

Letras Jurídicas

Volumen 18

Julio - Diciembre 2008

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

Representación política, derecho de asociación y democracia paritaria**

Ángela Figueruelo Burrieza*

En el marco de un Curso de Verano de las características del presente, con contenidos muy amplios y enriquecedores, deseo comenzar agradeciendo a la Directora del mismo, Dra. Zulima Sánchez, la invitación que me hizo para que pudiese colaborar activamente ejerciendo el oficio que me ocupa y preocupa desde hace años. Además, quiero resaltar que como constitucionalista comprometida deseo ubicar mi intervención en el ámbito de la democracia participativa; el grado de democratización de la sociedad se suele medir por el nivel de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos.

Debo, pues, comenzar resaltando que manejo un concepto de representación política que la define como un instituto de Derecho público que hace posible la presencia indirecta de los ciudadanos en la vida del Estado, constituyendo a favor de determinados sujetos, habilitados democráticamente para ello, la presunción de que sus actos valen como actos de la propia ciudadanía. Entendidas así las cosas el principio de representación se opone al principio de identidad, según el cual el pueblo de forma directa permite la presencia del cuerpo social en las instituciones estatales. Este principio identitario se aplicó en los sistemas de gobierno de la antigüedad clásica y fue en la época medieval cuando se diseñó un modelo de representación vinculada, es decir, sujeta a las correspondientes instrucciones de los representados que tenían también poderes para revocar el mandato – mandato imperativo–. Esto se explica con claridad meridiana en base a las exigencias del sistema social y político imperante, basado en la representación de estamentos y en consecuencia de intereses muy concretos.

** Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el día 1 de julio de 2007 en el marco del Curso de Verano: "*Nuevas tecnologías, administración y participación ciudadana*".

* Profesora de la Universidad de Salamanca España

El modelo quedó obsoleto con el movimiento liberal burgués y los inicios del constitucionalismo clásico de finales del siglo XVIII. El nuevo concepto de representación que surgió en este momento histórico tiene mucho que ver con la ideología burguesa. El burgués inicial apostó decididamente por la técnica de la representación política porque consideró que era la única capaz de convertir a la Nación en sujeto a través de sus representantes y así transformarla en una categoría a utilizar en el enfrentamiento dialéctico que mantenían con la Corona en la lucha por el poder. A ello se le añade que la representación permitía trasladar la gestión de la cosa pública a los representantes y así el burgués podía derivar su tiempo a otras actividades propias de la autonomía individual. A partir de entonces desaparece el mandato imperativo y se impone el mandato representativo que vincula a representante y representados en base a los caracteres siguientes: a) se trata de un mandato nacional fundamentado en la ficción de que el representante actúa en nombre de toda la Nación y no sólo de quienes le eligieron; b) también es un mandato general porque el representante procede por los representados en cualquier ocasión, no sólo en actuaciones concretas; c) incluso el mandato es libre porque el representante no queda vinculado a ningún tipo de instrucciones procedentes de quienes le han elegido; d) de este modo el mandato no permanece sometido a la revocación por parte de los electores porque es un mandato no responsable. Si los electores desaprobasen la gestión del representante no le queda otra opción que no volverle a votar en las elecciones siguientes.

En base a esta herencia del pensamiento liberal han funcionado las democracias occidentales en los últimos siglos. No obstante, muchas otras cosas han evolucionado a lo largo de este periodo de tiempo y la influencia se ha hecho sentir también sobre el instituto de la representación política. Hemos transitado del sufragio censitario al sufragio universal provocando una modificación severa de las dimensiones de la escala de la representación política; se ha abandonado el sistema de sufragio mayoritario a favor del sistema de sufragio proporcional y con ello se ha ocasionado la despersonalización del sufragio que conlleva el sistema de lista. Con todo, el mayor cambio en el panorama de la representación política ha venido de la mano de la entrada en escena de los partidos políticos en cuanto estructuras fuertemente organizadas de cara a la captación del voