*, tomo III, Ed. Porrúa, México, 1981.

SECRETARIA DE PROGRAMACIÓN Y PRESUPUESTO, Antología de la planeación en México, 1917-1985. 1. Los primeros intentos de planeación en México (1917-1946), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

SURAY, Jacques de, *Droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1974.

SUSTAETA ALUSTIZA, Ángel, *Propiedad y urbanismo*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 31^a ed., Ed. Porrúa, México, 1997.

VALDÉS ABASCAL, Rubén, "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.

La transparencia y el acceso a la información: una cultura a construir**

Luz del Carmen Martí Capitanachi*

RESUMEN: En este trabajo la autora sostiene que la transparencia y el acceso a la información además de necesitar una legislación que reúna los estándares mínimos para que este derecho esté bien garantizado, requieren de una cultura paulatina tanto de los servidores públicos como de las personas que utilicen su derecho a saber. En el caso de los primeros para adquirir una cultura de transparencia y abandonar las prácticas burocráticas de opacidad y en el caso de las personas para hacer uso del derecho y que éste se convierta en algo cotidiano que posibilite la verdadera rendición de cuentas.

Palabras claves: transparencia, acceso a la información, rendición de cuentas

SUMARIO: 1. Cuestiones preliminares. 2. Desenvolvimiento del derecho de acceso a la información a nivel federal. 3. ¿Qué ocurrió en las entidades federativas y en los municipios? 4. Necesidad de una reforma constitucional. 5. Principales retos

ABSTRACT: In this paper, the author sustains that transparency and information access, apart from needing a legislation that gathers the minimal standards for this right to be guaranteed rightly, require of a paulatine culture from the public servers and from the people who use their right to know. In the case of the first ones, to acquire a transparency culture and abandon bureaucratic opacity practices, and in the case of the people to use their right and turn it into a daily practice that makes the true accountability possible.

Key words: transparency, freedom of information, accountability

** Ponencia presentada en el Encuentro sobre transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas en las universidades públicas, celebrado en la Universidad Veracruzana, los días 15 y 16 de marzo de 2007.

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Investigadora Nacional.

para construir una cultura de la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas

1. Cuestiones preliminares

Uno de los ejes principales de la democracia, es la participación de quienes tienen el carácter de ciudadanos, la cual debe desarrollarse en el ámbito social y político, en el que imperen las libertades básicas de los individuos, de entre las cuales destacan las que protegen la libertad de expresión y la existencia de la mayor variedad posible de fuentes de información sobre el quehacer público. Es necesario acortar la brecha entre las élites de la política pública y los ciudadanos, para lo cual los medios de comunicación propician que los ciudadanos dispongan de información sobre las cuestiones públicas que sea adecuada para facilitar su participación en el debate político, desarrollando una “masa crítica” de ciudadanos bien informados, lo bastante numerosa y activa como para estabilizar y afianzar el proceso democrático.

La participación política en la actualidad se ejerce desde la sociedad civil; los ciudadanos intervienen de formas variadas, de acuerdo a la percepción que tengan de la influencia política que pueden ejercer y que pueden verse limitadas o favorecidas según se trate de un régimen que se encuentre en transición hacia la democracia, un régimen democrático en consolidación o consolidado.

En especial, el derecho a ser informado abre un cauce de interacción entre la sociedad y el Estado, que propicia que dejen de verse como dos ámbitos opuestos, para concebirse interrelacionados, en el ámbito de *lo público*, mediante la participación activa de los ciudadanos en los asuntos de interés general y en la toma de decisiones democráticas. El individuo debe gozar de protección no sólo cuando expresa su opinión, sino también cuando pretende informarse para poder participar en el proceso democrático.

Ya que el derecho a la información es un derecho democrático indispensable para la participación de los ciudadanos en el debate público, resulta permisible, atribuirle el papel de condicionante de una participación ciudadana óptima en los asuntos públicos, igual a través de individuos debidamente informados, que mediante la formación de una opinión pública libre, contribuyendo al pluralismo democrático.

Una de las modalidades del derecho a la información en sentido amplio, y que es partícipe de su naturaleza y características, lo constituye el derecho de acceso a la información en poder del Estado. Este derecho de acceso a la información pública es un derecho independiente, de corte democrático, que permite a las personas tener a su disposición gran parte de la información gubernamental en atención a las obligaciones de transparencia así como solicitar la información que se encuentra en poder de los órganos del Estado y que no es expuesta públicamente, para así participar efectivamente en los asuntos públicos mas allá de la democracia electoral.

Sin embargo, el proceso para garantizar al ciudadano esos derechos ha sido largo. En efecto, aún cuando desde el año de 1977 en la Constitución federal en el párrafo final del artículo 6º constitucional se consagró el derecho a la información, la ley que efectivamente permitió a las personas tener acceso a la información pública gubernamental en nuestro país fue aprobada el 30 de abril de 2002; por razones desconocidas se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* hasta el día 11 de junio, surtiendo sus efectos al día siguiente de su publicación. Previó una *vacatio legis* de un año en sus artículos transitorios para que los sujetos obligados pusieran a disposición de los particulares la información, lo cual se cumplió el 12 de junio de 2003.

Es necesario reconocer el impulso del Ejecutivo federal y la voluntad política necesaria para hacer efectivo este derecho, que pasó de ser durante la transición democrática un derecho formal a un derecho material. Permite exemplificar lo expresado, la manera en que el Ejecutivo Federal ejerció, durante varias décadas, un control indirecto sobre los medios de comunicación principalmente representados por las empresas periodísticas mexicanas y su línea editorial; siendo el papel el insumo básico para el desenvolvimiento de las empresas en cuestión, de su abastecimiento normal se hacía depender la regularidad de su aparición pública y, por ende, su sobrevivencia.

Durante todo el tiempo transcurrido hasta la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, en adelante LAI, los órganos del Estado en los diferentes niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) habían rehuído en ocasiones, basados en justificaciones tales como razones de Estado, de seguridad nacional, de seguridad pública, por ejemplo, proporcionar a la población la información relevante que se generaba en torno a la actividad gubernamental; y en el peor de los casos, habían manipulado la información, intentando crear imágenes que sostuvieran el éxito de la acción de gobierno realizada, sin atreverse a informar acerca de los fracasos y a proporcionar

los datos que permitieran conocer la realidad de la situación social, económica, cultural y política que afectaba a la sociedad y a la propia estructura de gobierno.

2. Desenvolvimiento del derecho de acceso a la información a nivel federal

A casi cuatro años de vigencia de la LAI, el balance es favorable a la eficacia de la Ley y a la actuación del Instituto Federal de Acceso a la Información, (IFAI) como órgano independiente encargado de la aplicación e interpretación de la Ley, sin embargo, las resistencias de la autoridad a proporcionar la información motivaron una reforma al artículo 6º de la ley para establecer el principio de máxima publicidad, que a la letra dice:

Artículo 6.- En la interpretación de esta Ley y de su Reglamento, así como de las normas de carácter general a las que se refiere el artículo 61, se deberá favorecer el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados.

El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.¹

3. ¿Qué ocurrió en las entidades federativas y en los municipios?

A nivel federal las dependencias del ejecutivo y los demás sujetos obligados: el Poder Legislativo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos (Banco de México, Instituto Federal Electoral, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Auditoría Superior de la Federación y las universidades públicas autónomas) los tribunales administrativos, (artículo 3º fracción XVI) así como las entidades de interés público y cualquier persona que reciba recursos públicos (artículos 11 y 12), procedieron a emitir sus reglamentos, y a establecer sus lineamientos de acceso, todas las dependencias del Poder Ejecutivo federal han sido supervisadas por el IFAI para que entreguen la información en su poder, siendo como ya dije favorable el balance a la transparencia y el acceso a la información federal. Sin embargo, en

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2006

las entidades federativas se presentó un fenómeno diferente. En efecto, debilitado el presidencialismo, por haberse dado la alternancia en el poder a nivel federal, los gobernadores de los estados se encontraron con un espacio de poder en que la figura presidencial ya no dictaba las órdenes desde el centro, y promovieron las leyes de acceso estatales, contando con el respaldo de sus congresos locales, de manera que favoreciera sus intereses, que si bien en unos casos fueron favorables a la apertura y a la transparencia, en muchos otros sólo fueron una simulación de apertura, y regularon el derecho de acceso a la información con un diseño institucional que en la práctica lo hizo nugatorio.

De ello, derivó una legislación heterogénea, en los 32 estados que actualmente cuentan con leyes de acceso, que tiene diferentes procedimientos, diferentes plazos, diversos límites, etc. que no constituyen sin duda lo más deseable para garantizar un derecho fundamental como lo es el derecho de acceso a la información, del cual deben gozar en igualdad de circunstancias todos los mexicanos, y que incluso, siguiendo los estándares internacionales, al cual deben poder tener acceso todas las personas a través de los medios electrónicos, sin tener que justificar un interés en la información solicitada.

Un proceso similar ocurrió en algunos de los 2,452 municipios que existen en el país, en donde algunos de los muy pocos que han elaborado su reglamento, no incluyeron los estándares mínimos que se exigen para la eficacia de la norma de acceso.

Como ejemplo tomemos el caso de Veracruz, en el cual se promulgó la Ley de Acceso a la Información del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave,² de la cual se puede decir que fue una ley defectuosa, en su momento fuertemente cuestionada desde la academia, los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil, y que fue colocada por los expertos en evaluación de la transparencia y el acceso en el último lugar de las leyes del país. No es sino hasta la presente administración gubernamental que el gobernador del Estado convocó a las fuerzas políticas estatales a construir una ley que cumpliera con los estándares internacionales y nacionales en la materia, que recientemente ha sido publicada, se trata de la Ley número 848 de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el estado de Veracruz de Ignacio de la Llave,³ complementada con la reforma constitucional que eleva a derecho humano fundamental el derecho a la información y establece el Instituto Veracruzano de Acceso a la Información como un órgano constitucional autónomo. El siguiente paso en el desenvolvimiento de la

² Publicada en la Gaceta Oficial de 8 de junio de 2004.

³ Publicada en la Gaceta Oficial de 27 de febrero de 2007

ley estatal será el reto de nombrar a los Consejeros del IVAI de una forma democrática y transparente para que garanticen objetividad e imparcialidad en la aplicación e interpretación de la Ley.

4. Necesidad de una reforma constitucional

Durante los meses de octubre y noviembre del año 2001, impulsado por el Poder Ejecutivo federal, a través de la Secretaría de Gobernación, se convocó a una Consulta Nacional sobre transparencia y acceso a la información gubernamental en 4 sedes, Monterrey, Guadalajara, Veracruz y la Ciudad de México, con la participación de académicos, autoridades, propietarios de medios de comunicación y la sociedad civil.

En la consulta efectuada en Veracruz, participé con una ponencia que sostenía que era necesario reformar el artículo 6º de la Constitución General de la República, ya que la redacción dejaba mucho que desear.

No se dieron las condiciones, incluso se escatimó la posibilidad de que la LAI fuera reglamentaria del artículo 6º constitucional y casi cuatro años después de la aprobación de la Ley federal, y ante el problema de la heterogeneidad de las legislaciones estatales y municipales, está en proceso la reforma constitucional (ya fue aprobada en la Cámara de Diputados por una amplia mayoría de 425 votos a favor el 6 de marzo y por unanimidad en la Cámara de Senadores el 24 de abril; en el momento actual se encuentra pendiente de aprobación por las legislaturas locales) que eleva a rango constitucional el derecho de acceso a la información, con el objeto de establecer en siete fracciones los principios y las bases para que las legislaciones estatales se estandaricen.

Con respecto a la reforma constitucional en proceso, si bien comparto las inquietudes de los gobernadores signantes de la Iniciativa Chihuahua y de los coordinadores de los grupos parlamentarios que firmaron la propuesta de reforma, me queda sin embargo la preocupación acerca de los límites al derecho de acceso.

En efecto, el derecho de acceso a la información, como cualquier otro derecho fundamental, debe tener establecidos ciertos límites, ya que no puede hablarse de derechos absolutos. Es comúnmente aceptado por la doctrina que la convivencia de los hombres en sociedad, en un Estado democrático de Derecho donde rigen los derechos fundamentales: “impone, naturalmente, restricciones a las propias libertades en aras no sólo del ejercicio por los demás de los mismos derechos, sino también para garantizar el necesario orden social y la satisfacción de necesidades colectivas de primer orden. Son muchas las posibilidades limitadoras de los

derechos, y varían en el tiempo y en el espacio, correspondiendo a los legítimos poderes públicos tratar de encontrar siempre el más justo equilibrio entre la libertad y el orden para cada territorio y en cada momento histórico".⁴

En la reforma constitucional se incluye un límite de derecho público: el interés público, y uno de derecho privado: la protección de los datos personales. Mi comentario va en el sentido de que el concepto de interés público es lo suficientemente amplio para que en él se puedan escudar los funcionarios y empleados públicos para negar la información solicitada, y como en la misma exposición de motivos de la reforma se especifica, se relaciona con la seguridad nacional, la seguridad pública, las relaciones internacionales, por lo que tal vez hubiera sido conveniente circunscribir los límites del derecho de acceso a estos criterios específicos y no englobarlos bajo la denominación de interés público.

5. Principales retos para construir una cultura de la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas

El principio de transparencia inherente al principio democrático constituye, junto con los de legalidad y eficacia, los tres grandes principios que presiden actualmente la actividad de las Administraciones Públicas.

Aun cuando se utilizan por la doctrina indistintamente los términos de "transparencia" y "publicidad" administrativa, en realidad no son sinónimos.

Por transparencia administrativa se entiende el hecho de proporcionar información por parte de la Administración Pública sobre sus actividades al conjunto de la ciudadanía, posibilitándose de ese modo el control de la acción administrativa por parte de la opinión pública. Desde el punto de vista de la Administración la transparencia favorece la rectitud y objetividad de la acción administrativa; desde el punto de vista de los administrados, se presenta como una contrapartida frente a las prerrogativas de una administración dotada actualmente de enormes potestades para recabar y obtener información de los ciudadanos.

En ese sentido Severiano Fernández Ramos sostiene que: "La llamada transparencia administrativa más que representar un instituto jurídicamente

⁴ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson Constitucional, Madrid, 2004, p. 37.

preciso constituye un modo de ser de la Administración, un objetivo o un parámetro desde el que evaluar el desarrollo de la acción de las Administraciones Públicas".⁵

Concluyendo, la transparencia administrativa debe traducirse en la difusión de las normas administrativas, la clara delimitación de las funciones administrativas, proporcionar la información de la estructura orgánica de la Administración, los salarios de los funcionarios públicos, las licitaciones de obra pública, y de todos aquellos datos en poder de la Administración pública y las entidades de interés público, que permitan el efectivo control de la acción administrativa por parte de los ciudadanos.

Por ello, es indispensable que los países que deseen garantizar el derecho de acceso lo hagan mediante una ley, reforzándolo por una política pública de transparencia y publicidad. En muchos de los países en que se ha establecido este derecho, la experiencia demuestra que es necesario el transcurso de varios años para que las personas hagan uso de él, y para que los funcionarios y empleados públicos cambien sus prácticas burocráticas y proporcionen la información.

La primera reacción de la burocracia se orienta a negar el acceso, aduciendo diferentes motivaciones: por miedo a cometer una equivocación; debido al encubrimiento de acciones o períodos históricos cuyo conocimiento público estiman que puede perturbar el orden interno o desprestigiar a instituciones del Estado; temor a desvelar documentos cuyo conocimiento prematuro podría generar trastornos en el normal desenvolvimiento de las actividades que realizan; encubrir actos dolosos mediante la sustracción del conocimiento público de los documentos que puedan dar indicios sobre estos actos, o simplemente para encubrir administraciones irresponsables, negligentes o arbitrarias.

Por lo anterior, la expedición de la ley debe ser reforzada por una amplia campaña de difusión de este derecho, para que las personas hagan uso de él y los empleados y funcionarios públicos, cambien la cultura de opacidad por una cultura de publicidad.

No hay que olvidar que en el Estado liberal de Derecho la Administración tradicional, de corte burocrático, se había caracterizado por la amplia discrecionalidad de que gozaba para decidir en cada caso acerca del acceso a los documentos en su poder, basada en un deber estatutario de discreción de los

⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Monografías Jurídicas, Madrid, 1997, p. 346.

empleados y funcionarios públicos, producto de una cultura en que el superior jerárquico se reservaba parte de la información, discrecionalidad que se reforzaba por una “cultura del secreto” como instrumento de poder.

Como es conocido Max Weber puso de manifiesto que el poder de los funcionarios no se funda solamente en el saber especializado (o saber técnico) adquirido mediante aprendizajes específicos, sino que se funda también en el “saber del servicio”, es decir, en su conocimiento, sólo a él accesible, de los hechos concretos y decisivos del servicio. Desde esta perspectiva, el saber del servicio constituye, en cuanto saber secreto, un verdadero escudo contra el control, pues como es evidente controlar a la Administración -Weber tenía en mente sobre todo el control parlamentario- tiene como condición previa la ruptura del secreto. De este modo la Administración burocrática es por tendencia natural una Administración opaca.⁶

Por otra parte, las personas tienen una desconfianza hacia las autoridades porque piensan que la información que les proporcionarán no es la correcta, por lo tanto deciden no participar, ya que la carga de tantos años de desconfianza hacia los gobiernos y sus acciones pesa en el ánimo de los ciudadanos, pero de lo que trata este derecho es de posibilitar la participación, de tener acceso a la mayor cantidad posible de fuentes para de esa manera, decidir qué es lo más conveniente y adecuado, para formar una opinión pública acerca del desempeño de los gobernantes, acerca de su actuación en el manejo de los fondos públicos y así, finalmente, propiciar una verdadera rendición de cuentas.⁷

En la Universidad Veracruzana, y como un compromiso de su plan de trabajo el Señor Rector Raúl Arias Lovillo nos convoca a involucrarnos en el diseño del reglamento que hará posible la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas en nuestra casa de estudios. Desea que sea una norma

⁶ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., p. 341.

⁷ En opinión de Andreas Schedler “la noción de rendición de cuentas incluye, por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público (*answerability*). Por otro, incluye la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos (*enforcement*).”, cfr. SCHEDLER, Andreas, ¿Qué es la rendición de cuentas?, *Cuadernos de transparencia*, Instituto Federal de Acceso a la Información, núm. 3, México, agosto de 2004, p. 12. Una versión anterior de este texto apareció en inglés con el título “Conceptualizing Accountability” *The self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, SCHEDLER, Andreas, DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc F. editores, Lynne Rienner publishers, Boulder y Londres, 1999.

consensuada, que provenga de la comunidad universitaria y por ello goce de completa legitimidad.

Con la participación, en este caso desde la construcción del reglamento de Transparencia y acceso a la información de la Universidad Veracruzana, podemos opinar sobre su diseño y si está o no de acuerdo a esos estándares mínimos de que he hablado, después, vigilando que su aprobación por parte de los Consejeros Universitarios esté presidida por un amplio debate de su idoneidad para proporcionar la transparencia y el acceso a la información respecto de todas las materias que comprende el caso de las universidades públicas, y en especial de la nuestra que recibe fondos federales y es la universidad pública que recibe proporcionalmente más aportaciones del gobierno estatal.

Hablo de una cultura a construir, porque se trata de un proceso, no en balde todas las legislaciones de acceso mencionan la necesidad de incluir en los contenidos educativos tanto de nivel medio como superior, la cultura de la transparencia, para que se vaya haciendo algo cotidiano, para que las personas realmente hagan uso del derecho, en este caso los miembros de la comunidad universitaria, tanto en las obligaciones de transparencia, revisando la información que estará a disposición por Internet, como haciendo uso del derecho de acceso y haciendo las preguntas pertinentes sobre el quehacer universitario, sobre el destino de los recursos públicos y sobre la planeación del futuro de nuestra universidad, sin dejar resquicio por el cual la autoridad universitaria escatime esa información que nos permitirá formarnos una opinión y participar activamente en el destino y en el futuro de nuestra Alma Mater.

Locatio conductio, una institución unitaria con múltiple función económico-social

Socorro Moncayo Rodríguez *

RESUMEN: El presente trabajo se inserta en el ámbito de los contratos consensuales, últimos en surgir en el derecho romano, revisa el contrato de arrendamiento denominado locatio conductio, destacando particularmente el carácter unitario que dicha institución asumía frente a la variedad de modalidades que englobaba.

Palabras claves: Locatio conductio, arrendamiento, locator, conductor

ABSTRACT: The present paper inserts itself in the scope of consensual contracts, last to emerge in roman law, and reviews the renting contract called locatio conductio, particularly outstanding the unitary character that such institution assumed facing the variety of modalities it englobed.

Key words: locatio conductio, renting, locator, conductor

SUMARIO: 1. Concepto, 2. Origen, 3. Elementos, 4. Derechos y obligaciones, 5. Acciones, 6. Extinción, 7. Conclusión.

1. Concepto

La locatio conductio es considerada en el derecho romano clásico una figura unitaria en la cual los juristas englobaban una serie de casos o realidades, identificando en ella el *locare*, que significa colocar, poner a disposición, una cosa que era entregada a otra persona, y el *conducere*, que significa llevar consigo, utilizar, de manera que individualizaban los dos comportamientos que debían estar presentes en el contrato.

Suele definirse como un contrato consensual, bilateral de buena fe, en virtud del cual una de las partes (*locator*) se obliga a poner a disposición de la otra

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

(*conductor*) una determinada cosa para que la disfrute durante un cierto tiempo, debiendo este último, restituirla y quedando obligado a pagar una contraprestación o *merces*, o bien a realizar una determinada actividad a favor de la otra, a cambio de una remuneración o a realizar una obra a favor de la otra, mediante el correspondiente pago.

Es de observarse que la *locatio conductio* o arrendamiento fue utilizada por los romanos para calificar situaciones diversas, que a partir de la doctrina medieval fueron denominadas *locationes rei*, *operarum* y *operis*, distinguiéndose, por tanto, tres tipos de arrendamiento; sin embargo tal tripartición de realidades negociales no debe conducirnos necesariamente a pensar que en la experiencia jurídica romana se reconociera la existencia de tres contratos diferentes, tal noción era extraña al derecho romano, así tenemos que en los fragmentos que Gayo dedica al arrendamiento (3. 142-147) y en el título *locati conducti* que dedica el Digesto (19. 2) a esta institución no se hace referencia a las tres diferentes formas de la *locatio conductio*, lo que indicaría que dicha terminología era ajena al pensamiento de los juristas clásicos.

Los juristas romanos concibieron la *locatio conductio* como una figura unitaria en la que quedaban comprendidas múltiples realidades que tenían en común la presencia del *locator*, que:

“...es el que entrega la cosa a una determinada persona durante un cierto tiempo (en el caso de la *locatio rei* evidentemente, y en el caso de la *locatio operarum* porque los servicios prestados por otro hombre se consideraban como cosa material), y en el caso de la *locatio operis faciendi* porque se entregaba una cosa corporal a otra persona para que ésta realizase sobre ella una determinada actividad (la transportase, la transformase en utilidad del *locator*)”.¹

2. Origen

No hay certeza en relación al origen de esta institución, la doctrina² considera que el reconocimiento como contrato consensual se produce a fines de la República, en efecto el proceso de transformación económica y social que se realiza en esta fase, se acentuó todavía más con la segunda guerra púnica y con las grandes conquistas que ésta trajo aparejadas, provocando que la economía tuviera un gran desarrollo, en el ámbito de estas nuevas necesidades económicas y sociales el arrendamiento como otros contratos consensuales, encuentran gran aplicación.

Algunos precedentes que contribuyen a su configuración son los siguientes:

¹ TORRENT, Armando, *Manual de derecho privado romano*, Ed. Edisofer, Zaragoza, 2002, p. 463.

² *Ibidem*, p.461.

Un primitivo antecedente de la *locatio conductio* podría encontrarse en la clientela³, los clientes eran personas que prestaban servicios a un patrón, recibiendo a cambio protección económica y jurídica, recibían en precario habitaciones o tierras que eran propiedad de los patronos a través de concesiones a cambio de un pago, es probable que a través de un lento proceso dicha relación de dependencia se haya transformado en un contrato consensual basado en la *bona fides*.⁴

Otro antecedente es el arrendamiento que el Estado hacía mediante concesiones especiales del *ager publicus* a cambio de un *vectigal*.

También en las XII Tablas se hace mención del arrendamiento de animales (*locatio jumenti*)⁵, referido por Gayo 4. 28:

Gai. 4. 28. Por ley estableció la toma de prenda, por ejemplo, en virtud de la Ley de las XII Tablas... contra el que no paga el alquiler de una caballería, siempre que tal alquiler se hubiese destinado a un sacrificio de los dioses...

Otra mención se encuentra en Catón el Censor en su tratado *De Agricultura*, 144-145, en donde se refiere a la locación de olivares mediante el pago de un precio, estableciendo el deber, para el que toma en arrendamiento, de recoger la aceituna.

La *locatio conductio* como contrato consensual encuentra su origen en el *ius gentium*, en los negocios realizados por romanos y extranjeros en el comercio internacional y que encontraban protección en la jurisdicción del pretor peregrino a través de acciones de buena fe, y posteriormente fueron introducidos al *ius civile* romano y se practican también entre ciudadanos romanos.⁶

D.19.2.1 *Paul. Lib.XXXIV ad Ed.* D.19.2.1. Paulo Com. Al Ed. Lib. XXXIV

Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, si cut emptio et venditio.

La locación y conducción por ser natural y de todas las gentes, no se contrae con palabras, sino por el consentimiento, como la compraventa.

³ Cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, Ed. UTET, Torino, 2000, p.463.

⁴ Cfr. KASER, Max, *Derecho privado romano*, Ed. Reus, Madrid, 1982, p. 197.

⁵ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema contractual romano*, Ed. Dykynson, Madrid, 2004, p. 267.

⁶ Cfr. ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 374-375.

En este fragmento se hace referencia al origen de este contrato en el derecho de gentes y a su naturaleza consensual, libre de formas a similitud de la compraventa que le sirve de modelo, como resulta de otro fragmento de Gayo recogido en el Digesto 19. 2. 2. pr.

3. Elementos

La *locatio conductio* en sus diferentes modalidades tenía los siguientes rasgos ó características:

A. Sujetos, *locator* y *conductor*. En la *locatio conductio rei* y *locatio conductio oprarum* el *locator* es aquel que recibe la merced, en la *locatio conductio operis*, *locator* es el que paga la remuneración, parecería a simple vista que el sujeto no cumple la misma función en las diferentes hipótesis, sin embargo lo que caracteriza al *locator* está en poner algo a disposición del *conductor*, en los dos primeros casos pone a disposición del *conductor* una cosa o su propio trabajo y corresponde al *conductor* pagar el canon o remuneración; en el último caso, el *locator* pone a disposición del *conductor* cosas o materiales para que realice una obra, correspondiéndole, por tanto, a este último el pago del canon o merced.⁷

B. Acuerdo de voluntades. Siendo la *locatio conductio* un contrato consensual⁸, elemento fundamental es el acuerdo de voluntades, que podía ser manifestado de cualquier modo y debía versar sobre colocar temporalmente una cosa o trabajo a cambio de recibir una renta, ello resulta con toda claridad de un texto de Gayo recogido en el Digesto:

D.19.2.2.pr. Gai. Lib. II Rer. Quot .

D.19.2.2.pr. Gayo, Diario, lib.II

*Locatio et conductio proxima est
emptioni et venditioni, iisdemque iuris
regulis consistit. Nam ut emptio et
venditio ita contrahitur, si de pretio
convenerit, sic et locatio et conductio
contrahi intelligetur, si de mercede*

La locación y conducción es similar a la compraventa y se rige por las mismas reglas de derecho. Así como la compraventa se contrae si hay acuerdo sobre el precio,

⁷ Cfr. MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p.327.

⁸ Aún cuando no hay duda en la doctrina que se trata de un contrato consensual, se ha manifestado que en sus orígenes habría tenido una naturaleza real, iniciando como un precario a cambio de una renta, siendo necesaria la entrega de la cosa para su uso y goce temporal contra el pago de un canon, de manera que la obligación de pagar la renta surgiría a partir de la efectiva entrega de la cosa. Es de señalarse que esta consideración se referiría solamente al origen de la institución, por lo que no toca su carácter de contrato consensual, claramente definido en las fuentes. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *op. cit.*, p. 274.

convenerit.

también la locación y conducción se considera contraída si se conviene la merced.

Como consecuencia de la consensualidad del contrato, el acuerdo de voluntades no requería de forma alguna, se contrae la *locatio conductio* por las simples palabras, manifiesta Paulo en un fragmento del Digesto 19. 2. 1.

C. La cosa, objeto de este contrato podía ser cualquier cosa, mueble o inmueble, siempre que estuviera dentro del comercio. Para precisar este elemento es necesario referirse en particular a las diferentes modalidades que este contrato encerraba: *Locatio conductio rei*, en ésta lo que se cede es el uso y disfrute de una cosa, que podía ser mueble o inmueble, tratándose de arrendamiento de inmuebles, éstos pueden ser rústicos o urbanos.⁹ La cosa debía ser no consumible por el uso, puesto que tendrá que restituirse al finalizar el arrendamiento y tenía que ser corpórea. *Locatio conductio operarum*, en ésta lo que se coloca es la actividad o trabajo (*operae*), por lo que objeto del arrendamiento es un *facere* que se traduce en el servicio convenido, siendo necesario establecer el tipo de actividad que se contrata, lo relevante es el trabajo y no el resultado. *Locatio conductio operis*, aquí lo que se obliga a realizar es una obra, lo importante no es la actividad que se despliega sino el resultado que se obtiene: la obra.

D. Merced o precio, normalmente consistía en una cantidad de dinero, en los arrendamientos rústicos era posible pagar el importe de la *merces* en especie con los frutos obtenidos del fundo, distinguiéndose dos tipos de pago: una parte de los frutos (*pars quota*) que producía el fundo, por ejemplo un tercio, un quinto de la cosecha; o bien una cantidad determinada de productos independientemente de la cosecha que se obtuviese (*pars quanta*), por ejemplo un quintal de trigo, dos barricas de vino. En el arrendamiento la *merces* o pago es un elemento esencial, es un rasgo que lo distingue de otros tipos de contratos como los innominados o el comodato.¹⁰

4. Derechos y obligaciones

Locatio rei. El *locator* (arrendador) tiene el deber de poner la cosa a disposición del *conductor* (arrendatario) y permitirle el uso y disfrute de la misma, garantizándole una pacífica posesión, mantener la cosa arrendada en buenas condiciones¹¹

⁹ Cfr. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano, I Instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid. 2005, p.311.

¹⁰ Cfr. I. 3. 24. 1 y 2.

¹¹ D.19.2.25.2. Si edificando el vecino se oscureciesen las luces de un cenáculo, el arrendador está obligado con el inquilino y no hay duda alguna de que sea lícito al colono o al inquilino abandonar

durante el tiempo que dure el arrendamiento y restituir al *conductor* los gastos necesarios o útiles que hubiera realizado para la conservación de la cosa.¹² Responde de los daños y perjuicios que por su culpa o dolo haya ocasionado al arrendatario, quedando liberado sólo en caso de fuerza mayor.¹³ El *conductor* está obligado a pagar la merced convenida, consistente normalmente en dinero, pero en caso de arrendamiento de finca rustica la merced podía consistir en una parte de los productos del fundo, el arrendatario quedaba liberado de esta obligación cuando por alguna causa imputable al arrendador, incluida la fuerza mayor, no estaba posibilitado para usar y disfrutar la cosa,¹⁴ los emperadores extendieron esta solución, estableciendo la disminución parcial de la merced en los años en que las cosechas eran malas, aumentando lo que faltase en años abundantes;¹⁵ el *conductor* debe conservar la cosa en buen estado,¹⁶ usarla conforme a su naturaleza y destino socio-económico, respondiendo de culpa y de la *custodia*;¹⁷ y deberá restituirla al concluir el arrendamiento¹⁸. Por cuanto hace a la duración del contrato, ésta podía estar establecida por las partes, sujetándose a un término o de manera indeterminada, en el primer caso, si al vencimiento del término el *conductor* continúa sin ser disturbado en el uso y disfrute de la cosa, el arrendamiento se considera prorrogado¹⁹ (*tacita reconductio*).

Locatio conductio operarum. La principal obligación del *locator* es la de realizar la actividad o trabajo objeto del contrato, es decir prestar los propios servicios durante un determinado tiempo; aún cuando no estaban excluidos de la *locatio conductio* los de las *artes liberales* (medicina, abogacía, etc.), eran servicios que de acuerdo con las prácticas y exigencias sociales de los romanos no podían ser remuneradas,²⁰ se consideraba esto contrario a las buenas tradiciones y debían

el arrendamiento y también si se le demandase por las rentas se deberá hacer una rebaja. Lo mismo se entenderá si el arrendador no restaura las puertas y ventanas demasiado estropeadas. Véase también D.19.2.15. pr.-1.

¹² D.19.2. 55. 1. Si en el fundo tomado en arrendamiento, el arrendatario con su trabajo hubiera aumentado o edificado, o establecido alguna cosa por necesidad o utilidad, no habiéndose convenido esto, puede ejercer la acción de conducción contra el dueño del fundo para recuperar lo que gastó.

¹³ D. 19. 2. 30. 4.

¹⁴ D. 19. 2. 15. 2.

¹⁵ D. 19. 2. 15. 3-4.

¹⁶ D. 19. 2. 25. 3. El arrendatario debe hacer todo conforme al contrato de arrendamiento y ante todo debe cuidar el colono de hacer a tiempo las labores del campo, para que el cultivo fuera de tiempo no deteriore el fundo; además debe de tener cuidado de las casas de campo, de suerte que las tenga sin deterioro.

¹⁷ I. 3. 24. 5.

¹⁸ D. 19. 2. 48. 1.

¹⁹ D. 19. 2. 13. 11.

²⁰ Cfr. PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli Editore, Torino, 1994, p. 448.

prestarse gratuitamente, sin embargo, en la fase imperial tardía se permitió requerir procesalmente el pago de estos servicios a través del procedimiento *extra ordinem*.²¹ El *locator* respondía en caso de culpa y dolo; el trabajo o actividad debía prestarse personalmente, por lo que su muerte extingue la obligación. El *conductor* estaba obligado a pagar la merced o renta durante la vigencia del contrato, aún cuando el *locator*, por causas a él no imputables, no hubiese prestado los servicios.²²

Locatio conductio operis. La principal obligación del *conductor* es la de realizar la obra convenida, que puede ser muy variada: construir, transportar, fabricar, instruir, confeccionar, reparar, etc., pero no está obligado a efectuarla personalmente, puede servirse para ello de terceras personas. Es responsable de dolo, culpa, por la custodia de la cosa y también por la *imperitia*, es decir de los daños causados por la falta de aptitud para realizar la actividad que le fue conferida.²³ El riesgo de la cosa o *periculum* pesa sobre el *conductor* hasta el momento de la entrega de la obra, quedando liberado si la cosa perece por causa de fuerza mayor.²⁴ El *locator* tiene el deber de pagar el precio estipulado por la obra, que normalmente es al concluir la misma y también está obligado a suministrar todos o parte de los materiales para la realización de la obra, pues en caso contrario lo que se tipifica es una compraventa y no un contrato de arrendamiento.

5. Acciones

Las acciones que derivan del contrato de arrendamiento son la *actio ex locato* o *actio locati* que compete al *locator* y la *actio ex conducto* o *actio conducti* que se confiere al *conductor*, ambas para exigir las correspondientes obligaciones.

6. Extinción

El contrato de arrendamiento se extingue por las siguientes causas:

- a. Por cumplimiento del término
- b. Por pérdida de la cosa
- c. Por renuncia²⁵
- d. Por muerte del *locator* en la modalidad *locatio conductio operarum* y por muerte del conductor en la *locatio conductio operis*, no así en la *locatio*

²¹ D. 50. 13. 1. pr.-1.

²² D. 19. 2. 38. pr.-1.

²³ D. 19. 2. 9. 5.

²⁴ D. 19. 2. 36-37.

²⁵ D. 19. 2. 25. 2.

conductio rei, en donde los derechos y deberes se trasmiten a los herederos.²⁶

- e. Por el *contrarius consensus*

Conclusión

Como ha podido observarse la *locatio conductio*, uno de los contratos consensuales que se incorpora al *ius civile* romano a fines de la República a similitud de la compraventa, comprende diversas realidades negociales que la vida cotidiana de los romanos imponía y que requería de regulación jurídica. Este contrato concebido de manera unitaria por los juristas romanos y que los estudiosos medievales transformaron en tres figuras distintas, es de gran relevancia, pues de él se desprenden contratos muy difundidos en la actualidad como el contrato de arrendamiento, de trabajo y de obra

²⁶ I. 3. 24.6. Si el locatario muere durante el arrendamiento, su heredero le sucede en la locaciòn. Sin embargo en sentido contrario D. 19. 2. 4.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.
- BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, Ed. UTET, Torino, 2000.
- GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano, I Instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid. 2005.
- KASER, Max, *Derecho privado romano*, Ed. Reus, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema contractual romano*, Ed. Dykynson, Madrid, 2004.
- MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli Editore, Torino, 1994.
- TORRENT, Armando, *Manual de derecho privado romano*, Ed. Edisofer, Zaragoza, 2002.

Trabajo y Medio Ambiente en México

Josefa Montalvo Romero*

RESUMEN: En la actualidad resulta de vital importancia estudiar el papel de la seguridad y salud laborales y las relaciones de trabajo en la protección del medio natural, para estar en condiciones de establecer políticas encaminadas a conseguir un crecimiento económico compatible con un medio laboral libre de riesgos y la mejora del medio ambiente que nos ayuden a optimizar el bienestar social.

Palabras clave: Medio ambiente, seguridad y trabajo.

ABSTRACT: It is of vital importance in the present, to study the role of labor security and health, as well as job relationships in protection of the natural environment, to be in conditions of establishing politics headed to achieve an economical growth compatible with a risk-free labor environment and the improvement of the environment, that help us optimize the social welfare.

Key words: Environment, security and labor.

SUMARIO: 1. Desarrollo sustentable. Una estrategia global; 2. Marco referencial de la Seguridad en el Trabajo; 3. Aspectos generales de la preocupación ambiental en México; 4. Acciones implementadas.

1. Desarrollo Sustentable. Una estrategia global

La preocupación sobre el desarrollo sostenible no es nueva para nadie. En el ámbito internacional se han realizado diversos esfuerzos por establecer mecanismos adecuados para alcanzar los objetivos planteados.

Como ejemplo podemos mencionar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo,¹ mejor conocida como “Cumbre para la

* Doctora en Derecho. Investigadora de la Universidad Veracruzana. Investigadora Nacional.

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil, junio 1992.

Tierra”, realizada en junio de 1992. Aquí los países participantes acordaron adoptar un enfoque de desarrollo que protegiera el medio ambiente, mientras se aseguraba el desarrollo económico y social. En esta Cumbre de Río fueron aprobados diversos documentos:

- Programa 21: Este es un plan de acción que tiene como finalidad metas ambientales y de desarrollo en el siglo XXI.
- Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo: Se definen los derechos y deberes de los Estados.
- Convención sobre el cambio climático, la diversidad biológica y la desertificación.

Aquí se definió al desarrollo sostenible como aquel “que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. De esta manera, se oficializa un enfoque en el que se compatibilizan los aspectos ambientales, con los económicos y los sociales, desde una perspectiva solidaria tanto intergeneracional como intrageneracionalmente.

Posteriormente se realiza la Cumbre para la Tierra + 5. Esta cumbre tuvo lugar en un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General celebrada en 1997. Tenía como principal objetivo analizar la ejecución del Programa 21,² aprobado en la Cumbre de 1992. Ahí se obtuvieron diversos acuerdos:

- Adoptar objetivos jurídicamente vinculantes para reducir la emisión de los gases de efecto invernadero, los cuales son causantes del cambio climático.
- Avanzar con más vigor hacia las modalidades sostenibles de producción, distribución y utilización de la energía.
- Enfocarse en la erradicación de la pobreza como requisito previo del desarrollo sostenible.

En el año 2002 se realizó la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible,³ conocida también como Cumbre de Johannesburgo. Se trata de un seguimiento al Programa 21 y por lo tanto, llevó como principal objetivo la adopción de compromisos concretos con relación al programa y el desarrollo sustentable.

² QUINTANA VALTIERRA, Jesús, *Derecho Ambiental Mexicano. Lineamientos Generales*, 2^a ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p. 304.

³ Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*, Johannesburgo, Sudáfrica, p.2.

El tema principal de la Cumbre fue cómo se debe transformar al mundo para asegurar el desarrollo sostenible. Anteriormente, en el año 2000, se había realizado en Monterrey, México, la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo.

En México opera la Oficina Regional para América Latina y el Caribe, el PNUMA/ORPALC. Esta Oficina proporciona apoyo a los países de la región para alcanzar sus objetivos en lo que al cuidado de su medio ambiente se refiere.

El presidente Vicente Fox, en su Plan Nacional de Desarrollo⁴ 2001-2006 afirmó que no podemos aspirar a un desarrollo sustentable si el crecimiento del país no respeta los recursos naturales y no contamos con un sistema educativo que promueva su conservación y su uso racional, por ello, consideramos que a partir de dicho discurso se encuentran sentadas las bases para desarrollar una política de protección en materia ambiental que seguramente habrá de continuar en el siguiente periodo presidencial.

2. Marco referencial de la Seguridad en el Trabajo

El antecedente más antiguo que se tiene en México en materia de seguridad en el trabajo, son las Leyes de Indias, que en su tiempo fueron un intento meramente simbólico por proteger a los trabajadores indígenas de los rigores a que eran sometidos a través de las encomiendas y repartimientos. Cuando se afectaba el interés de los virreyes o el de sus amistades, y conforme a las atribuciones que les otorgaban las leyes, anotaban al margen de las cédulas reales la conocida frase: “*Obedézcase pero no se cumpla*”.

Al consolidarse la independencia de México, se repudiaron las leyes de Indias y subsistió el desamparo de los trabajadores, en su mayoría indígenas y mestizos.

En la Constitución de 1857 la relación obrero patronal tenía el carácter de derecho civil, pues se consideraba que un individuo arrendaba a otro sus servicios, en tal virtud, si un trabajador al realizar sus labores se lesionaba, para que se le reparara el daño era necesario que acudiera ante los tribunales, demostrarla en juicio que el accidente de trabajo había sido culpa del patrón, y si lo lograba, eran prácticamente nulas las probabilidades de que el patrón lo volviera a emplear.

Posteriormente, la letra y espíritu del artículo 123 de la Constitución de 1917, imprimió un carácter reivindicitorio y tutelar al establecer como un derecho del

⁴ Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, p. 14.

trabajador el contar con las condiciones necesarias de seguridad en la realización de su trabajo, y como obligación del patrón el facilitarlas.

La seguridad e higiene en el trabajo quedó plasmada en la fracción XV del apartado “A” del artículo 123 constitucional, al establecer que los patrones están obligados a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre seguridad e higiene en las instalaciones de sus establecimientos, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes y enfermedades de trabajo.

Nuestra Ley Federal del Trabajo, que data de 1970, en su artículo 132 fracciones XVI y XVII establece la obligación patronal de adoptar las medidas necesarias para prevenir riesgos de trabajo y perjuicios al trabajador así como para evitar que los contaminantes excedan los máximos permitidos en los reglamentos e instructivos que expidan las autoridades competentes.

Por su parte, el artículo 509 de esta misma ley, señala la obligación de establecer en cada empresa “las comisiones de seguridad e higiene que se juzgue necesarias, compuestas por igual número de representantes de los trabajadores y del patrón, para investigar las causas de los accidentes y enfermedades, proponer medidas para prevenirlos y vigilar que se cumplan”.

El artículo 513 presenta la tabla de lo que se considera enfermedades de trabajo, sin embargo esa lista no es limitativa y lo único que hace es reconocer o establecer determinada presunción a favor del trabajador, y cuando el padecimiento no esté catalogado en la tabla que contiene el artículo, él o sus familiares tendrán que probar que la enfermedad se contrajo con motivo del servicio, para que se considere como tal.

3. Aspectos generales de la preocupación ambiental en México

La vinculación entre asentamientos humanos, economía y medio ambiente y específicamente la presión e impactos que ejercen las actividades humanas sobre los recursos se manifiesta de múltiples formas y a través de diversas intermediaciones productivas, tecnológicas, económicas, sociales y culturales. Estos procesos ocurren en un ambiente construido en el que interactúan sociedad y ecosistemas, que incluye procesos productivos, infraestructura material, servicios de transporte y comunicaciones.

Las presiones directas e indirectas de la sociedad y los efectos sobre el estado del ambiente y los recursos naturales, se traducen en impactos a la calidad del aire,

agua, suelos y en la generación de residuos, así como en impactos a la salud y bienestar de la población.

Tres aspectos importantes permiten conocer la magnitud y características de las transformaciones ambientales: la población como agente de cambio y demandante de satisfactores en sus diferentes formas de asentamiento espacial, las actividades económicas como motor del desarrollo pero también como usufructuaria de recursos y servicios ambientales, y finalmente el estado del ambiente como resultado de la presión ejercida por las actividades humanas.

El crecimiento económico viene normalmente asociado a costos ambientales que, para el caso de un país en vías de desarrollo como el nuestro, son de alrededor del 3% y el 5% del PI. Esta situación hace que el crecimiento económico sea no sustentable en el largo plazo. La evidencia disponible para México sugiere que el proceso de industrialización se ha concentrado en actividades con altos índices de contaminación.⁵ Ello, sin embargo, no obedece a que la industria mexicana se oriente hacia lo que se conoce como un paraíso de contaminación, sino que corresponde a la hipótesis en donde la oferta sigue a la demanda. Debe sin embargo, considerarse que el crecimiento económico genera también las condiciones y los recursos para enfrentar el deterioro ambiental. Esto resulta particularmente importante porque, en alguna medida, la disminución de determinados contaminantes puede venir sustituida por otros. Por ello, una estrategia ambiental exitosa debe ser dinámica. El uso de regulaciones o instrumentos económicos para limitar los efectos negativos de los costos ambientales es posible y no representa un obstáculo al crecimiento económico. Todo indica que el peligro de perder inversiones extranjeras o hacer a las exportaciones mexicanas no competitivas en el exterior es relativamente infundado. En efecto, se establece que las exportaciones industriales mexicanas no están asociadas estadísticamente a los sectores con mayores índices de contaminación. Esto implica entonces que un crecimiento de nuestras exportaciones tenderá a favorecer una industria más limpia. Ello debe complementarse con una política de apertura e innovación tecnológica en áreas donde los índices de contaminación son muy elevados.

Los indicadores disponibles sobre los recursos naturales renovables y no renovables sugieren que están siendo explotados en una forma no sustentable. A este respecto, es necesario modificar drásticamente sus patrones de explotación e integrar circuitos productivos que permitan elevar su contribución al valor

⁵ www.ine.gob.mx/ueajei/publicaciones/index

agregado y al impacto del ingreso y, en algunos casos, limitar directamente o a través de instrumentos económicos su explotación.

Es necesario instrumentar una estrategia ambiental coordinada de regulaciones e incentivos económicos y que considere los aspectos dinámicos del problema que nos permita avanzar en el cuidado del medio ambiente.

Por otra parte, en los últimos 30 años, la población del país se ha duplicado y el consumo de bienes y servicios, en términos reales, se ha triplicado. Esto ha modificado profundamente nuestra relación física con el medio ambiente.

Es necesario considerar a nuestro país no como el inagotable e inexplorado “cuerno de la abundancia”, sino reconocerlo como un gran recurso al que, sin embargo, podríamos destruir sin haberlo aprovechado cabalmente para el crecimiento y bienestar de su población.

Nuestro país es considerado entre los 12 países con mayor diversidad biológica en el mundo. Asimismo, goza de una gran riqueza en metales como plata (primer productor mundial), níquel y cadmio (cuarta y quinta reservas más grandes en el mundo, respectivamente), petróleo (tercera reserva mundial) y cobre (sexto productor del mundo), además de contar con valiosos y muy variados ecosistemas de montaña, marinos y costeros. Bien se puede sostener que México constituye un amplio laboratorio de la naturaleza.

Sin embargo, la enorme riqueza natural de México ha sido utilizada en forma irracional al seguir un modelo de crecimiento económico basado en una continua extracción de los recursos naturales por considerarlos infinitos y por suponer que el entorno natural tiene la capacidad de asimilar cualquier tipo y cantidad de contaminación. Esta actitud ha resultado en una severa pérdida y degradación de nuestros recursos y del entorno natural, porque la estrategia de desarrollo económico no ha sido sustentable. De no revertirse esta tendencia en el corto plazo, estará en peligro el capital natural del país, que es la base de nuestro proyecto de desarrollo.

Por otra parte, el crecimiento demográfico ha ejercido una presión sobre los ecosistemas que no siempre se ha enfrentado correctamente. Para comprender la magnitud de esa carga, hay que tener presente que la población del país se ha triplicado en los últimos 50 años; que se han construido 13 millones de viviendas en los últimos 30 años, y que se ha cuadruplicado la infraestructura carretera entre 1960 y 2000.

El crecimiento demográfico y la urbanización desordenada han sido factores determinantes en la erosión y tala de bosques. Por su parte, la expansión de industrias generadoras de emisiones de carbono y otros contaminantes repercute directa o indirectamente en el cambio climático.

En los últimos años, México presenta altos niveles de degradación ambiental,⁶ como se muestra en los siguientes ejemplos:

- El país pierde 600,000 hectáreas de bosque anualmente, y experimenta una tasa anual de deforestación de 1.5 por ciento.
- De las 100 cuencas hidrológicas del país, 50 están sobreexplotadas, y extensas regiones del país tienen problemas de abasto de agua.
- Las selvas tropicales de México han disminuido un 30% en los últimos 20 años.
- Se han extinguido 15 especies de plantas y 32 de vertebrados en México. En nuestro país se ha dado 5.2% de las extinciones del mundo en los últimos 400 años.
- La contaminación del aire y del agua en las grandes ciudades del país ha alcanzado niveles tales que tiene efectos negativos sobre la salud y el bienestar de la población.
- México lanza a la atmósfera más de 460,000 gt. de gases de desecho y se estima una producción anual de 3,705,000 toneladas de residuos peligrosos.

La degradación de los recursos naturales del país y la creciente generación de contaminantes representan una pérdida neta del capital natural, así como una disminución importante de nuestro potencial para promover un desarrollo económico que permita satisfacer las necesidades básicas de la población.

El medio ambiente es prioritario. Se trata de un mandato social, de una convicción de gobierno, de una estrategia para el crecimiento de largo plazo y, finalmente, de un requerimiento ético y comercial de la nueva convivencia internacional.

El desarrollo de la Nación no será sustentable si no se protegen los recursos naturales con que contamos. Se ha visto cómo la degradación del capital natural del planeta ha producido cambios climáticos que afectan negativamente a las actividades humanas, y ello confirma la necesidad de conservar de manera racional los recursos naturales de nuestro país.

⁶ www.semarnat.gob.mx.

4. Acciones implementadas

Ante esta problemática ambiental y de trabajo expuesta, el gobierno y la sociedad mexicana han tomado algunas medidas que a continuación se analizan.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente⁷ establece en su artículo 21:

La Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, diseñarán, desarrollarán y aplicarán instrumentos económicos que incentiven el cumplimiento de los objetivos de la política ambiental, y mediante los cuales se buscará:

- I. Promover un cambio en la conducta de las personas que realicen actividades industriales, comerciales y de servicios, de tal manera que sus intereses sean compatibles con los intereses colectivos de protección ambiental y de desarrollo sustentable;
- II. Fomentar la incorporación de información confiable y suficiente sobre las consecuencias, beneficios y costos ambientales al sistema de precios de la economía;
- III. Otorgar incentivos a quien realice acciones para la protección, preservación o restauración del equilibrio ecológico. Asimismo, deberán procurar que quienes dañen el ambiente, hagan un uso indebido de recursos naturales o alteren los ecosistemas, asuman los costos respectivos;
- IV. Promover una mayor equidad social en la distribución de costos y beneficios asociados a los objetivos de la política ambiental, y
- V. Procurar su utilización conjunta con otros instrumentos de política ambiental, en especial cuando se trate de observar umbrales o límites en la utilización de ecosistemas, de tal manera que se garantice su integridad y equilibrio, la salud y el bienestar de la población.

Por su parte, el artículo 28 regula la evaluación del impacto ambiental que es el procedimiento a través del cual la Secretaría del Medio Ambiente Recursos Naturales y Pesca establece las condiciones a que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones aplicables para proteger el ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el ambiente.

⁷ Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente. DOF. 28-enero-1998.

El artículo 30 nos dice que para obtener la autorización a que se refiere el artículo 28 de la Ley, los interesados deberán presentar a la Secretaría una manifestación de impacto ambiental, la cual deberá contener, por lo menos, una descripción de los posibles efectos en el o los ecosistemas que pudieran ser afectados por la obra o actividad de que se trate, considerando el conjunto de los elementos que conforman dichos ecosistemas, así como las medidas preventivas, de mitigación y las demás necesarias para evitar y reducir al mínimo los efectos negativos sobre el ambiente.

Cuando se trate de actividades consideradas altamente riesgosas en los términos de la Ley, la manifestación deberá incluir el estudio de riesgo correspondiente.

La misma Ley establece como alternativa la posibilidad de que los productores, empresas u organizaciones empresariales puedan desarrollar procesos voluntarios de autorregulación ambiental, a través de los cuales mejoren su desempeño ambiental, respetando la legislación y normatividad vigente en la materia y se comprometan a superar o cumplir mayores niveles, metas o beneficios en materia de protección ambiental.

Se tiene especial atención con aquellas actividades altamente riesgosas,⁸ en cuyo caso se deberá formular y presentar a la Secretaría un estudio de riesgo ambiental, así como someter a la aprobación de dicha dependencia y de las Secretarías de Gobernación, de Energía, de Comercio y Fomento Industrial, de Salud, y del Trabajo y Previsión Social, los programas para la prevención de accidentes en la realización de tales actividades, que puedan causar graves desequilibrios ecológicos.

Finalmente se hace efectivo el derecho a la información ambiental y se faculta a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales para desarrollar un Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales que tendrá por objeto registrar, organizar, actualizar y difundir la información ambiental nacional, que estará disponible para su consulta y que se coordinará y complementará con el Sistema de Cuentas Nacionales a cargo del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática.

Respecto del medio ambiente de trabajo y conforme a la distribución de atribuciones que hace la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social le corresponde, entre otras, procurar el

⁸ CARMONA LARA, María del Carmen, *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*, Ed. IIJ-UNAM, México, 2003, p.8.

equilibrio entre los factores de la producción, así como vigilar que los patrones y trabajadores cumplan con las obligaciones respectivas que les impone la legislación laboral; esto es, las relativas a normas de trabajo, capacitación y adiestramiento, seguridad e higiene y contractuales.

Dentro de la Secretaría existe la Dirección General de Seguridad y Salud en el Trabajo con las siguientes atribuciones:

- I. Establecer los planes y estrategias para promover en los centros de trabajo la mejora de las condiciones físicas y ambientales en las que se desempeña el trabajo.
- II. Instrumentar los mecanismos conducentes para promover el cumplimiento de la normatividad en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, incluyendo la prevista en los tratados internacionales ratificados por México en la materia.
- III. Proponer adecuaciones al marco regulatorio de la seguridad, salud y medio ambiente de trabajo.
- IV. Proporcionar asistencia técnica a las empresas para promover la formulación de programas de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo.
- V. Dirigir y apoyar el funcionamiento del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- VI. Expedir autorizaciones a las empresas para la utilización de métodos alternativos a los que establecen las normas oficiales mexicanas en la materia, entre muchas otras.

En el marco de estas atribuciones, surge en 1997 el Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo,⁹ que tiene por objeto establecer las medidas necesarias de prevención de los accidentes y enfermedades de trabajo, tendentes a lograr que la prestación del trabajo se desarrolle en condiciones de seguridad, higiene y medio ambiente adecuados para los trabajadores.

Aquí se contempla que el cumplimiento de las Normas Oficiales Mexicanas sobre la materia en los centros de trabajo, se podrá comprobar a través de los dictámenes que sean expedidos por las unidades de verificación, laboratorios de prueba y organismos de certificación acreditados.

⁹ www.stps.gob.mx/marco_juridico. Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo D.O.F. 28-Enero-1997.

Los patrones están obligados a adoptar, de acuerdo a la naturaleza de las actividades laborales y procesos industriales que se realicen en los centros de trabajo, las medidas de seguridad e higiene pertinentes.

En los centros de trabajo en donde se realicen actividades industriales, comerciales o de servicios altamente riesgosas, los patrones elaborarán los programas para la prevención de accidentes en la realización de tales actividades que puedan causar graves desequilibrios ecológicos.

Dentro de las obligaciones que se señalan para los patrones destaca la de efectuar estudios en materia de seguridad e higiene en el trabajo, para identificar las posibles causas de accidentes y enfermedades de trabajo y adoptar las medidas adecuadas para prevenirlos; también se contempla la obligación de determinar y conservar dentro de los niveles permisibles las condiciones ambientales del centro de trabajo, empleando los procedimientos que para cada agente contaminante se establezcan en las normas correspondientes, y presentar a la Secretaría los estudios respectivos cuando ésta así lo requiera.

Como obligaciones de los trabajadores se contemplan, la de designar a sus representantes y participar en la integración y funcionamiento de la Comisión de Seguridad e Higiene del centro de trabajo en que presten sus servicios; también deben participar en los cursos de capacitación y adiestramiento que en materia de prevención de riesgos y atención de emergencias, sean impartidos por el patrón y deberán conducirse en el centro de trabajo con la probidad y los cuidados necesarios para evitar al máximo cualquier riesgo de trabajo.

En este contexto opera el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuya última revisión a su organización y operación se realizó en 2005. Es el órgano facultado para la elaboración de normas oficiales mexicanas, así como para promover su cumplimiento en las materias de seguridad y salud en el trabajo, competencia de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Algunas de las normas oficiales mexicanas en materia de trabajo son:

- NOM-003-STPS-1999. Actividades agrícolas. Uso de insumos fitosanitarios o plaguicidas e insumos de nutrición vegetal o fertilizantes. Condiciones de Seguridad e higiene. D.O.F. 28 de diciembre de 1999.
- NOM-010-STPS-1999. Condiciones de seguridad e higiene en los centros de trabajo donde se manejan, transportan, procesan o almacenan sustancias químicas capaces de generar contaminación en el medio ambiente laboral. D.O.F. 13 de marzo de 2000.

- NOM-018-STPS-2001. Sistema para la identificación y comunicación de peligros y riesgos por sustancias químicas peligrosas en los centros de trabajo. DOF. 2 de enero de 2001.
- NOM-019-STPS-2004. Funcionamiento de las Comisiones de Seguridad e Higiene.

En términos generales, esta última tiene como objetivo establecer los lineamientos para la constitución, organización y funcionamiento de las Comisiones de Seguridad e Higiene en los centros de trabajo. Para tal efecto le impone al patrón como obligaciones, el participar en la constitución, organización y funcionamiento de la comisión, vigilar su funcionamiento, proporcionar a los integrantes de la comisión la capacitación y adiestramiento en materia de seguridad e higiene.

De igual forma obliga a los trabajadores a designar a los representantes que integrarán la Comisión, a participar como miembros de la Comisión, atender las recomendaciones sobre las medidas preventivas de seguridad e higiene en el trabajo, asistir a los cursos, talleres, diplomados o cualquier otro medio de capacitación o adiestramiento que en materia de salud, seguridad e higiene se imparta.

Las Comisiones de Seguridad e Higiene se integrarán por representantes de los trabajadores y de los patrones. Para vigilar el cumplimiento de las disposiciones que señala la normatividad, las Comisiones deben establecer una programación anual de verificaciones y efectuar extraordinarias en caso de accidentes o enfermedades de trabajo que generen defunciones o incapacidades permanentes.

La vigencia del dictamen de verificación emitido por la Unidad de Verificación será de dos años. La violación a cualquiera de las disposiciones establecidas en el procedimiento de evaluación, motivará la multa, suspensión o revocación de la aprobación de la Unidad de Verificación.

La vigilancia del cumplimiento de esta norma oficial mexicana corresponde a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Por todo lo expuesto consideramos que nuestro país va por buen camino respecto de la protección del medio laboral en relación con el medio ambiente; sin embargo hay mucho por hacer. A pesar de la normatividad existente, ésta no siempre se cumple por las empresas y el objetivo sigue siendo compatibilizar la tríada: Economía-producción-protección ambiental.

Bibliografía

CARMONA LARA, María del Carmen, *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*, Ed. IIJ-UNAM, México 2003.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, junio, 1992.

Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, DOF, 28-enero-1998.

Organización de las Naciones Unidas, *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*, Johannesburgo, Sudáfrica.

Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, DOF, 30 de mayo del 2001.

QUINTANA VALTIERRA, Jesús, *Derecho Ambiental Mexicano. Lineamientos Generales*, 2^a ed., Ed. Porrúa, México, 2002.

Páginas web

Secretaría del Medio Ambiente Recursos Naturales y Pesca.
www.semarnat.gob.mx.

www.ine.gob.mx/ueajei/publicaciones/

[www.stps.gob.mx/marco_jurídico](http://www.stps.gob.mx/marco_juridico), Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo, DOF, 28-Enero-1997.

El marco jurídico de la propiedad intelectual en México

María Teresa Montalvo Romero*

RESUMEN: Dentro de las relaciones globales en que se desarrollan los Estados existen ciertos derechos o figuras jurídicas que van creciendo en importancia y aplicación, uno de ellos es la Propiedad Intelectual, en este artículo se presenta su aspecto normativo, tomando en cuenta el derecho interno e internacional. Se analizan tanto las legislaciones de cada una de las áreas en que se divide la propiedad intelectual: los derechos de autor y la propiedad industrial, y a su vez se examinan las principales funciones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, como los organismos encargados de desarrollar y aplicar las políticas referentes a esta materia.

Palabras claves: Propiedad Intelectual, derechos de autor y propiedad industrial.

SUMARIO: 1. Conceptos generales; 2. La propiedad intelectual en la legislación mexicana; 3. El marco jurídico internacional de la propiedad intelectual; 4. Consideraciones finales. Bibliografía

ABSTRACT: Within global relationships in which States are developed exist certain rights or juridical figures that grow in importance and application, one of which is the Intellectual Property, its normative aspect is presented in this article, considering internal and international law. Legislations of each area in which the intellectual property divides into are analyzed: author and industrial property rights, and at the same time the primary functions of the Global Intellectual Property Organization and the Mexican Institute of Industrial Property, as the organs responsible for developing and applying the policies referring to this subject.

Keys words: intellectual property, law on copyright and industrial property.

* Doctora en Derecho Público por la Universidad Veracruzana. Catedrática de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Veracruzana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

1. Conceptos generales

Mucho se ha escrito sobre algunos temas económicos como el federalismo fiscal, la reforma del Estado, la inversión extranjera, entre otros, que han sido punta de lanza y motor principal de las políticas públicas de los últimos sexenios.

Sin embargo, existen otros sobre los cuales debemos poner atención y que son factores generadores de problemáticas jurídico-económicas actuales, uno de ellos es la propiedad intelectual.

En el contexto global en el cual nos desarrollamos esta figura ha cobrado importancia, ejemplo de lo anterior son los tratados internacionales ya que en casi todos ellos existe un capítulo dedicado a su regulación.

Estos derechos ya existían mucho antes que se comenzara a dar la apertura de fronteras, sin embargo es con ésta con la que se comienza a evidenciar la necesidad de su exacta y eficiente regulación, ya que a través de las relaciones internacionales entre los Estados, éstos y los particulares se ven en la necesidad de proteger sus creaciones e invenciones para su mejor desarrollo económico y social.

Por propiedad intelectual debemos entender:

El conjunto de disposiciones jurídicas que regulan las prerrogativas otorgadas por el Estado a las personas sobre las creaciones de su mente. O bien, es el conjunto de disposiciones jurídicas establecidas en la carta magna, tratados internacionales, leyes, reglamentos y demás ordenamientos sobre los que se fundamenta el Estado para otorgar a individuos, empresas o instituciones, el reconocimiento, el derecho y la protección al uso exclusivo de obras literarias, artísticas, científicas, industriales y comerciales.¹

La propiedad intelectual se divide en dos grandes áreas: los derechos de autor y la propiedad industrial, la cual consiste en:

Un conjunto de ordenamientos legales compuesto por leyes, tratados internacionales y reglamentos, sobre los cuales se basa el Estado para otorgar a individuos, empresas o instituciones el reconocimiento, el *derecho y la protección al uso exclusivo* de invenciones e innovaciones o signos distintivos utilizados en los procesos productivos y en los productos o servicios que son el resultado final de dichos procesos productivos.²

Y se entiende por Derechos de Autor:

¹ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, "Algunas consideraciones sobre el Derecho de Propiedad Intelectual en México", *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, Sep-Dic 2003, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 58.

² *Ibidem*,, p. 59.

Acto volitivo de creación del intelecto, que es intangible. Protege al autor y lo faculta para divulgar y reproducir las obras expresión del ingenio humano, garantizando la integridad y el respeto de éstas. El autor está legitimado para crear su propio derecho. El autor tiene la titularidad de sus ideas-cosas inmateriales que al corporificarse en forma original crea algo nuevo, obras intelectuales que pueden ser de diversa índole.³

2. La Propiedad Intelectual en la Legislación Mexicana

En nuestro país, tanto los Derechos de Autor como la Propiedad Industrial tienen actualmente su propia legislación, haremos un breve recorrido por los conceptos más importantes de cada uno de estos ordenamientos.

La Ley Federal de Derechos de Autor, regula el primer aspecto de la propiedad intelectual, y en su artículo primero establece:

La presente Ley, reglamentaria del artículo 28 constitucional, tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.

Los Derechos de Autor dentro del Territorio Mexicano protegen las siguientes obras, establecidas en el artículo 4º de la Ley Federal de Derechos de Autor:

Artículo 4. Las obras objeto de protección pueden ser:

A. Según su autor:

- I. Conocido: Contienen la mención del nombre, signo o firma con que se identifica a su autor;
- II. Anónimas: Sin mención del nombre, signo o firma que identifica al autor, bien por voluntad del mismo, bien por no ser posible tal identificación y;
- III. Seudónimas: Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la identidad del autor.

B. Según su comunicación:

- I. Divulgadas: Las que han sido hechas del conocimiento público por primera vez en cualquier forma o medio, bien en su totalidad, bien en parte, bien en lo esencial de su contenido o, incluso, mediante una descripción de la misma;
- II. Inéditas: Las no divulgadas y;
- III Publicadas:
 - a) Las que han sido editadas, cualquiera que sea el modo de reproducción de los ejemplares, siempre que la cantidad de estos, puestos a disposición del público, satisfaga razonablemente las necesidades de su explotación, estimadas de acuerdo con la naturaleza de la obra, y
 - b) Las que han sido puestas a disposición del público mediante su almacenamiento por medios electrónicos que permitan al público obtener ejemplares tangibles de la misma, cualquiera que sea la índole de estos ejemplares;

³LOREDO HILL, Adolfo, "Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor", *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje al Profesor David Rangel Medina*, Ed. UNAM, México, 1998, p.21.

C. Según su origen:

I. Primigenias: Las que han sido creadas de origen sin estar basadas en otra preexistente, o que estando basadas en otra, sus características permitan afirmar su originalidad, y

II. Derivadas: Aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia;

D. Según los creadores que intervienen:

I. Individuales: Las que han sido creadas por una sola persona;

II. De colaboración: Las que han sido creadas por varios autores, y

III. Colectivas: Las creadas por la iniciativa de una persona física o moral que las publica y divulga bajo su dirección y su nombre y en las cuales la contribución personal de los diversos autores que han participado en su elaboración se funde en el conjunto con vistas al cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir a cada uno de ellos un derecho distinto e indiviso sobre el conjunto realizado.

Este ordenamiento otorga dos tipos de derechos a aquellos que han creado una obra literaria o artística: los derechos morales y los derechos patrimoniales, en los derechos morales:

El autor es el único, primigenio y perpetuo titular en relación con las obras de su creación, y se consideran inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, pudiendo ejercerlos él mismo o sus herederos, o bien, el Estado en caso de ausencia de aquéllos o de obras del dominio público, siempre que se trate de obras de interés para el patrimonio cultural nacional; la Ley asimismo, precisa el alcance del ejercicio de los derechos morales por parte del autor, herederos, Estado, coautores, director o realizador y productor de la obra, así como en el caso de utilización de la obra en anuncios publicitarios o de propaganda.⁴

En cuanto a los Derechos patrimoniales, la Ley en comento establece en su artículo 24º: “Corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales a que se refiere el artículo 21 de la misma”.

Los autores pueden transferir onerosa y temporalmente estos derechos para que se realicen comunicaciones o transmisión pública de las obras del autor, estos derechos patrimoniales no pueden ser embargables ni pignorables. Estos derechos estarán vigentes durante la vida del autor y cien años más después de su muerte. En la misma Ley se crea el Registro Público del Derecho de Autor, el cual tiene por objeto según lo señala el artículo 162º: “Garantizar la seguridad jurídica de los autores, de los titulares de los derechos conexos y de los titulares de los derechos patrimoniales respectivos y sus causahabientes, así como dar una adecuada publicidad a las obras, actos y documentos a través de su inscripción”.

⁴ ÁVILA ORTIZ, Raúl, “Derecho cultural”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo VIII, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 311.

Por cuanto hace a la propiedad industrial ésta se encuentra regulada por la Ley de Propiedad Industrial, y tiene por objeto:

Artículo 2⁵. Esta ley tiene por objeto:

- I.- Establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos;
- II.- Promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos;
- III.- Propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores;
- IV.- Favorecer la creatividad para el diseño y la presentación de productos nuevos y útiles;
- V.- Proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales;
- VI. Prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos; y
- VII. Establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.

Algunas de las figuras que protege esta legislación son las siguientes: Patentes⁶, Marcas⁷, Secreto Industrial⁸, modelos de utilidad⁹, avisos comerciales¹⁰, entre otras, en todas estas figuras la Ley les otorga a sus inventores o a las personas que realizan una invención, el derecho exclusivo para su explotación en su provecho. Para el registro y protección de todos los derechos anteriores se crea el

⁵ Ley de la Propiedad Industrial, artículo 2º.

⁶ “Es el documento expedido por la administración pública para hacer constar un derecho temporal de usar o explotar industrial y comercialmente un invento que satisfaga los requisitos que las leyes fijen”; RANGEL MEDINA, David, “Voz Patente”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo V, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2004, p. 465.

⁷ “Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicio de otros de su misma especie o clase en el mercado”; Ley de la Propiedad Industrial, artículo 88º.

⁸ “Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma”; Ley de la Propiedad Industrial, artículo 82º.

⁹ “Se consideran modelos de utilidad los objetos, utensilios, aparatos o herramientas que, como resultado de una modificación en su disposición, configuración, estructura o forma, presenten una función diferente respecto de las partes que lo integran o ventajas en cuanto a su utilidad”; Ley de la Propiedad Industrial, artículo 28º.

¹⁰ “Se considera aviso comercial a las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios, para distinguirlos de los de su especie”; Ley de la Propiedad Industrial, artículo 100º.

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), autoridad administrativa, misma que está organizado como un organismo descentralizado y que tiene entre sus funciones, favorecer la participación del sector industrial en el desarrollo y aplicación de tecnologías que incrementen la calidad, competitividad y productividad del mismo; tramitar y otorgar patentes de invención, y registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; sustanciar los procedimientos de nulidad, caducidad y cancelación de los derechos de propiedad industrial; realizar las investigaciones de presuntas infracciones administrativas; actuar como árbitro en la resolución de controversias relacionadas con el pago de los daños y perjuicios derivados de la violación a los derechos de propiedad industrial, entre otras.

3. El marco jurídico internacional de la Propiedad Intelectual

En el ámbito internacional existen una serie de documentos y organismos que regulan la propiedad intelectual, a continuación haremos alusión algunos de ellos, comenzando por la Organización Mundial de la Propiedad intelectual¹¹ (OMPI), la cual es un organismo especializado del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas.

La OMPI, se estableció en 1967, tiene como objetivo desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional que sea equilibrado y accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando a la vez el interés público.

Actualmente la OMPI maneja cinco objetivos estratégicos¹² definidos en el presupuesto por programas para el bienio 2006-2007:

- 1.- Fomento de una cultura de propiedad intelectual;
- 2.- Integración de la propiedad intelectual en las políticas y programas de desarrollo nacionales;
- 3.- Desarrollo de leyes y normas internacionales sobre la propiedad intelectual;
- 4.- Prestación de servicios de calidad mediante los sistemas de protección de la propiedad intelectual; y
- 5.- Aumento de la eficacia de los procesos de gestión y apoyo de la Organización mundial de la Propiedad Intelectual.

¹¹ Actualmente la OMPI cuenta con 184 miembros, su sede es Ginebra, Suiza, México es miembro de este organismo.

¹² Para mayor información sobre este tema consúltese la siguiente dirección electrónica: www.wipo.int/about-wipo/es/what_is_wipo.html, fecha de consulta: 25 de abril de 2007.

El marco jurídico de la Propiedad Intelectual en México

México dentro de la Organización mundial de la Propiedad Intelectual tiene los siguientes acuerdos vigentes:¹³

TABLA DE ACUERDOS

Parte Contratante	Tratado	Situación	Fecha
México	Acuerdo de Viena	En Vigor	26 de enero de 2001
México	Arreglo de Estrasburgo	En Vigor	26 de octubre de 2001
México	Arreglo de Lisboa	En Vigor	25 de septiembre de 1966
México	Arreglo de Locarno	En Vigor	26 de enero de 2001
México	Arreglo de Niza	En Vigor	21 de marzo de 2001
México	Convención de Roma	En Vigor	18 de mayo de 1964
México	Convenio de Berna	En Vigor	11 de junio de 1967
México	Convenio de Bruselas	En Vigor	25 de agosto de 1979
México	Convenio de la OMPI	En Vigor	14 de junio de 1975
México	Convenio de la UPOV	En Vigor	9 de agosto de 1997
México	Convenio de París	En Vigor	7 de septiembre de 1903
México	Convenio Fonogramas	En Vigor	21 de diciembre de 1973
México	Tratado de Budapest	En Vigor	21 de marzo de 2001
México	Tratado de Cooperación		
México	En materia de patentes (PTC)	En Vigor	1 de enero de 1995
México	Tratado de Nairobi	En Vigor	16 de mayo de 1985
México	Tratado de Singapur	Firma	
México	Tratado sobre el Derecho de Autor	En Vigor	6 de marzo de 2002
México	Tratado sobre el Derecho de Marcas	Firma	

¹³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual http://www.wipo.int/treaties/es>ShowResults.jsp?search_what=C&country_id=123C, fecha de consulta: 20 de abril 2007.

México	Tratado sobre el Registro de Películas	En Vigor	27 de Febrero de 1991
México	Tratado sobre interpretación O Ejecución y Fonogramas	En Vigor	20 de mayo de 2002

Pasando a los documentos internacionales de los que México es signatario, estudiaremos en esta ocasión solamente dos, por considerarlos los que mayor injerencia tienen en nuestra desarrollo jurídico-económico en materia de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio¹⁴ es un documento derivado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y está integrado por siete partes:

- I.- Disposiciones generales y principios básicos
- II.-Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual
- III.- Observancia de los derechos de propiedad intelectual
- IV.-Adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos contradictorios relacionados
- V.- Prevención y solución de diferencias
- VI.- Disposiciones transitorias
- VII.- Disposiciones Institucionales; Disposiciones Finales.

De manera general el acuerdo establece dos principios como rectores: a) Trato nacional y b) trato de nación más favorecida.

El principio de Trato nacional, establece la obligación de otorgar a los nacionales de los demás países un trato no menos favorable que el otorgado a los propios nacionales de una parte, mientras que el principio de trato de nación más favorecida, que se aplica en materia de propiedad intelectual igual que en otras áreas, establece que toda ventaja que una parte conceda a los nacionales de otro país debe aplicarse a los nacionales de todas las demás naciones.

En cuanto a los derechos de autor, se basa primordialmente en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y Artísticas de París de 1971, además se abordan en el acuerdo aspectos de la propiedad intelectual que actualmente en nuestro país ya tenemos regulados, como son las marcas, las

¹⁴ Para mayor información sobre este acuerdo consultese:
www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.doc

indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales y por supuesto las patentes en la cuales es necesario cumplir y respetar las disposiciones sustantivas del convenio de París de 1967.

Por otro lado, el acuerdo también establece que la solución de controversias se llevará a cabo mediante el procedimiento integrado de solución de controversias de la OMC, como uno de los elementos prioritarios dentro del orden comercial multilateral.

Por su parte, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en su sexta parte, capítulo XVII, aborda el tema de la Propiedad Intelectual, y en el cual se señala en el artículo 1721 que los “derechos de propiedad intelectual se refiere a derechos de autor y derechos conexos, derechos de marcas, derechos de patente, derechos de esquema de trazado de circuitos integrados, derechos de secretos industriales o de negocios, derechos de los obtentores de vegetales, derechos de las indicaciones Geográficas y derechos de diseños industriales”.

A lo largo del capítulo XVII, se establecen cuáles son las normas que además de este apartado del TLCAN deben aplicarse en materia de propiedad intelectual, dentro de las relaciones comerciales de bienes y servicios entre México, Estados Unidos y Canadá, y así se estipula en el artículo 1701 que:

Con el objeto de otorgar protección y defensa adecuada y eficaz a los derechos de propiedad intelectual, cada una de las Partes aplicará, cuando menos, este capítulo y las disposiciones sustantivas de:

- a) El Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas Contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, 1971 (Convenio de Ginebra);
- b) El Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas, 1971 (Convenio de Berna);
- c) El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 1967 (Convenio de París); y
- d) El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, 1978 (Convenio UPOV), o la Convención Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas, 1991 (Convenio UPOV).

Por lo que se refiere a los Estados Unidos, se establece que, a pesar de lo previsto en el artículo 1701 (2), que enumera los tratados cuyas disposiciones sustantivas deben cumplir, el TLCAN no confiere derechos ni impone obligaciones respecto al artículo 6 bis del Convenio de Berna, lo cual se debe a que el artículo 6 bis mencionado establece los llamados derechos morales del autor, mismos que no son reconocidos en los Estados Unidos.¹⁵

¹⁵ ORTIZ AHLF, Loretta, et al, *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus Acuerdos Paralelos*, Ed. Themis, México, 2000, p. 164.

El TLCAN, presenta algunas problemáticas muy interesantes en materia de propiedad intelectual, las cuales no son materia de este trabajo, pero sí es importante señalar que en el mismo capítulo XVII se especifican cuáles serán los mecanismos de solución controversias para la defensa de los derechos de propiedad intelectual y contempla que cada una de las partes debe contener en su derecho interno los procedimientos, que permitan la adopción de medidas contra cualquier acto que infrinja los derechos estipulados en el capítulo XVII del TLCAN, cada una de las partes garantizará que las partes tengan la oportunidad de obtener la revisión, por una autoridad judicial de esa Parte, de las resoluciones administrativas definitivas y, de acuerdo a las leyes internas de competencia, obtener por lo menos la revisión de los aspectos jurídicos de las resoluciones judiciales de primera instancia sobre el fondo del asunto. Así mismo, se señalan artículos referentes a los aspectos procesales específicos y recursos en los procedimientos civiles y administrativos, medidas precautorias, procedimientos y sanciones penales y defensa de los derechos de propiedad intelectual en la frontera.¹⁶

Consideraciones Finales

Como hemos podido ver, el marco jurídico de la propiedad intelectual es extenso en nuestro país, sin embargo, todavía se hace necesario una revisión de la eficacia y eficiencia de éste, ya que en el mundo global en el cual nos desarrollamos actualmente y con las relaciones comerciales establecidas con naciones altamente desarrolladas, se hace primordial contar con un marco jurídico que permita competir en un plano de igualdad y protección a nuestros productos y servicios y que se ponga atención en establecer mecanismos que nos permita negociar bajo un estudio técnico de las ventajas y desventajas que se obtendrán mediante los instrumentos jurídicos internacionales, donde México sea signatario, y que se estudien entre otros los casos de las importaciones paralelas, la introducción de los productos genéricos y las licencias obligatorias en el caso de los medicamentos.

¹⁶ Véase el TLCAN artículos 1714 a 1718.

Bibliografía

- ÁVILA ORTIZ, Raúl, "Derecho cultural", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo VIII, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, "Algunas consideraciones sobre el Derecho de Propiedad Intelectual en México", *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, Sep-Dic 2003, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- LOREDO HILL, Adolfo, "Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor", *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje al Profesor David Rangel Medina*, Ed. UNAM, México, 1988.
- RANGEL MEDINA, David, "Voz Patente", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo V, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
- ORTIZ AHLF, Loretta, et al, *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus Acuerdos Paralelos*, Ed. Themis, México, 2000.

Legislación

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Ley Federal de Derechos de Autor

Ley de la Propiedad Industrial

Páginas Web

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, www.wipo.int/about-wipo/es/what_is_wipo.html

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
[http://www.wipo.int/treaties/es>ShowResults.jsp?search_what=C&country_id=123C](http://www.wipo.int/treaties/es>ShowResults.jsp?search_what=C&count=ry_id=123C)

El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio:
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.doc

El fundamento de los Derechos Humanos

Marta Silvia Moreno Luce*

RESUMEN: La autora estudia en el presente trabajo las diferentes posiciones teóricas respecto al fundamento de los derechos humanos: el positivismo, el historicismo y el iusnaturalismo, para concluir que es ésta última la indicada para explicar dicho fundamento, ya que el origen de éstos radica en la dignidad de la persona humana.

Palabras claves: Derechos humanos, positivismo, iusnaturalismo

ABSTRACT: In this paper, the author studies the different theoretical positions regarding the fundament of human rights: positivism, historicism and the iusnaturalist concept, to conclude that the last is the right one to explain that fundament, since the origin of these lies in the human person's dignity.

Key words: Human rights, positivism, iusnaturalist concept

SUMARIO: Introducción. 1. El fundamento de los Derechos Humanos. 2. Positivismo. 3. Iusnaturalismo. 4. Conclusión.

Introducción

Hablar del fundamento de los Derechos Humanos en los umbrales del siglo XXI, a primera vista parece ocioso y repetitivo, sin embargo, vemos que los juristas más importantes de las últimas décadas del siglo pasado y principios del actual, han replanteado la cuestión y lo más curioso es que muchos de los positivistas más convencidos de su doctrina, dieron un giro en su pensamiento, aceptando unos totalmente, otros en forma moderada, el viejo fundamento Iusnaturalista. Desde el cambio en el pensamiento de Radbruch en Alemania, juristas como Norberto Bobbio, quien fue uno de los críticos más reconocidos del Derecho Natural o Hart jurista inglés que ha tenido una gran influencia en la Teoría del Derecho del pasado siglo o autores más recientes como Rawls y Dworkin, de alguna manera,

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

han intentado buscar también el fundamento del derecho en algo que no sea estrictamente la ley.

Todo esto nos hace pensar en que no es un tema superado, la mayoría de los filósofos del derecho, siguen escribiendo y considerándolo como uno de los temas básicos de esta materia, al Derecho Natural, por tales razones, consideramos que no es reiterativo volver los ojos a la vieja polémica entre positivistas y Iusnaturalistas, para reafirmar el fundamento a los Derechos Humanos en el Derecho Natural.

1. El fundamento de los Derechos Humanos

La búsqueda sobre la fundamentación de los Derechos Humanos, tiene como objeto encontrar una explicación racional a la existencia de esos derechos. El concepto de los Derechos Humanos, va íntimamente relacionado con lo que consideremos como su fundamento, ya que del concepto que manejemos de Derechos Humanos dependerá la fundamentación que aceptemos.

Uno de los más grandes juristas del siglo pasado el italiano Norberto Bobbio, en una de sus obras, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, insiste en que el problema de la fundamentación de los Derechos Humanos se haya resuelto desde el momento en que se logró el consenso que les da validez, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de la ONU, el 10 de diciembre de 1948.¹ Afirmación a la que el profesor Pérez Luño, pensamos, refuta acertadamente, “cabe objetar a este planteamiento optimista que la constante violación actual de los Derechos Humanos muestra la falta de arraigo y la precariedad de esas convicciones generalmente compartidas; y la consiguiente necesidad de seguir argumentando a su favor”.² El consenso de la comunidad internacional y la positivación de esos derechos en la mayoría de las Constituciones, no han frenado las violaciones a los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos son una realidad que necesita ser fundamentada racionalmente, “ya que no se imponen con la evidencia empírica de los hechos <fácticos> o de las cosas materiales”.³

¹ BOBBIO, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, citado por PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 131.

² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 132.

³ MASSINI CORREAS, Carlos I, *El iusnaturalismo actual*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 189.

Los Derechos Humanos son realidades que carecen de consistencia sustantiva, por lo tanto, necesitan ser explicados, si no fuera posible explicarlos, no adquirirían existencia. Massini Correas formula una pregunta básica, ¿qué principio es el que justifica la afirmación de que los Derechos Humanos son absolutos?, la respuesta de Massini es en el sentido de que “la argumentación justificadora de derechos que se presentan como absolutos no puede sino originarse en un principio práctico-normativo de carácter absoluto”⁴ que sea universalmente válido y que no tenga excepciones”.⁵ Dicho principio lo formula del siguiente modo: “Toda persona tiene derecho al respeto de su personería”.⁶ Esto significa tanto las abstenciones de los demás sujetos como las prestaciones positivas, es decir, el respeto a la persona significa que nos abstengamos de atentar contra su dignidad, entrometiéndonos en su intimidad, afectando sus propiedades, impidiéndole ejercer su derecho de libertad en cualquiera de sus manifestaciones, o bien, estamos obligados a actuar proporcionándole la posibilidad de una vivienda digna, trabajo, servicios de salud, etcétera. Estas obligaciones corresponde cumplirlas al Poder Ejecutivo y en algunos casos también a la colectividad, como el deber correlativo del derecho a poder disfrutar de ella para la propia supervivencia de la humanidad.

La posibilidad de fundar los Derechos Humanos en la dignidad de la persona, vuelve a surgir, apoyándose en el pensamiento del filósofo alemán Spaemann, quien afirma que las respuestas al problema de la fundamentación de los Derechos Humanos se encuentran en una alternativa entre aceptar que esos derechos son reivindicaciones que corresponden a cada hombre como tal o si no: “los Derechos Humanos son reivindicaciones que nosotros nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos, con lo cual depende del arbitrio del creador de tal sistema de derechos en qué consistan estos derechos y cómo se delimita el ámbito de las reivindicaciones legítimas”.⁷

De acuerdo a su filosofía, Spaeman afirma que carecería de sentido pensar que un derecho humano pueda ser derogado por el que está obligado a su cumplimiento, es decir, el gobernante a través del legislador. Los Derechos Humanos entendidos de modo positivista, para Spaemann, afirma Massini, no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables.

⁴ MASSINI CORREAS, Carlos, *op. cit.*, p. 194.

⁵ *Idem.*

⁶ *Ibidem.* P. 195.

⁷ SPAEMANN, R., *Lo natural y lo Racional*, Ed. Rialp, Madrid, 1989, p. 87.

Tanto en la historia de los Derechos Humanos fundamentales como en la actualidad se han presentado varios tipos de justificaciones, que aquí pueden ser sintetizados en tres teorías esenciales:

1. *"Fundamentación Iusnaturalista* (consiste en la consideración de los Derechos Humanos como derechos naturales.)
2. *Fundamentación historicista* (consideración de los Derechos Humanos como derechos históricos.)
3. *Fundamentación ética* (consideración de los Derechos Humanos como derechos morales)".⁸

Aunque mencionamos el Iusnaturalismo como primera forma de fundamentación la comentaremos en tercer término, por ser la tesis que aceptamos y vamos a tratar más ampliamente.

El *Fundamento historicista*, sostiene que los Derechos Humanos están basados en las necesidades sociales y la posibilidad de satisfacerlas. Niegan absolutamente la fundamentación en la naturaleza humana, basándose en la evolución que se ha ido dando a través de la propia historia de los derechos humanos, los cuales van ampliando su catálogo, y han ido variando de acuerdo a las propias necesidades del hombre, por ejemplo, los primeros derechos fueron los de la vida, la libertad y los derechos políticos. Una vez adquiridos estos derechos, surgen los sociales, como el derecho a la vivienda, a la salud, a la seguridad social. Al cambiar las circunstancias sociales, estando asegurados los anteriores, empiezan a exigirse los derechos de la colectividad, como el derecho a la paz, a vivir en un ambiente sano, los derechos a la autodeterminación de los pueblos, etcétera.

En realidad, no se trata en este caso de un fundamento, se trata de una realidad innegable, el reconocimiento de los derechos se va exigiendo, cuando la propia naturaleza del hombre se lo requiere. Por ejemplo, el derecho a la vida, fue uno de los primeros en exigirse, pero para hacerlo efectivo, se buscó más adelante el reconocimiento del derecho a la salud, a la seguridad social, que proporcione los medios para el cuidado de la salud. Al surgir los problemas por el deterioro al medio ambiente que daña la salud y por lo tanto atenta contra la vida, se reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano. Desde luego estos derechos van apareciendo en diferentes momentos de la historia, lo cual es un hecho innegable, más no su fundamento como dijimos antes.

⁸ FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 84.

El *fundamento Ético*, tiene muchos seguidores, que consideran que los Derechos Humanos son derechos morales, cuya fundamentación no está en la moral particular de cada quien, sino en la moralidad colectiva, constituida por las normas morales de la sociedad de cada época, sin embargo, la objeción a este punto de vista, estriba en que la moralidad en una sociedad es tan variada y conflictiva, en la que además confluyen diversos criterios morales, por lo que se carecería de un fundamento único, por ejemplo, tenemos el caso de la reciente aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, la que tiene sus defensores pero también se enfrentan con el rechazo de numerosa población, más discrepancia existe aún, en el caso de la aprobación en varios países europeos, entre ellos España, de la ley que permite la adopción a las parejas homosexuales, que ha propiciado acaloradas discusiones en el ámbito moral y social, de muchos países, en cambio otros, quieren seguir su ejemplo, por lo que el fundamento en la moralidad colectiva no sería nunca unánime, lo mismo ocurre con las tesis basadas en el consenso.

Es muy distinto el problema de la relación entre moral y derecho en la cual se acepta que todo derecho debe estar basado en la moral, los más importantes juristas han tratado el tema, porque si afirmamos que el derecho es totalmente ajeno a la moral, estaríamos aceptando la tesis positivista de que el derecho es lo que está en las leyes, manifestando únicamente la voluntad del legislador.

2. Iusnaturalismo

El *fundamento Iusnaturalista* está avalado por más de veinticinco siglos de aceptación, sobreviviendo siempre a las críticas del positivismo, renaciendo en todas las épocas, cuando se le ha dado por eliminado definitivamente, por algunos juristas. El Positivismo llega a la conclusión de que para que haya derecho en el sentido propio de la palabra, tiene que darse su positivación, donde no hay derecho positivo, no hay derecho.

El filósofo español Jorge Eduardo Rivera, está de acuerdo en esta afirmación, así nos señala: "Yo pienso que esa conclusión es verdadera y que debemos reconocer nuestra deuda con los juristas que nos han hecho ver este aspecto de la cuestión".⁹

Pero el mismo autor aclara que una cosa es que el derecho requiera su positivación y otra muy distinta es que todo en el derecho se reduce a ese momento positivo, que no haya más derecho que el positivo, como pretenden

⁹ RIVERA, Jorge Eduardo, "Lo óntico y lo ontológico en el derecho" en *Filosofía del Derecho*, Ed. Edeval, Santiago de Chile, 1980, p. 132.

todos los positivistas. “Una cosa es que todo derecho deba hacerse positivo y otra muy distinta que sólo haya derecho positivo”.¹⁰

Tanto en las legislaciones antiguas como en las modernas así como en los movimientos sociales a favor de ellos, se acepta que los Derechos Humanos están reconocidos en los textos legales de muchos países, estableciendo el legislador únicamente las formas de protección.

El primer documento histórico importante es la Declaración de Derechos de Virginia en 1776 que afirma: “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes de los que no pueden ser privados al entrar en sociedad”.

Poco tiempo después, 13 años para ser precisos, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano elaborada en 1789 surgida en plena revolución, reconoce también la existencia de derechos naturales e inalienables que pertenecen a todos los individuos. La similitud entre ambas es explicable en virtud de que el concepto de Derechos Humanos surge bajo la influencia de la Escuela de Derecho Natural Moderno. Esta escuela tuvo como eje central la postulación de una idea del hombre como un ser libre, individual y autónomo, que antes del origen de toda sociedad y Estado posee un conjunto de derechos y libertades. “Estos derechos llamados normalmente fundamentales o humanos, forman un Derecho Natural, ya que son los propios del estado de naturaleza del ser humano”.¹¹

El siglo XX, se caracterizó por el surgimiento de incontables Documentos Internacionales en los cuales existe cierta uniformidad en el concepto que manejan de los Derechos Humanos. El primero fue la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, de mayo de 1948, que afirmaba: “Los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

El segundo y más importante, fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU, el 10 de diciembre de 1948, en su preámbulo declara: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. El artículo 1º de la misma, reconoce que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ CARPINTEIRO, F. *Historia breve del Derecho Natural*, Ed. Colex, Madrid, 2000, p.159.

En todos estos textos, “aparecen esos elementos básicos de la noción de Derechos Humanos, en razón de su nacimiento o de su pertenencia a la especie humana, es decir, debido a una característica <natural>. En consecuencia, esos derechos parecen tener un carácter previo a la intervención de una legislación humana, que sólo puede limitarse a reconocerlos pero no crearlos”.¹²

No excluimos de ninguna manera el papel de la positivación de los derechos humanos, por el contrario, nos parece imprescindible para ofrecer garantías efectivas para su tutela por parte de Estado, pero solamente para su protección, no para su constitución como realidad jurídica.

Los Derechos Humanos gozan de una aceptación y reconocimiento universal, en todas las Constituciones modernas, se conocen con el nombre de Derechos Fundamentales, su inclusión es un requisito indispensable para calificar a un Estado como Democrático y de Derecho. Independientemente de que en la práctica no sea muy efectiva su protección por parte de las autoridades. La Constitución Mexicana de 1917, no considera los derechos del hombre como la de 1857, sólo se refiere a las garantías que otorga la Constitución, aunque trae un amplio catálogo de derechos humanos individuales y su mayor logro lo obtuvo al establecer por primera vez en la historia, la inclusión de los derechos humanos sociales.

A partir de 1948, toma fuerza un nuevo Derecho Internacional cuyo tema prioritario es el del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, lo que ha producido una buena cantidad de Documentos Internacionales en los cuales se enuncian en general desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Sociales Económicos y Culturales o en otros casos se protegen específicamente derechos que la propia sociedad va exigiendo, esto ha producido una serie de Declaraciones como la de los derechos de los niños, de las mujeres, de los discapacitados, de la tercera edad, de los enfermos de sida, del derecho al medio ambiente sano, la prohibición de la tortura, los derechos a la intimidad, de los consumidores, de los pueblos, de migrantes, etcétera.

Todos los derechos tutelados en los Documentos Internacionales aceptan que se trata de derechos inherentes al hombre o sea que se reconocen como derechos naturales, ¿en qué se basa ese reconocimiento?, en el concepto de la dignidad de la persona, la cual no es superior de un hombre sobre otro.

¹² MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (coordinador) y RODRÍGUEZ PUERTO, José Manuel, “Algunas precisiones sobre los derechos humanos” en *Manual de Derechos Humanos*, Ed. Thomson, Madrid, 2006, p. 13.

El sentido de respeto hacia la persona humana y su dignidad ha adquirido especial relieve en los últimos años. Primero fue al final de la Segunda Guerra Mundial cuando este movimiento adquirió su momento culminante. “La humanidad que salió de una de las más terribles guerras que había conocido en su historia, trataba de iniciar una nueva convivencia entre los pueblos que tuviera su fundamento en el respeto a la dignidad humana”.¹³

No podemos aceptar que el reconocimiento de la dignidad de la persona, dependa del criterio de un legislador como ocurrió en el holocausto de la Segunda Guerra Mundial. Tenemos el ejemplo del notable filósofo y jurista Gustav Radbruch, quien da un cambio radical a su pensamiento, pasando del relativismo al Iusnaturalismo, después de los hechos que presenció en los años del gobierno totalitarista nazi. Radbruch consideraba que el derecho era, lo que el Estado imponía como tal y que no había conceptos superiores en los que pudiera fundarse “ni tenían vigencia permanente los ideales ni los valores que pudieran servir de fundamento al Derecho; pues bien, el propio Radbruch, en 1939 cuando comenzaba la guerra y ya se habían conocido los excesos del comunismo y del nazismo escribe”.¹⁴ “A la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita la idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que *medir las leyes positivas* y considerarlas como actos contrarios al Derecho, como desafueros bajo forma legal”.¹⁵

“El camino para llegar a la solución de estos problemas (se refiere a los conflictos de justicia y seguridad) va ya implícito en el nombre que la Filosofía del Derecho ostentaba en las antiguas universidades y que, tras muchos años de desuso, vuelve hoy a resurgir: en el nombre y en el concepto de Derecho Natural”.¹⁶

3. El Positivismo

En el positivismo no existe unanimidad acerca de lo que se considera como tal, aunque muchos autores se llaman a sí mismos positivistas, entre ellos existen doctrinas heterogéneas, por ejemplo en el derecho anglosajón, existe la tradición del utilitarismo considerado dentro del positivismo. Otras como la teoría analítica descriptiva estrictamente avalorativa de la ciencia del derecho; la teoría de la

¹³ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, p. 30.

¹⁴ OLLERO TASSARA, Andrés, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Ed. Ariel, Madrid, 1985. p. 57

¹⁵ Citado por OLLERO TASSARA, *Op. Cit.* 119

¹⁶ *idem*

separación conceptual de la moral y el derecho o la teoría imperativa, cuyos postulados son tan variados que no permiten encontrar la esencia de lo que es el positivismo, por esa razón se habla más bien de positivistas.

En una interesante interpretación del pensamiento de Bobbio, el profesor Andrés Ollero Tassara, afirma que el positivismo jurídico para el profesor de Turín consiste básicamente en dos puntos: “En primer lugar una *aproximación epistemológica avalorativa* al estudio del derecho, un modo de afrontarlo que distingue netamente entre *el derecho que es* y *el derecho que debería ser*”.

Es fácil distinguir entre el derecho que realmente existe en un país determinado y el derecho ideal o justo, no hay ninguna conexión entre ellos, el derecho puede ser totalmente injusto, y no por ello deja de ser derecho, basta que esté establecido en una norma. En una de las obras de Bobbio titulada *El tiempo de los derechos* afirma el pensador italiano que los padres de un hijo con una enfermedad incurable o de tal naturaleza que le va a impedir valerse por sí mismo cuando sea mayor, el derecho puede autorizarlos a eliminarlo (este pensamiento e irreconciliable con el derecho natural). Evidentemente revela la formación fascista de Bobbio quien perteneció en su juventud a los grupos universitarios fascistas, al mismo tiempo que frecuentaba las reuniones de los grupos antifascistas, esto determina la característica de su obra y de su personalidad, a quien Jesús Silva-Herzog Márquez califica justamente como el profesor vacilante en un artículo publicado en la Revista Letras Libres titulado precisamente “Norberto Bobbio, el profesor vacilante”.¹⁷ Esta digresión viene al caso para explicar, el cambio dado por Bobbio, después de sostener ideas tan temerarias y contrarias al más elemental de los derechos humanos, el respeto a la vida basado en la dignidad de la persona, a un pensamiento más cercano al Iusnaturalismo, el propio Bobbio cuenta que para poder obtener un trabajo como profesor de filosofía, jura lealtad a Mussolini, pero le sirvió de poco, porque era conocida su participación en los grupos antifascistas, por lo que envió una carta al dictador de la que después se arrepintió y a manera de justificación escribió: “Una dictadura corrompe el ánimo de los hombres, los conduce a la hipocresía, a la mentira, y al servilismo, la mía fue una carta servil”.¹⁸

En segundo lugar el positivismo es la teoría del derecho que comprende esta otra afirmación:

¹⁷ SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, “Norberto Bobbio, el profesor vacilante”, *Revista Letras Libres*, Ed. Vuelta, México, marzo 2004.

¹⁸ SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, *La idiotez de lo perfecto*, Ed. FCE, IIJ, UNAM, México, 1006, p.82.

La tesis coactiva, o más general, "la tesis de las fuentes sociales, según la cual el derecho queda definido en función de la vigencia social y, por lo tanto, en último extremo, de la coacción, y consiste de un modo preciso en un orden coactivo vinculado al poder social, concretamente al Estado en la modernidad".¹⁹

4. Conclusiones

A pesar de todas las Declaraciones Internacionales protectoras de los Derechos Humanos, las prácticas en todos los países son violatorias de los derechos, tal parece que el consenso logrado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, quedó sólo en buena intención. A casi sesenta años de este importante documento emitido por la ONU, la situación del mundo es cada vez más complicada, las guerras que sucedieron después de 1948, han sido cada vez más violentas e interminables, cometiéndose violaciones a los Derechos Humanos, a la población civil, en las que miles de niños mutilados nos dan un ejemplo terrible del grado de残酷 en la que la humanidad continúa. Basta mencionar las guerras de Corea, Vietnam, la antigua Yugoslavia, Chechenia, Serbia, Ruanda, Irán, Afganistán, Irak, Líbano y varios países africanos.

"La era de los Derechos Humanos es al mismo tiempo la era del desprecio a la vida inocente y más necesitada, mediante la legalización del aborto, la eutanasia, la sacralización de la violencia y la liturgia del terrorismo".²⁰ Si añadimos la violencia ocasionada por el narcotráfico, las grandes redes internacionales de prostitución con el tráfico de niños y mujeres y el maltrato a los migrantes que vienen a Europa, de los países sudamericanos, de los países del Este y principalmente africanos, buscando la posibilidad de un trabajo o de una vida mejor sufriendo lo más altos grados de discriminación, o los migrantes que van de todas partes del mundo a los Estados Unidos, son sólo unos cuantos ejemplos de que después de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y toda la serie casi incontable de Documentos Internacionales así como la Institución de Tribunales Internacionales protectores de los derechos humanos, además de su reconocimiento en todas las Constituciones de los Estados Democráticos de Derecho, podemos preguntarnos y preguntarles a los positivistas, ¿es suficiente la ley, es decir, que los Derechos Humanos nos sean otorgados por el legislador, que se implementen los medios para su protección, que estén positivizados todos los derechos que aparecen en los Documentos Internacionales en las Constituciones de cada país, para lograr el deseo unánime de vivir en un mundo mejor, en donde en verdad se respete la dignidad del hombre y por lo tanto los Derechos Humanos? Por supuesto, la

¹⁹ OLLERO TASSARA, Andrés, *op. cit.*, p. 60.

²⁰ *Ibidem*, p. 31

respuesta es negativa, ¿podemos hablar de un gran fracaso o por lo menos de un grave tropiezo de la humanidad en este intento?

La única conclusión que podemos aceptar, hasta ahora, es que el derecho, como tal, la ley emanada del legislador, no es desde luego la solución, no pretendemos decir con esto que hay que suprimir el derecho, sólo que éste por sí mismo no produce los resultados deseados, por lo que el positivismo, pierde la fuerza que sus seguidores pretenden darle.

Si queremos que las Declaraciones que a nivel Internacional se han logrado reconociendo los Derechos Humanos de todos los hombres y de todos los seres humanos que se encuentren en una situación especial, por ejemplo, una persona detenida por la policía acusada de cometer un delito, un menor de edad, un migrante, un refugiado, una persona con capacidades diferentes, una población con daños ambientales irreversibles, las comunidades indígenas, las mujeres en los países islámicos, las personas que viven bajo dictaduras en las que violan casi todos los Derechos Humanos, se reconozcan en las Constituciones de cada país y ante todo se protejan realmente y disminuyan lo más posible todas las violaciones individuales y masivas de los Derechos Humanos, debemos tomar en serio el fundamento de los mismos, sostenido por las doctrinas Iusnaturalistas, es decir, el respeto a la dignidad humana, el considerar al ser humano como algo valioso y digno de respeto por el sólo hecho de serlo, sin tomar en cuenta, ni el color, la raza, la condición económica, la cultura, etcétera, podremos llegar al ideal proclamado por la Revolución Francesa que decía que todos los hombres nacen con igual dignidad.

Ya hemos experimentado casi sesenta años de positivación de los Derechos Humanos, ya se encuentran tutelados en las leyes, ya son derecho positivo y sin embargo no han funcionado, porque se les considera como cualquier otra ley, sin tomar en cuenta que son derechos inherentes, universales y absolutos cuyo respeto debe estar por encima de cualquier ideología, doctrina política, económica, social y cultural, cualquiera que sea la situación en la que viva un ser humano, sin importar el país de que se trate, su derecho al respeto que se le debe como persona, es la única posibilidad para alcanzar el ideal de la convivencia pacífica de la comunidad universal.

Mientras los gobernantes y los juristas mexicanos se aferran al positivismo como ha ocurrido hasta ahora, confundiendo las garantías individuales que son una figura jurídica creada para resarcir, las violaciones que los diversos representantes del Poder Ejecutivo realizan, olvidándose al detentar el poder de que no están frente a súbditos sino ante ciudadanos, revestidos de su dignidad

como personas, no es posible que comience a respetarse la esencia de los derechos que hace casi sesenta años se declararon.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humano", citado por PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- _____, *El tiempo de los derechos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- CARPINTEIRO, F., *Historia breve del Derecho Natural*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1984.
- GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid.
- MASSINI CORREAS, Carlos I, *El iusnaturalismo actual*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Ed. Ariel, Madrid, 1985.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- RIVERA, Jorge Eduardo, "Lo óntico y lo ontológico en el derecho" en *Filosofía del Derecho*, Ed. Edeval, Santiago de Chile, 1980.
- SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, *La idiotez de lo perfecto*, Ed. FCE. IIJ, UNAM, 2006.
- _____, "Norberto Bobbio, el profesor vacilante", en *Revista Letras Libres*, Ed. Vuelta, México, marzo 2004.
- SPAEMANN, R., *Lo natural y lo Racional*, Ed. Rialp, Madrid, 1989.

Una aproximación al Estado de Derecho de Luigi Ferrajoli

Arnaldo Platas Martínez*

RESUMEN: *El Estado de Derecho es uno de los temas centrales en el análisis de la problemática de la sociedad moderna. Es por ello que el debate sobre la definición, alcance y límites del derecho se ha convertido en una de las cuestiones más importantes en el campo de la Filosofía del Derecho, con ello, uno de los autores de mayor prestigio en el ámbito de la disciplina respectiva es Luigi Ferrajoli, quien siguiendo algunas de las ideas de importancia de su maestro Norberto Bobbio construye el concepto de Estado de Derecho unido al nacimiento del Estado legislativo y su desarrollo ulterior en el Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, en tal propuesta existen algunos inconvenientes que se hace necesario revisar con mayor profusión.*

Palabras claves: Estado de Derecho, Estado Constitucional de Derecho

SUMARIO: I. Introducción, II. Estado de Derecho, III. Algunas ideas generales. Bibliografía

ABSTRACT: *The rule of law is one of the central subjects in the analysis of modern society's problems. Because of this, the debate about the definition, reach and limits of the law has turned into one of the most important matters in the field of Law Philosophy, with it, one of the most respected authors in the field of respective discipline is Luigi Ferrajoli, who following some of the important ideas of his teacher Norberto Bobbio, constructs the concept of rule of Law linked to the birth of Legislative State and its ulterior development in the Constitutional State of Law. However, in it exist some inconvenients that need to be revised with greater profusion.*

Key words: Rule of Law, Constitutional State of Law.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

I. Introducción

En la actualidad son tres las órbitas gravitatorias de la Teoría del Derecho. La primera, sustentada en las tesis de la argumentación, que deriva de las afirmaciones de la teoría del discurso habermasiano, y cuyo principal exponente es Robert Alexy, la segunda, de fuerte corte analítico, pragmático y holístico tiene como cabeza principal a Ronald Dworkin, y la tercera, que representa a toda la tradición centroeuopea, y que rescata la Escuela de Turín y la conformación de una estructura lógica de los derechos humanos, y cuya guía principal se encuentra en Luigi Ferrajoli. De éstas tres vertientes pueden derivarse todos los demás movimientos que tienen más o menos contactos con las tres anteriores, o en su caso, resultan de mixturas que en ocasiones no son muy congruentes como posturas de lo jurídico.

En el presente ensayo me habré de permitir hacer algunos trazos más o menos generales sobre la tesis de mayor relevancia de lo que en los últimos años se ha llamado por la doctrina “garantismo”¹ y su vinculación con el llamado Estado de Derecho desde la perspectiva neoconstitucional, como al autor italiano le agrada llamarla. De esta manera, la postura de Ferrajoli se encuentra ubicada dentro de tres grandes contextos de la filosofía jurídica contemporánea. El primero de ellos es en el espacio del liberalismo político, propio de la tradición centro europea que ha prevalecido después de la Segunda Guerra Mundial; el segundo, se refiere a la tradición analítica propia de su maestro Norberto Bobbio y que indica algunas características significativas a lo largo de sus primeras obras, principalmente en las ideas del análisis normativo y los efectos de éste en la tradición que conlleva directamente a las diferentes formas de interpretar la norma de derecho; y por último, el contexto que se refiere principalmente a la tradición democrática propia de los Estados liberales y que tienen que ver directamente con la asunción de los derechos de los sujetos que viven al interior de cada Estado, y la defensa de los mismos no solamente a través de los mecanismos tradicionales, sino la

¹ Ferrajoli, en opinión de Marina Gascón Abellán, utiliza el término garantismo en tres grandes acepciones. En primer lugar hace una referencia a un modelo de Derecho, o para ser más exactos, un sistema jurídico, al que se le denomina, el modelo constitucional de Estado de Derecho; en segundo lugar, se refiere a una tendencia dentro de la teoría del derecho, que tiene que ver más con las escuelas críticas del Derecho, que nacieron a partir de las ideas de Marx, Freud, Adorno y Lakatos, al que le denomina positivismo jurídico crítico, como una reacción en contra del positivismo formal de Kelsen, o en su caso, del positivismo clásico o dogmático. Y en tercer lugar, se refiere a una ética política, que tiene implicaciones en el reconocimiento, respeto y protección de los derechos, en el sentido más extenso de los mismos. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La Teoría General del Garantismo: rasgos principales”, en *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, IIJ, UNAM, Ed. Trotta, Madrid, 2005, P.21-22.

incorporación de muchos instrumentos de carácter internacional que han permitido crear todo un sistema jurídico alrededor no únicamente del Estado, sino también de los organismos supraestatales, que tiene como antecedente necesario a la propia entidad que emerge a finales del siglo XVII.

II. Estado de Derecho

Bajo las premisas anteriormente analizadas podemos elaborar una reconstrucción de lo que para Ferrajoli constituye el Estado de Derecho en el mundo moderno. Por ello es necesario hacer algunas precisiones para entender el significado correcto de lo que desea expresar Ferrajoli como Estado de Derecho, no solamente como una expresión normativa, sino de manera muy importantemente normativa, lo cual tiene algunas implicaciones importantes en la concepción propia del derecho y las derivaciones de contacto con la sociedad.

Uno de los primeros puntos a analizar es el sentido multidisciplinario con que arropa Ferrajoli al concepto de Estado de Derecho. Esto, viene a significar un cambio drástico en la concepción contemporánea del mismo, no solamente en el sentido de ser un vínculo obligado como parte de la norma creada por medio de la ley, sino también de la lógica del derecho en cuanto a su interpretación, puesto que se extiende hacia otras disciplinas que tradicionalmente los juristas han dejado al margen. En esa situación, en consecuencia, aparece una deformación al positivismo tradicional el cual ve al derecho no solamente como un objeto de la norma, sino que es al final de cuentas el único objeto posible que pueda demostrar la realidad de lo que son los enunciados jurídicos.

También hay modificaciones sustanciales al positivismo que arranca a finales del siglo XIX. Solamente me habré de concretar a enumerar dos características que son muy sintomáticas de esta diferenciación. La primera de ellas está en la idea de que el objeto de lo jurídico no solamente se conforma con las normas, aunque si bien es un elemento importante, hay otras expresiones de lo jurídico que se encuentran al interior de la sociedad y que los intérpretes de las normas deben tener cuidado de incorporarlas, no solamente como un proceso judicial sino también como un mecanismo legislativo. En este caso, son particularmente importantes las condiciones en las que se mueve el objeto jurídico no aislado en un esquema estático, sino de manera muy importante como un objeto relacional propio de una sociedad en constante cambio. Lo que implica reconocer la serie de críticas fuertes que se hicieron desde la perspectiva del realismo norteamericano.

Para Ferrajoli el Estado de Derecho nace dentro del esquema tradicional del Estado legislativo; y es una consecuencia necesaria de la afirmación del principio

de legalidad, que en ese momento justificaba la presencia del Estado con un solo criterio de existencia y de legitimidad, no solamente como producto histórico, sino adicionalmente dentro de la lógica del derecho natural que en esos momentos se desarrollaba con mayor vigor.

Así, para Ferrajoli² el Estado de Derecho ha atravesado tres grandes momentos históricos, a partir de la inclusión del liberalismo como doctrina no solamente capaz de explicar la realidad racional del hombre, sino fundamentalmente, con la instauración del Estado de Derecho como fórmulas de control y ejercicio del poder. Dichos momentos, pueden ubicarse dentro de un esquema que va desde el modelo paleoiuspositivista, el neoiuspositivista y un tercer modelo el que irrumpió con el sistema de visión mundial del mundo, o mejor conocido como globalización³ en el terreno de la economía. A estos tres modelos les otorga características no solamente en cuanto a la naturaleza del modelo en cuestión relacionado con la sociedad en que se vive, sino fundamentalmente en lo que respecta a la manera de legitimación y de ejercicio de ese poder. En consecuencia, el primero de ellos es decir, el paleoiuspositivista implica en base con el nacimiento del Estado moderno y su ejercicio está fundado en el monopolio de la creación de la norma jurídica. En tanto que el segundo, el neoiuspositivista aparece después de la segunda guerra mundial, como consecuencia de las crisis de legalidad que se dieron a lo largo de los años de la guerra, y tiene su punto de inclusión y además legitimación en los controles constitucionales, y además, una fuerte intervención del poder judicial como el mecanismo idóneo para resolver el principio de supremacía constitucional, por encima del principio de legalidad, y que está referenciado en función de la observancia de los derechos de los individuos, independientemente de que sean garantías individuales o derechos humanos, y que son asumidos por el Estado Constitucional de Derecho como fórmula de legitimación del mismo.

El tercer modelo, se encuentra en un momento de diseño por el propio autor italiano, y en este caso, lo que hace es llevar a cabo un ejercicio a través del cual es posible una inserción del constitucionalismo de derecho privado, sino a su vez, una intervención mayoritaria de organismos internacionales que permitan la

² FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 97.

³ Se debe tener en cuenta que el concepto de globalización no es un término jurídico en el sentido estricto de la palabra, sino que obedece de manera general al campo de la economía, donde las características del desarrollo industrial, la expansión de los servicios y la gran capacidad de las tecnologías de información han hecho reducir los espacios y las distancias para el intercambio de productos.

defensa de los derechos de los individuos, sin el menoscabo total de las propias garantías reconocidas por los Estados.

Los tres paradigmas anteriormente enunciados no solamente explican una situación del Estado de derecho prevaleciente, sino que además se encuentran vinculados a determinadas orientaciones teóricas. En otras palabras, el paradigma no es solamente exclusivo para explicar y justificar al Estado, sino también a las formas de concepción, desarrollo, interpretación, aplicación del sistema jurídico a los esquemas y en un momento dado se convierten en técnicas metodológicas y sistemáticas del derecho. De esta forma, nos encontramos con que hay cambios en la naturaleza y estructura del derecho, en la naturaleza de la ciencia del derecho y en la naturaleza de la jurisdicción. Estas tres visiones o paradigmas de lo jurídico, no solamente son consecuencia del modelo constitucional que en el momento se desarrolle, sino también implican una serie de relaciones directas y de intersección de los tres modelos, y a su vez legitiman al Estado de Derecho de que se trata.

III. Algunas ideas generales

Hay en los tres modelos de Estado elementos importantes que rescatar, puesto que intentan hacer una justificación no solamente en la norma, sino adicionalmente de una serie de elementos que nos permitan explicar de manera congruente y racional la función del derecho al interior de la sociedad, y en el caso del último, fuera del ámbito del propio Estado. Y entre esos elementos podemos encontrar en primer lugar los desplazamientos que sufre el poder legislativo en su función legitimadora, y que la asume en el Estado Constitucional de Derecho el poder judicial, como una fórmula de hacer de los derechos un esquema funcional de la legitimación que trae consigo la democracia. Por tanto, la interpretación de lo jurídico ya no está fundada necesariamente en la norma, sino en una serie de argumentaciones, que muchas veces escapan del propio control normativo y que se encuentran dentro de la racionalidad jurisdiccional, lo que lía al nuevo modelo de ciencia jurídica exigida en ese paradigma.

Una segunda consecuencia que se debe tener en cuenta es la relativa a la coexistencia de los modelos en cuestión. Si bien es cierto que los paradigmas cambian radicalmente de un momento a otro, debido a las razones antes apuntadas, también es cierto que se debe tener en perspectiva, en los modelos de ciencia jurídica, que la misma no modifica, necesariamente, las lógicas de los sujetos, o de los operadores fácticos del derecho, lo que en algunas ocasiones hace imposible que ese Estado de Derecho se desarrolle adecuadamente al canon establecido por el paradigma. Este es uno de los puntos en cuestión que ha sido discutido con profusión en los últimos meses respecto de la tesis de Ferrajoli. El

planteamiento del modelo no solamente es importante, sino que toma en cuenta muchos de los factores de cambio que en el mundo occidental han operado. Sin embargo, uno de los puntos de interés en la polémica es el propio cambio de los operadores jurídicos que se quedan en el viejo planteamiento del Estado legislativo, y que no tienen la capacidad de estructurar su argumentación, si es que la hay, alrededor de los derechos humanos.

Si a esto le agregamos las reglas de los sistemas de protección de garantías que se encuentran cerradas, muchas veces imposibilitando la argumentación de lo jurídico, entonces estaremos en presencia de una serie de elementos que imposibilitan la legitimación de ese Estado Constitucional de Derecho, pero a su vez hacen que ese Estado se mantenga en una especie de neutralidad de lo jurídico, que lo hace doblemente peligroso, ya que las normas de derecho se desvanecen completamente al no definirse por ninguno de los paradigmas apuntados.

En conclusión, puedo decir que, al final de cuentas el modelo de Ferrajoli resulta importante para explicar al Estado Constitucional de derecho bajo ópticas diferentes al del monismo legislativo que ha imperado en los últimos años. Lo que es necesario atender es intentar hacer una Ciencia del Derecho mucho más independiente a los procesos normativos y que permita, a su vez, a los operadores fácticos involucrarse en los nuevos paradigmas jurídicos.

Bibliografía

ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado de Derecho*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trotta, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

_____, "Sobre los derechos Fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, Ed. Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, México, julio-diciembre de 2006.

_____, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Ed. Fontamara, México, 2006.

_____, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

_____, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *Isonomía*, núm. 9, México, octubre 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "La Teoría General del Garantismo: rasgos principales", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, coordinadores, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, IIIJ UNAM, Ed. Trotta, Madrid, 2005.

México en la protección económica del consumidor previa a la contratación

Sara Luz C. Quiroz Ruiz*

RESUMEN: En el presente siglo es indudable que los consumidores se benefician con los flujos de información como con las redes en que operan globalmente los comerciantes de bienes y servicios, sin embargo las empresas al manejar la información pueden ocasionar daño al consumidor, lo cual es un problema actual que en México fue considerado después de quince años de vigencia de la segunda Ley Federal de Protección al Consumidor, a través de la reforma integral promulgada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 4 de febrero de 2004, reconceptualizando la protección económica del consumidor en la teoría de los efectos y por lo tanto, vinculándole con el Derecho de la Competencia.

Palabras claves: protección económica del consumo, consumo y competencia, prácticas desleales y consumo.

ABSTRACT: In the current century, it is undoubtedly true that consumers benefit from the flows of information as with the nets in which merchandisers of goods and services operate worldwide, however, while companies handle the information they could affect the consumer, this is a current problem that in Mexico was considered after fifteen years of using the Federal Law of Consumer Protection, through the integral reform proclaimed by decree, published in the Official Diary of the Federation in February 4th 2004, re-conceptualizing the economical protection of the consumer in the theory of effects and for that, linking it with the Competence law.

Key words: Economical protection of consumption, consumption and competence, disloyal practices and consumption.

SUMARIO: Introducción, 1. Concepto de protección económica de los consumidores, 2. La seguridad económica de los consumidores en la reforma a la Ley Federal vigente, 3. La teoría de los efectos. Bibliografía

* Maestra en Derecho Económico y Candidata a Doctora en Derecho por la benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Académica de Carrera del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana campus Xalapa.

Introducción

La segunda Ley Federal de Protección al Consumidor es promulgada por Decreto publicado en el Diario oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1992, dentro de la segunda época del Derecho de los Consumidores en México¹ y cuando ya no se consume sólo lo que el país produce, pues desde la década de los noventa la política económica del país es abierta y participa en diversos bloques económicos, lo cual amerita reflexionar sobre ¿Qué ha sucedido con la protección económica del consumidor en la vigente Ley Federal?

Pues si bien su contenido desde el inicio de su vigencia desarrolla los principios enunciados en su artículo primero relativos a:

- protección al consumo,
- protección económica,
- protección jurídica,
- protección de educación e información y
- protección de los intereses.

Durante los quince años que tiene de vigencia esta ley, la política económica de México cambió, debido a que sostiene relaciones comerciales con el Continente Europeo, Americano y el Continente Asiático a través de Tratados de Libre Comercio, además de participar en los Organismos Internacionales emergentes en la economía globalizada, por lo cual ha sido calificada como una de las más abiertas, ocasionando en consecuencia el debilitamiento de la protección económica de los consumidores, lo cual corrigió la reforma integral a la Ley Federal de Protección al Consumidor, promulgada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federal de febrero 4 de 2007, donde se aprecia la transición en el concepto de la protección económica del consumidor, consistente en vincularla con el Derecho de la Competencia y por tanto haciéndole partícipe de la teoría de los efectos en que se sustenta dicha disciplina, tendencia que confirma la interdisciplinariedad propia del Derecho de los Consumidores.

Con el propósito de explicar esa transición jurídica sobre la protección económica del consumidor, se inicia por exponer el concepto de protección

¹ Sobre la tutela de los consumidores en México distingue dos épocas, aquella cuando México seguía una política económica de sustitución de importaciones se promulga la primera Ley Federal de Protección al Consumidor por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1975 y la segunda a partir de la reforma integral a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983, a la cual corresponde la segunda ley vigente desde 1992.

Méjico en la protección económica del consumidor previa a la contratación

económica, continúase siguiendo con la explicación del contenido de la reforma a la Ley Federal de Protección al Consumidor, para por último ponderar tal reconceptualización hacia la Teoría de los Efectos sustento del Derecho de la Competencia y contenido ahora también en el Derecho de los Consumidores.

1. Concepto de protección económica de los consumidores

La disposición marco sobre esta tutela se encuentra inserta en el Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde sus párrafos segundo y tercero señalan la posición desigual que entre sí tienen los consumidores y los oferentes (empresas) en el mercado, así como la pretensión de aportar el equilibrio en su derecho patrimonial, tendencia apreciable desde la cabeza del numeral donde es rescatada de la Constitución de 1857, la prohibición de los monopolios y la libertad de libre concurrencia, como puede apreciarse enseguida:

ART. 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

...

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre si y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de estos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

Dicho precepto proporciona elementos para el funcionamiento de las políticas económicas y sociales destinadas al abasto para satisfacer las necesidades de los integrantes de la sociedad, en consecuencia vincula a la norma jurídica con otras disciplinas sociales como la Economía, Sociología, Psicología e instrumentos técnicos, que le aporten la plena comprensión de la situación de los consumidores.

A tal funcionamiento económico-social ya hacía referencia la exposición de motivos de la normativa promulgada en 1975 y vigente desde 1976, calificada

como vanguardista porque creaba la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) y el Instituto Nacional del Consumidor (INCO), para procurar promover y salvaguardar la seguridad de los consumidores y promover su educación para el consumo respectivamente, en defensa de su patrimonio en el escenario del mercado, como puede apreciarse en seguida:

Al tratar la creación del Instituto Nacional del Consumidor (INCO) como organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, con la finalidad de orientar al consumidor para utilizar razonablemente su capacidad de compra, informarlo y capacitarlo para el ejercicio de sus derechos, estimular en él la actitud consciente de su papel como agente activo del proceso económico; evitar que sus compras se realicen conforme a prácticas comerciales y publicitarias que conduzcan a imitaciones extralógicas lesivas a sus intereses y a los de la colectividad; auspiciar hábitos de consumo que protejan el patrimonio familiar y promuevan un sano desarrollo y una mejor asignación de los recursos productivos del país.

En el Derecho de los Consumidores resalta el carácter participativo de la sociedad y por lo tanto es conveniente precisar que la tutela económica del consumidor y/o usuario se refiere, a la regulación del manejo que hacen las empresas de la información, para evitar que aprovechando las asimetrías existentes entre la población de consumidores y su confianza, les dañen en su patrimonio.

Indudablemente que el ánimo de lucro permea en toda práctica comercial, pero el llevarla a cabo con honestidad repercute en salvaguardar la confianza de los consumidores, lo cual redundará en la conformación o ampliación de la cartera de clientes² y consumidores de su producción, comportamiento que le aportará su posicionamiento en el mercado.

De prevenir y sancionar las prácticas de deslealtad comercial se encarga la Ley Federal de Competencia Económica, ley constitucional que pormenoriza los principios inherentes a la libertad de comercio e industria, me refiero a los de libre concurrencia y libre competencia consagrados por el Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encargándose de su aplicación la Comisión Federal de Competencia (CFC) órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, “con autonomía técnica y operativa (artículo 23). Lo que significa, de acuerdo al derecho administrativo mexicano, que se trata de un órgano al cual se le transfiere competencia exclusiva y poder de decisión,

² La distinción entre consumidor y cliente radica en que, la acción de elección para el consumo en el consumidor o usuario es única, mientras en el cliente es constante, o sea la acción reiterada para satisfacer necesidades y preferencias.

Méjico en la protección económica del consumidor previa a la contratación

disminuyendo su relación jerárquica y de subordinación respecto de los órganos centralizados".³

La confianza de los consumidores se protege de las prácticas abusivas en dos momentos, el de la etapa contractual y en la etapa precontractual.

Es materia de la protección económica precontractual, las presentaciones de los productos, su publicidad, etiquetas que puedan inducir al consumidor a cometer error o a una falsa percepción del bien o servicio que lo afecte en sus intereses o en sus hábitos de satisfacción de necesidades o preferencias, regulación que redundará en el fortalecimiento de la etapa contractual y todo ello repercute en la competencia entre los agentes de un mismo sector y del mercado.

De ahí que Jorge Witker afirma "La tendencia en la transformación del derecho del consumidor es un viraje generalizado en la aplicación de este tipo de normas con un enfoque de mercado".⁴

2. La seguridad económica de los consumidores en la reforma a la Ley Federal vigente

Las iniciativas presentadas a fines del año 2002 por Vicente Fox Quesada Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos y la del Diputado Federal Alfredo Hernández Raigosa, para realizar la reforma integral a la Ley Federal de Protección al Consumidor vigente desde 2004, son parte del contenido económico-social de la acción de consumir realizado por la persona para satisfacer sus necesidades y/o preferencias.

Entre las consideraciones expresadas en la iniciativa presidencial, está el cambio tecnológico y el recrudecimiento de la competencia como desafíos para la política de protección al consumidor, la cual en una economía orientada al mercado, tiene el propósito de que los consumidores satisfagan sus expectativas desde que adquieren un bien o un servicio, para lo cual la prevención se convierte en un elemento fundamental de dichas políticas públicas. Por ello se busca suavizar o corregir los efectos de las fallas del mercado, que se manifiestan como

³ SERRA ROJAS, Andrés, "La Ley Federal de Competencia Económica: Un nuevo instrumento para una nueva economía", *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p.135.

⁴ WITKER, Jorge y VARELA, Angélica, *Derecho de la Competencia en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, núm. 157, México, 2003, p. 272.

condiciones asimétricas en las relaciones entre proveedores y consumidores, donde una se encuentra en desventaja con la otra.⁵

El Diputado Hernández Raigosa, orientó el texto de su iniciativa hacia la ampliación de las atribuciones de la Procuraduría Federal del Consumidor, entre las que se encuentra el coordinar sus acciones con las de otras entidades de la Administración Pública, para evitar la duplicidad de funciones.⁶

Resultado del proceso legislativo fue la reforma integral a la Ley Federal de Protección al Consumidor que incidió en los rubros siguientes:

- el concepto de consumidor hasta el consumidor intermedio,
- competencia de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO),
- presentación de denuncias y reclamaciones empleando las Tecnologías de la Información y Comunicación,
- medidas precautorias, acciones de grupo, publicidad e información,
- autofinanciamiento,
- problemática inmobiliaria,
- procedimientos de verificación y vigilancia,
- publicación de modelos de contratos de adhesión,
- bonificación o compensación,
- dictamen técnico-título ejecutivo,
- actualización de sanciones y medidas de apremio,
- casos particularmente graves para la imposición de sanciones y
- condonación de multas.

De la cual corresponde a la protección económica del consumidor los artículos siguientes:

ARTÍCULO	CONTENIDO
8	Se adiciona esta disposición con un primer párrafo, para reiterar la atribución de PROFECO dispuesta en la cabeza del artículo, ahora refiriendo como obligación de los proveedores, el respeto de los precios y tarifas establecidos conforme a la Ley Federal de Competencia Económica.

⁵ gaceta.diputados.gob.mx, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, núm. 1147, México, lunes 9 de diciembre de 2002, consultada marzo 8 de 2006.

⁶ gaceta.diputados.gob.mx, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, núm. 1136, México, viernes 22 de noviembre de 2002, consultada marzo 8 de 2006.

Méjico en la protección económica del consumidor previa a la contratación

10	Con un primer párrafo se adiciona este numeral e inicia por prohibir a los proveedores la aplicación de métodos o prácticas comerciales coercitivas y desleales.
24 Fracción XIII	La adición se refiere a las atribuciones de PROFECO relativas a la vigilancia y verificación del cumplimiento en materia de precios y tarifas, para llevarlas a cabo en coordinación con otras autoridades.

Cuadro de elaboración propia. Fuente: Diario Oficial de la Federación de febrero 4 de 2004.

Esas disposiciones estructuralmente corresponden a la parte general de la Ley y fortalecen aquellas donde ya se desarrollaban los principios de información y certeza del consumidor en el momento de la contratación, sea por medio de la publicidad o en el empleo de recursos técnicos, como etiquetas, marcas, signos distintivos o envases, con los cuales hacen identificable el bien o servicio, lo que a futuro redundará en el establecimiento de la relación de consumo.

Sin duda alguna se trata de construir un marco regulatorio flexible de la protección jurídica del consumidor, que atiende la vertiente innovadora de la globalización, que evita la autorregulación de las empresas en el manejo de la información para sostener su competitividad y alerta a los consumidores y/o usuarios, ante la posible manipulación de los oferentes, estableciendo la corresponsabilidad en la función de la Procuraduría Federal del Consumidor y la Comisión Federal de Competencia, confirmando así la naturaleza interdisciplinaria que caracteriza a estas disciplinas, en el entendido que “interdisciplinariedad es un término con el que se pretenden expresar interacciones relacionantes de las disciplinas entre sí. ...interacción” que relaciona a ambas disciplinas, y acción y producto son “interdisciplinares”, interdisciplinario “es toda interacción entre dos o más disciplinas en el ámbito de los conocimientos, de los métodos o del aprendizaje de las mismas”. Y que *interdisciplinariedad* es “el conjunto de las interacciones existentes y posibles entre las disciplinas”.⁷

2. La extraterritorialidad en la seguridad económica de los consumidores

La sociedad global es el contexto en el que se reconceptualiza la protección económica del consumidor y como tal se entiende, “la sociedad que así se va

⁷ COBO SUERO, Juan Manuel, *Interdisciplinariedad y universidad*, Ed. Universidad Pontificia Comilla, Madrid, 1986, pp.15, 19.

construyendo, no de manera autónoma, tampoco es una suma o composición geométrica de las sociedades nacionales, se distingue de esas, porque se revela como una totalidad superior, incluyente, compleja y contradictoria que subsume localidades, nacionalidades, naciones y regiones; que abarca islas, archipiélagos continentes, mares y océanos; que constituye territorialidades y temporalidades desconocidas.”⁸

Debido a ello al construir el marco jurídico de la tutela en estudio, se privilegia la función más que la estructura y por tanto convergen normas jurídicas y las regulaciones, pues no debe soslayarse que del Derecho se le reconoce como un sistema autorreferente.

A tal tendencia se refiere la teoría de los efectos, formulación doctrinaria que centra la atención en los efectos ocasionados en el territorio nacional, al respecto Xavier Ginebra Serrabou expresa:

En el Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, redactado por el American Law Institute, que constituye una recopilación no oficial de los principios de Derecho Internacional Público reconocidos por los Estados Unidos se indica (artículo 18) que: un Estado tiene jurisdicción para prescribir una regla jurídica imputando consecuencias legales a una conducta que ocurre fuera de su territorio y que causa efectos dentro de éste si: a) la conducta y su efecto son generalmente reconocidos como elementos constitutivos de un delito o de un acto ilícito bajo las leyes de los Estados que cuentan con sistemas jurídicos razonablemente desarrollados; o b) I) si la conducta y su efecto son elementos constitutivos de una actividad a la cual se aplica la regla en cuestión; II) el efecto dentro del territorio es sustancial; III) tiene lugar como resultado directo o predecible de la conducta fuera del territorio y IV) la regla no es inconsistente con los principios de justicia generalmente aceptados por los Estados que cuentan con sistemas jurídicos razonablemente desarrollados.⁹

En tal sentido, argumenta Xavier Ginebra, la conducta comercial anticompetitiva es la limitación, restricción o distorsión de la libre concurrencia y ésta es la que debe tener lugar en los mercados nacionales, así lo que se protege es el proceso no a los empresarios y sus efectos son proporcionar diversidad de oferentes tanto de bienes como de servicios, con calidad y los mejores precios, lo cual asegura el abasto a las necesidades de los consumidores y fortalece su posición en el mercado.

Considero como expresiones mensurables de esta tendencia, los efectos implícitos en el proceso abasto-consumo que desde luego abarca a la multiplicación de oferentes, calidad y mejores precios los siguientes:

⁸ IANNI, Octavio, *La era del globalismo*, Tr. Claudio Tavares Mastrángelo, 2^a ed., Ed. Siglo Veintiuno, México, 2001, p.68.

⁹ GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Derecho de la Competencia*, Ed. Cárdenas, México, 2001, pp.9-10.

México en la protección económica del consumidor previa a la contratación

• La política de competencia internacional para evaluar la estructura de un mercado, aplica el índice Herfindahl; la política seguida por la Comisión Federal de Competencia en México, establecida por Acuerdo de Pleno publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de julio de 1998, determinó complementar tal método con el denominado índice de dominancia.

• El índice de confianza de los consumidores en el ámbito del consumo, es la encuesta que periódicamente mide la confianza de los consumidores del país, y es realizada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) y el Banco de México. Resulta de promediar las respuestas de cinco preguntas relacionadas con la percepción de la población sobre la economía de su hogar, la del país y el momento propicio para la compra de bienes de consumo. Se realiza mensualmente con una muestra de 2 mil 336 viviendas ubicadas en las 48 ciudades más importantes de México. En el mes de abril de 2007 se ubicó en 106.3 puntos (enero de 2003=100). Dicho nivel resultó menor en (-) 2.9% al observado en igual mes de 2006, cuando había sido de 109.5 puntos.¹⁰

• El índice de consumo de dominio, es la expresión que enlaza la producción con el consumo, se sustenta en la innovación de la producción con calidad, para impulsar al ahorro de los consumidores, pues su producción tiende a fomentar un consumo razonado no más de productos desechables, lo cual redundará en el fortalecimiento de su posicionamiento en el mercado.

Consecuencia de esa dinámica extraterritorial, el marco regulatorio sobre la protección económica de los consumidores en México atiende al derecho externo y al derecho interno, en los términos siguientes:

Derecho Externo	<ol style="list-style-type: none">1. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), cuyo Comité de Políticas de los Consumidores en su informe anual sobre Derecho Comparado abarca lo relativo a etiquetas, crédito y reglas de seguridad.2. Directrices de la OCDE para la protección de los consumidores de prácticas transfronterizas fraudulentas y engañosas.3. Convención de Bruselas de la Unión Europea.4. Convención de La Haya sobre “ley aplicable a la responsabilidad de los productos” y
-----------------	---

¹⁰ www.inegi.gob.mx, consultada en abril 18 de 2007.

	5. Convención de Viena sobre contratos de Mercaderías.
Derecho interno	<ol style="list-style-type: none">1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus Artículos: 3º, 4º, 5º, 25, 26, 27, 28, 73 Frac. XXIX D) y E), 123 y 133.2. Ley Sobre la Celebración de Tratados, D.O.F., Enero 2 de 19923. Ley Federal de Protección al Consumidor4. Ley Federal de Competencia y su Reglamento5. Ley Federal de Metrología y normalización y su Reglamento6. Ley General de Salud7. Código Penal Federal8. Normas Oficiales Mexicanas9. Estatuto Orgánico de la Procuraduría Federal del Consumidor10. Reglamento de la Procuraduría Federal del Consumidor

Reflexiones finales

La reconceptualización de la protección económica de los consumidores en la reforma de 2004 a la de la materia, es la prospectiva de los que delineaba la Exposición de motivos de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1975, así como lo contemplado en las políticas públicas contenidas en el Programa Sectorial de Mediano Plazo denominado Política Industrial y de Comercio Exterior del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, donde la desregulación en una amplia perspectiva, constituye la expresión de una nueva cultura de colaboración entre las autoridades gubernamentales y el sector productivo, como ahora dispone esta reforma sobre la acción conjunta de la PROFECO con la COFECO...

En relación con dicha transición en el Derecho de los Consumidores, existe el precedente relativo a la comercialización de la tortilla: en el año 2000 la Cadena Maíz Tortilla que aglutinaba entonces el 10% de los industriales del ramo, se coludieron para incrementar el precio de la tortilla sin autorización de la entonces Secretaría de Economía y Fomento Industrial, argumentando que mejorarían los establecimientos expendedores y el embalaje del producto, práctica anticompetitiva que originó el inicio de investigación por la COFECO publicado en el Diario oficial de la Federación del 19 de enero del propio año 2000. Ahora el 3 de enero del año en curso se incrementa el precio de la tortilla por escasez del maíz, en consecuencia PROFECO aplicando la medida precautoria consistente en la colocación de sellos de advertencia en los establecimientos que violaron el precio.

Es inobjetable que los efectos de un mercado competitivo, consisten en ampliar las opciones de abasto de los consumidores, a menores precios y con mejor calidad, eficiencia cuya eficacia resulta compleja.

Bibliografía

- BOURGOIGNIE, Thierry, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, tr. Gabiser, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, Vittoria, 1994.
- COBO SUERO, Juan Manuel, *Interdisciplinariedad y universidad*, Ed. Universidad Pontificia Comilla, Madrid, 1986.
- Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, *Tratado sobre Derecho de Protección al Consumidor*, Ed. Porrúa, México, 2005.
- GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Derecho de la Competencia*, Ed. Cárdenas, México, 2001.
- “Programa de Política Industrial y Comercio Exterior”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de mayo 31 de 1996.
- “Programa Nacional de Competencia Económica 2001-2006”, publicado en el *Diario oficial de la Federación* de junio 9 de 2003.
- WITKER Jorge y VARELA, Angélica, *Derecho de la Competencia en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 157, México, 2003.

Páginas Web

- <http://www.gaceta.diputados.gob.mx>, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, núm. 1147, México, lunes 9 de diciembre de 2002.
- <http://www.gaceta.diputados.gob.mx>, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, núm. 1136, México, viernes 22 de noviembre de 2002.
- <http://www.inegi.gob.mx>

Reseñas

Los senderos oscuros de la justicia

Rebeca Elizabeth Contreras López*

RESUMEN: La autora se refiere al lado oscuro de la justicia penal, considerando que el manejo discrecional de las leyes y acomodar su aplicación a las condiciones coyunturales del momento constituye un atentado al Estado de Derecho. No es criticable buscar la seguridad, tampoco sancionar a quienes han cometido actos ilícitos, lo criticable es utilizar la justicia penal porque en su momento no nos parece adecuada, política o socialmente, la aplicación estricta del derecho. El caso del etarra Iñaki de Juana Chaos, en España, permite reflexionar sobre diversas paradojas en la aplicación de la justicia penal.

Palabras claves: Justicia penal, terrorismo, ponderación de bienes jurídicos.

ABSTRACT: The author refers to the dark side of criminal justice, considering that the discretionary management of the law, as well as the convenience of its application to the conditions arising from the situation of the moment, is an attack to the rule of law. It is not to be criticized neither looking for security nor punishing those who have done illegal acts; what is to be criticized is the use of criminal justice just because the strict application of law seems to be inadequate in a specific moment, either politically or socially. The case of the activist of ETA, Iñaki de Juana Chaos, in Spain, makes us think about several paradoxes concerning the application of criminal justice.

Key words: Criminal justice, terrorism, pondering of legal assets.

SUMARIO: Introducción. 1. La historia. 2. La posibilidad de excarcelación: ¿y el estado de derecho? 3. La huelga de hambre y sus implicaciones jurídicas. 4. Paradoja: ¿todo es defendible en derecho?

* Investigadora nacional. Doctora en Derecho público. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y profesora de Derecho penal, política criminal y metodología jurídica.

Introducción

Desde fuera, el caso del etarra Iñaki de Juana Chaos resulta paradójico. España es un país democrático ¿qué duda cabe? pero ha sufrido, por décadas, uno de los más graves flagelos políticos y sociales: el terrorismo; que conduce a la irracionalidad, tanto al que lo hace, como al que lo padece.

Cuando el presidente español Rodríguez Zapatero anunciaba la posibilidad de poner fin a la actividad violenta de las fuerzas armadas de ETA, ocurre un ataque al aeropuerto internacional de Barajas (29 de diciembre de 2006). La violencia no cesa.

El terrorismo y quienes se valen de él, son condenables, no por sus opiniones o aspiraciones políticas e ideológicas, sino por los medios que utilizan para expresarse. En este contexto, ocurre el caso del etarra de Juana. Una persona que ha sido dirigente de ETA, encarcelado en 1987 y considerado como uno de los más sanguinarios líderes de ese grupo; pese a lo cual, desde mi punto de vista, sigue siendo una persona con todos los derechos y libertades que le son inherentes.

Estas reflexiones no son sobre la conducta o los crímenes cometidos, sino más bien sobre la actuación del sistema de justicia español en este caso concreto.

1. La historia

En 1987, de Juana Chaos, es detenido en Madrid por el atentado de 14 de julio de 1986 en la Plaza de República Dominicana en el que murieron 12 guardias civiles y fueron heridas 58 personas. Desde entonces se encuentra privado de su libertad. En noviembre de 1987 es sentenciado a 2,232 años de cárcel. Posteriormente, en 1990 es condenado a 378 años de prisión por el asesinato de cinco guardias civiles y en 1995 se agregan 55 años más por el asesinato del vicealmirante Escrigas.¹

La *primera paradoja* en este caso es que un condenado a 3,129 años de prisión por 25 asesinatos sólo debía cumplir 30 años, que era la pena máxima permitida por el Código penal español de 1975. Pero, además, dicha pena podría ser reducida con base en los beneficios de pena, lo que efectivamente ocurrió. Pues resultó que por buen comportamiento le descontaron 12 años de prisión (a través del juez de ejecución que es una figura que se utiliza en España para vigilar el cumplimiento de las penas). Es decir, para febrero de 2005 de Juana Chaos podría haber abandonado la prisión, tras 18 años de reclusión.

¹ ROMERO, José Manuel, "Todo es defendible en Derecho. Examen judicial al 'caso de Juana'", *EL PAÍS*, viernes 26 de enero de 2007, España, p. 18.

Pero, el 11 de enero de 2005, el juez Grande Marlaska inicia un nuevo proceso contra de Juana, por su pertenencia a ETA y por amenazas terroristas que supuestamente emitió en dos artículos publicados en el diario GARA, de reconocida pertenencia a ETA. Razón por la cual de Juana es sometido a prisión preventiva y con ello se evita que salga en libertad en febrero de ese año por los procesos iniciales, siendo evidente para la opinión pública que este nuevo proceso tenía claramente la finalidad de evitar la excarcelación del “terrorista”.

Segunda paradoja. Se inicia un proceso con no muy clara procedencia ante la inminencia de la libertad.² Aquí hay dos elementos claves: por una lado el derecho del sentenciado a que se aplique la ley y por otro el derecho de la sociedad a que se garantice su seguridad.³ Pero también parece quedar en evidencia el manejo político de la justicia penal al que, en México, no somos ajenos.

Su pertenencia a ETA, sin duda la conocían las autoridades españolas, desde 1987 en que fue detenido. Concretamente, las amenazas fueron contra el Presidente Rodríguez Zapatero, señalando: “Quien todo lo hace para silenciar a una nación y negarle el derecho de autodeterminación es un fascista de manual y dejémonos de florituras de lenguaje”. Y la amenaza es así: “*Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza: “Sacar vuestras sucias manos de Euskal Herria”. Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento. O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedásteis sin ellas*”.⁴

En esa misma publicación “sección escudo”, de Juana señala: “Y una vez más no deja de asombrarme - y ojalá no pierda nunca esta capacidad- el desprecio que de sus propias leyes tienen sus servidores. Que las rechacemos nosotros que las combatimos es natural, pero que las desprecien quienes comen de ellas es un indicador más de cuál es su función”.⁵

La otra publicación hace referencia a seis directores de prisiones y los acusa de torturas y malos tratos a los presos, señalando en la “Sección Gallizo” que:

² En enero de 2005, estaba en España y pude observar, a través de los medios, la inminente alarma social e indignación pública que generó el que de Juana pudiera obtener su libertad.

³ Un tema del que ya me he ocupado en otras ocasiones, especialmente en lo referente al llamado derecho penal del enemigo. Ver CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth *et al.*, *Derecho penal y globalización: ¿un cambio de paradigma?* Colección Transformaciones Jurídicas en el contexto de la Globalización, Vol. V, Arana Editores, México, 2007 y CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, “El derecho penal del enemigo en la visión de Eugenio Raúl Zaffaroni”, ponencia presentada en el *Coloquio Internacional en honor del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006.

⁴ ROMERO, José Manuel, “Todo es defendible en Derecho...”, *op. cit.*

⁵ Publicado en *Gara* el 1-12-2004 por de Juana, en <http://webmasterchaos.tripod.com/id8.html> (7-feb-2007).

Ni la señora Margarita Uria ni ninguno de los parlamentarios y parlamentarias que enarbolan los derechos humanos como bandera de combate tuvo la remota ocurrencia de interesarse por las vejaciones y agresiones sexuales sufridas por algunas de las detenidas en las últimas redadas policiales. Sobre esto no tiene interés la señora Uria, no ya como parlamentaria, sino ni siquiera como mujer. Y no se lo pregunta porque sabe que el ser detenido/a como presunto etarra en una operación represiva con la consiguiente cobertura mediática es suficiente motivo para no tener ningún derecho, incluido el de no ser torturado.⁶

Concretamente se refiere a la directora general de Instituciones Penitenciarias, Mercedes Gallizo, aseverando: “*O a lo mejor me equivoco y los torturadores son capaces de luchar contra la tortura. Experiencia no les falta. Y entonces, incluso yo sería capaz de imaginarme a la señora Gallizo (directora general de Instituciones Penitenciarias) de otra manera de la que es*”.⁷ Y estas últimas afirmaciones son las que se considera que constituyen amenazas terroristas.

En junio de 2005 se concluye el sumario por los nuevos delitos y el juez de la Audiencia Nacional, Pedraz Gómez, concluye que no hay base para acreditar que el preso pertenezca a ETA y, por tanto, procede su libertad. En julio se revoca esta conclusión del sumario. Y el 6 de noviembre, la Audiencia Nacional lo condena a 12 años 6 meses por amenazas terroristas. Esta sentencia fue recurrida a través del recurso de casación. Hay que señalar que la petición inicial del Fiscal fue de 96 años de cárcel para el etarra.

Tercera paradoja: En España, en otros casos similares, las amenazas terroristas se han condenado hasta por 5 años de prisión.

El elemento final de la historia es que de Juana Chaos decidió iniciar una huelga de hambre hasta que se decidía su situación jurídica. Primero fue el 8 de agosto de 2006 y la abandona el 8 de octubre.⁸ Después la reinicia el 7 de noviembre y a la fecha (27 de febrero 2007) llevaba 112 días de huelga de hambre y se resistía de manera violenta a ser alimentado aún con sonda.⁹ A pesar de que la pena fue reducida a 3 años de prisión por amenazas no terroristas y le falta por

⁶ Publicado en *Gara* 30-12-2004 por de Juana, en <http://webmasterchaos.tripod.com/id8.html>, (7-feb-2007).

⁷ *Idem.*

⁸ VERDÚ, D. Informe médico del hospital doce de octubre sobre el etarra de Juana, “No son descartables eventos que puedan condicionar una muerte súbita”, *EL PAÍS*, viernes 26 de enero de 2007, España, p. 17.

⁹ Información tomada de *EL PAÍS*, España, 27 de febrero de 2007. En: http://www.elpais.com/articulo/espana/medicos/vuelven/alimentar/Juana/voluntad/pese/resistencia/violenta/elpepuesp/20070227elpepunac_12/Tes (27-feb-07).

cumplir poco más de un año, de Juana sigue sin estar de acuerdo en la condena.¹⁰ Ante el grave riesgo para su salud y faltando por cumplir menos de un año de prisión, el Ministro del Interior español decidió que el cumplimiento de la pena sea en régimen atenuado y se trasladó al interno, de un hospital de Madrid a uno en San Sebastián para que se recupere, aunque se teme que queden graves secuelas por la huelga de hambre tan prolongada.¹¹

2. La posibilidad de excarcelación: ¿y el estado de derecho?

Es evidente la intranquilidad social que genera la posibilidad de que una persona con las características de De Juana, salga en libertad, incluso las víctimas señalaban que ni siquiera habría de cumplir un año de cárcel por cada muerte, ya que por 25 asesinatos únicamente debía cumplir 18 de cárcel. La indignación es obvia pero ¿y el estado de derecho? Es que la justicia penal puede hacerse y rehacerse a capricho,¹² al más puro estilo del autoritarismo judicial.

Estas consecuencias de la aplicación de la legislación ejecutiva penal fueron advertidas por el legislador español, al grado que en el Código penal de 1995 uno de los compromisos era que se cumplirían las penas en su totalidad, sin beneficios adicionales, respetando con ello el arbitrio judicial. Ello originó que en ese nuevo Código la pena máxima fuera de 20 años de prisión. Sólo en caso de terrorismo se podrá ampliar hasta 40 años cuando se cometan dos o más delitos de este tipo y alguno de ellos esté castigado con 20 años de prisión.¹³

Y es que la discrecionalidad del manejo de los beneficios de ejecución, genera complicaciones. En España existe el juez de vigilancia penitenciaria¹⁴ que se

¹⁰ El diario ADN del 13 de febrero de 2007, publicó que “El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha decidido rebajar de 12 a 3 años la condena a De Juana por un delito de amenazas no terroristas y enaltecimiento del terrorismo”. En: <http://www.diarioadn.com/politica/detail.php?id=22450> (27-feb-07).

¹¹ <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/03/01/espana/1172741260.html>

¹² En mis años como defensora de oficio, en la ciudad de Xalapa, en diversas ocasiones observé como a una persona que no se quería dejar en libertad se le iniciaban averiguaciones, una tras otra, en ocasiones por los mismos hechos, cambiando sólo la adecuación al tipo penal o la modalidad.

¹³ Según el artículo 76 del Código Penal Español.

¹⁴ Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979.

TITULO V. Del Juez de Vigilancia.

Art. 76.

Uno. El juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

Dos. Corresponde especialmente al juez de vigilancia:

encarga de “proteger los derechos de los internos frente a las posibles decisiones arbitrarias de la Administración Penitenciaria (autorizar permisos, clasificación, regresión y progresión de grado, aprobar algunas sanciones”¹⁵ pero en México, carecemos de esta figura y entonces la procedencia o no de los beneficios de ejecución queda a la decisión de la autoridad administrativa, avalada por un equipo multidisciplinar que decide si proceden o no los beneficios. Aunque en delitos específicos, de antemano dichos beneficios se niegan, no porque lo diga la ley, sino porque son políticas de la propia administración, lo que desde luego origina múltiples componendas.

En la discusión sobre el derecho penal del enemigo, Jakobs argumenta que el Estado está legitimado para tomar medidas extraordinarias si con ello salvaguarda la seguridad colectiva.¹⁶ Aunque queda claro que ello es un retorno al derecho penal de autor,¹⁷ en donde no importan los hechos sino las características de la persona que es procesada y posteriormente condenada. También es evidente que

-
- a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores.
 - b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.
 - c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.
 - d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.
 - e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
 - f) Resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.
 - g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquellos.
 - h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la ley de enjuiciamiento criminal.
 - i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.
 - j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento.
- ¹⁵ En: http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penitenciario (5 de marzo de 2007).
- ¹⁶ Cfr. JAKOBS, Günther y CANCIO MEILÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- ¹⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

estas son decisiones de política y no de derecho penal, como bien claro lo deja el profesor Zaffaroni.¹⁸

En mi opinión, ese es el lado oscuro de la justicia penal, el manejo discrecional de las leyes y *acomodar* su aplicación a las condiciones coyunturales del momento. No es criticable buscar la seguridad, tampoco sancionar a quienes han cometido actos ilícitos, lo criticable es *utilizar* la justicia penal porque, en su momento, no nos parece adecuada la aplicación estricta del derecho; que es, sin duda, el fundamento del Estado de derecho.

3. La huelga de hambre y sus implicaciones jurídicas

En este caso hay distintos derechos en pugna. Por un lado, la libertad de expresión del interno frente a la obligación de la administración penitenciaria de supervisar su correspondencia.¹⁹ Por otro lado, el principio de proporcionalidad de la pena, frente al arbitrio judicial, ello en razón de la excesiva penalidad impuesta en el último proceso, sin entrar a la discusión de si esas publicaciones constituyen o no amenazas terroristas.

Pero la pugna que aquí me interesa subrayar es la posibilidad de una persona, sana mentalmente y mayor de edad, de disponer de su propia vida (o atentar contra ella, al abstenerse de comer), frente a la obligación de la administración penitenciaria de salvaguardar la integridad física y moral de los reclusos.

La sala de lo penal en pleno, de la Audiencia Nacional española, en el *Procedimiento: Rollo de Sala 8/05, Sección Primera, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Sumario 5/05*, respecto de la huelga de hambre de Iñaki de Juana resolvió:

2º. La prisión atenuada está prevista para otro tipo de supuestos distintos del actual: bien cuando aparece una enfermedad sobrevenida (por ejemplo, tumor terminal), bien cuando se produce una agravación general del estado de salud del interno (por ejemplo, toxicómanos con sida). Pero ninguno de tales supuestos es el del caso en que es el preso quien, precisamente, por su propia voluntad (estando informado en todo momento -y así se acordó en las diversas resoluciones citadas- de su situación y los posibles peligros que para su vida y/o integridad física se generan por su voluntaria actitud de continuar con la huelga de

¹⁸ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, s. ed., Colección Monografías-Módulo Penal, Tomo 6, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006, y CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, "El derecho penal del enemigo en la visión de Eugenio Raúl Zaffaroni", *op. cit.*

¹⁹ Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, España. Artículo 46. Comunicaciones escritas.

hambre), se ha puesto en tal situación de peligro; esto es, se trata de una autopuesta en peligro libre y voluntaria. Y ante tal actitud, siendo una decisión del interesado, DE JUANA CHAOS, único responsable de su puesta en peligro, planteándose un conflicto de intereses, debe decaer su voluntad ante la posición de garante de las Administración. Efectivamente, se ha reiterado por el Tribunal ya en diversas ocasiones (AA 28 Agosto, 14 y 20 Septiembre y 24 Noviembre, entre otros), que los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad -sea por cumplimiento de condena, sea por prisión preventiva (como es del caso que nos ocupa)- pueden ser objeto de limitaciones al existir una relación de especial sujeción entre el interno y la Administración que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos, entre los que destaca el esencial deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del interno con el consiguiente deber de adoptar las medidas necesarias para protegerlos, imponiendo limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de aquel interno que, por el riesgo de su vida en que voluntariamente se han colocado, precisen de tal protección, acordándose la alimentación forzosa del preso ante su actitud de huelga de hambre, actuándose con el respeto de su dignidad como ser humano estando actualmente ingresado en Centro hospitalario.

Es decir, aunque efectivamente una persona tiene derecho a disponer de su salud y decidir voluntariamente dejar de ingerir alimentos, en el caso concreto de un interno, este derecho se limita porque frente a él aparece la obligación de la administración penitenciaria de salvaguardar la integridad física de los internos, aún en contra de su voluntad.

La autopuesta en peligro es una figura que se discute en el derecho penal, el caso de las personas que voluntariamente acceden a poner en peligro su salud o incluso su vida, en esta circunstancia opera el consentimiento del legitimado cuando autoriza el daño o perturbación de bienes jurídicos que le son propios y que opera, en ocasiones como caso de atipicidad y en otras, como causa de justificación.²⁰ Tal es el caso del suicidio donde la persona por sí misma atenta contra su vida, pero también el de la eutanasia, cuando la persona afectada de un mal incurable, terminal y doloroso decide autorizar la terminación de su vida. Encontramos, asimismo, el supuesto de personas que frente a un diagnóstico de muerte irremediable deciden prescindir de cualquier tratamiento médico, natural o artificial. Pero también está el supuesto de las personas que realizan actividades peligrosas, como deportes extremos o de alto riesgo en que voluntariamente ponen en peligro su integridad. En todas estas situaciones el presupuesto básico es que se trata de personas mayores de edad, en pleno uso de sus facultades mentales e informadas de los riesgos posibles, sin embargo el otro elemento sustancial es el de la regulación que la legislación aplicable autorice, ya que, por ejemplo, en el caso

²⁰ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Ed. Praxis Universidad, Barcelona, España, 1996 y BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Perú, 2004.

de la eutanasia las legislaciones en el mundo adoptan posiciones tan diferentes que no es posible, valorar todas con los mismos razonamientos jurídicos.

En el caso concreto del interno de Juana Chaos me parece que la decisión española sería similar a la que debería tomarse conforme a la legislación mexicana, aunque dada la persistencia del interno, efectivamente se decretó la prisión atenuada y se redujo el tiempo que deberá pasar en prisión, todo lo cual llevó a un debate en el Senado español, en donde se acusó al Presidente del Gobierno de ceder al chantaje del etarra.²¹

4. Paradoja: ¿todo es defendible en derecho?

“Todo es defendible en Derecho”. Este título me motivo a escribir estas reflexiones, sobre todo porque frecuentemente escucho a las personas en general y a los estudiantes de derecho, en particular, que uno puede usar el derecho como le plazca y que existen tantas interpretaciones como necesidades tengamos de utilizar. Y es que esto no debiera ser así. El derecho no puede defenderlo todo, es allí donde entra la enorme responsabilidad de los intérpretes del derecho.

¿Todo es defendible en Derecho? No ¡Por supuesto que no! No todo lo es aunque la interpretación de la ley permita una elasticidad, en ocasiones impresionante. Ese es el lado más oscuro de la justicia penal, cuando la ley se adopta a conveniencia, en una aparente legalidad.

Cuando el ejercicio del *ius puniendi* se convierte en violencia *per se*, se desvirtúa la legitimación del poder del estado, ya que “en contextos en los que la pena se cumple con una arbitrariedad tal que degrada y humilla al ser humano y que lo somete en unas condiciones que lo desvinculan de toda pretensión teleológica, emprender un esfuerzo de legitimación del derecho penal implica desplegar un esfuerzo por racionalizar lo irracional”.²²

De ahí que, los casos más visibles, como el que aquí nos ocupa, son los que deben manejarse con estricto apego a la ley, procurando minimizar el impacto político de los mismos, lo cual siempre es difícil.

²¹ Diario *El mundo*, versión electrónica, 7 de marzo de 2007.

²² ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMAN, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, ARROYO ZAPATERO, Luis y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (versión española), Ariel, Barcelona, 1989, p. 51.

Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Perú, 2004.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Ed. Praxis Universidad, Barcelona, España, 1996.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth *et al.*, *Derecho penal y globalización: ¿un cambio de paradigma?* Colección Transformaciones Jurídicas en el contexto de la Globalización, Vol. V, Arana Editores, México, 2007.
- _____, "El derecho penal del enemigo en la visión de Eugenio Raúl Zaffaroni", ponencia presentada en el *Coloquio Internacional en honor del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- ROMERO, José Manuel, "Todo es defendible en Derecho. Examen judicial al -caso de Juana-", *EL PAÍS*, España, viernes 26 de enero de 2007.
- ROXIN, Claus, ARZT, Gunther y TIEDEMAN, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, ARROYO ZAPATERO, Luis y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (versión española), Ariel, Barcelona, 1989.
- VERDÚ, D. *Informe médico del hospital doce de octubre sobre el etarra de Juana, "No son descartables eventos que puedan condicionar una muerte súbita"*, EL PAÍS, España, viernes 26 de enero de 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, s. ed., Colección Monografías-Módulo Penal, Tomo 6, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006.

Legislación

Código Penal Español.

Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, España.

Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, España.

Páginas Web

Diario ADN, en: <http://www.diarioadn.com>

Diario *El Mundo*, España, en <http://www.elmundo.es>

Diario *El País*, España, en: <http://www.elpais.com>

Diario *Gara*, en: <http://webmasterchaos.tripod.com/id8.html>

<http://es.wikipedia.org>

QUINTANILLA MADERO, María del Carmen Eugenia, *Las Normas Oficiales Mexicanas. Su constitucionalidad, impacto en la modernización del Derecho Mexicano y estrecha vinculación con el Derecho Internacional*, Ed. Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2006. 164 p.

Sara Luz C. Quiroz Ruiz *

La confianza es un componente importante en las relaciones comerciales, significado que subyace en las llamadas normas técnicas, cuyo propósito es garantizar a los productores nacionales que en la competencia con sus pares del exterior, tendrán una base justa y equitativa de la cual resultará una competencia leal; lo cual se reflejará en la preservación de la salud, la vida y la seguridad de las personas y de los ecosistemas, aspectos trascendentales en la defensa tanto de los oferentes de bienes y servicios y de los consumidores, en la apertura comercial.

Por ello la autora afirma en su introducción, que las regulaciones y normas jurídicas sobre normalización hacen “que nuestra vida sea más agradable”, lo cual le motiva a estudiar las bases constitucionales en que se sustenta esa materia de la normalización.

Tanto la metrología como la normalización, son aspectos cualitativos de los bienes y servicios, regulados por la Ley Federal de Metrología y Normalización promulgada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1º de julio de 1992, en cuyo artículo 1º preceptúa que su aplicación y vigilancia corresponden al Ejecutivo Federal; disposición que ha sido objeto de debate en los términos siguientes: si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sólo a la materia de metrología se refiere expresamente en el artículo 73 Fracción XVIII que a la letra señala como atribuciones del Congreso “ Establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas”. entonces ¿cómo se encuentra fundamentada la normalización, para

* Maestra en Derecho Económico y Candidata a Doctora en Derecho por la benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Académica de Carrera del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana Campus Xalapa.

cumplir con tal disposición?, cuestión que es el núcleo del objeto de estudio de este texto en comento, visualizándole con mayor amplitud y profundidad María del Carmen Quintanilla, al proyectarlo hasta la vinculación que caracteriza al proceso de creación de la Norma Oficial Mexicana (NOM) por la armonización que agota con los compromisos pactados en los Acuerdos Comerciales Multilaterales y Regionales de los que México es parte, lo cual, dice la autora, corresponde a una nueva manera de actuar de los Estados y la concurrencia del sector privado en las funciones de normalización.

En consecuencia dice, que esta ley ha originado una “revolución silenciosa”, cuyo sistema regulatorio se encuentra formado por 154649 normas ISO, 4941 normas IEC (International Electrotechnical Commission y 245 normas Codex Alimentarius (expedidas en el seno de la Comisión del Codex Alimentarius), cuya función “es servir como referentes a todos los países para la elaboración de sus propias normas, de tal forma que se evite una torre de Babel... En México hay 779 regulaciones técnicas o normas oficiales mexicanas (NOM), expedidas por las dependencias de la administración pública federal y 5863 estándares o normas mexicanas (NMX)”.

Las explicaciones a sus planteamientos son expuestas por la autora a través de siete capítulos, de los cuales me resultaron sumamente interesantes, lo inherente al fundamento constitucional y su armonización con el derecho exterior, proceso en que es imprescindible distinguir entre regulaciones técnicas y estándares, lo cual es precisado por María del Carmen Quintanilla en la Introducción, puntualizando que las primeras establecen las “especificaciones mínimas que deben reunir los productos/servicios, y se expiden por los gobiernos para perseguir un fin considerado legítimo, que es proteger la seguridad de las personas y evitar que se dañe la salud humana, animal, vegetal y el medio ambiente en general”; correspondiendo a los estándares voluntarios “...-elaborados por organismos de normalización privados y cuya importancia radica en que se basan en el consenso de los sectores involucrados- y, por ello, se cumplen por convicción, ...aunque muchas veces el propio mercado las vuelve obligatorias,” ocupándose en el Capítulo Primero de la obra, al análisis del proceso de creación de las regulaciones técnicas o Normas Oficiales Mexicanas a través de las cuáles funciona el sistema de normalización.

La explicación al debate en torno al fundamento constitucional de la normalización, se desarrolla en el Segundo Capítulo a través de dos vertientes: la correspondiente a las normas oficiales mexicanas y respecto de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, enfocando su reflexión hacia, si las normas oficiales mexicanas o regulaciones técnicas son disposiciones generales, abstractas,

impersonales y de observancia obligatoria, características propias de los actos materialmente legislativos, entonces las dependencias del gobierno federal tienen facultades para expedir actos materialmente legislativos; pues según la flexibilidad del principio de división de poderes, conocido como temperamento a la división de poderes, significa que hay casos en que la propia Constitución admite que un poder expida un acto de naturaleza materialmente distinta a la suya.

Entre los críticos a la tendencia expuesta, la autora cita el siguiente argumento de Miguel Acosta Romero: "Esto puede corresponder a un fenómeno complejo de transformación del Derecho, que en realidad estamos viviendo procedimientos que no obedecen más que forzosamente al espíritu del Derecho... Es necesario reconocer a los administradores derechos más amplios y es por tanto más urgente que el fenómeno pararegлamentario se reconozca o se incorpore al ejercicio de la función reglamentaria. La integración de este fenómeno a la legalidad general, parece ineludible y también beneficiará a la Administración".

Esa tendencia la sigue el Reglamento Interior de la Secretaría de Economía y por ello le otorga al Director General de Normas la facultad para participar en la formulación de las NOM; función que fue cuestionada ante el Juez Segundo de Distrito en el Estado de México, argumentando que esa facultad el Congreso de la Unión la había otorgado a la Secretaría, por lo tanto era indelegable y en la sentencia pronunciada el 11 de mayo de 1998, decidió la constitucionalidad del Reglamento citado.

La resolución del recurso de revisión, revocó la sentencia mencionada y determinó la constitucionalidad del Reglamento Interior, destacando la autora de lo argumentando por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo siguiente:

No implica una indebida delegación de facultades legislativas a favor de una autoridad administrativa, sino sólo el ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada por el artículo 89, fracción i constitucional, que establece a favor del Presidente de la República, entre otras atribuciones, la de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de leyes, facultad que puede ejercerse mediante la expedición de un conjunto de normas constitutivas de un ordenamiento o por medio del dictado de una norma requerida por una situación determinada para la mejor realización de los fines del cuerpo legal.

La sentencia no cuestiona la legalidad de la facultad que la Ley Federal sobre Metrología y Normalización otorga a las dependencias de la administración pública federal de elaborar normas oficiales mexicanas. Tan el Secretario de Comercio y Fomento Industrial tiene la atribución de hacer que puede delegar dicha atribución.

Otro argumento que resalta María del Carmen Quintanilla para justificar la elaboración de las NOM es que, la diversidad de las materias y su especialización requieren una regulación detallada, debido a lo cual se caracterizan por su flexibilidad, además como se sustentan en el consenso de las partes interesadas en su elaboración, todo lo cual repercute en la seguridad de las personas y el medio ambiente.

Las Secretarías que participan en la elaboración de las NOM, a través del Comité Consultivo Nacional de Normalización (CCNN) y que coloquialmente son conocidas como dependencias normalizadoras son nueve: Secretaría de Desarrollo Social; Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; Secretaría de Energía; Secretaría de Economía; Secretaría de Agricultura; Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; Secretaría de Comunicaciones y Transportes; Secretaría de Salud; Secretaría de Trabajo y Previsión Social y Secretaría de Turismo.

El marco normativo en que se fundamenta la materia está integrado por el derecho externo y el derecho interno, por lo tanto son aplicables de lo nacional: Ley Federal de Competencia Económica; Ley Aduanera; Ley de Comercio Exterior; Ley Federal de Protección al Consumidor; Ley General de Salud; Ley Federal de Sanidad Animal; Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y sus reglamentaciones correspondientes. Del Exterior está constituido por una multiplicación de organismos sumados a los clásicos radicados en Ginebra, con diversidad de estructuras y misiones, que la autora agrupa “básicamente” en tres rubros:

- Organismos internacionales clásicos (ISO, OEC, CODEX ALIMENTARIUS/FAO).
- Organismos normalizadores formales cuyas normas son usadas internacionalmente, ASME (American Society of Mechanical Engineering).
- Organismos normalizadores que podrían denominarse ad hoc, IEFT (Internet Engineering Task Force).

Además los reguladores o gobiernos y las normas expedidas por los consorcios, grupos con un claro propósito a corto plazo, generalmente en el área de tecnología con impacto masivo pero sin una misión permanente.

Este universo de normas técnicas y estándares muestra el régimen de corresponsabilidad en que se visualiza el desarrollo económico regional y mundial, por lo cual en el Acta Final de la Ronda Uruguay por la que se constituye la Organización Mundial de Comercio, se incluye el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, donde se reitera el principio de trato nacional de comercio

internacional, el de la elaboración de regulaciones técnicas por razones legítimas y el de utilizar reglamentos técnicas y normas internacionales existentes propios de la materia; compromiso multilateral asumido por México también en los doce Tratados de Libre Comercio que tiene celebrados, de los que el primero fue el Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN), cuyo Capítulo IX se denomina Medidas relativas a la Normalización.

La complejidad implícita en la confluencia de los compromisos comerciales antes mencionados, el derecho interno y la apertura participativa de la ciudadanía en los Cuerpos Colegiados, María del Carmen Quintanilla lo costoso de su financiamiento, pues resalta que la distancia y la periodicidad prolongada de esas sesiones dificulta la permanente presencia en los mismos de los países menos desarrollados.

Por lo tanto la autora nos deja a sus lectores, una muestra de las transiciones que el sistema jurídico mexicano vive, en la regulación de la autorregulación, donde aún México tiene una vasta agenda pendiente.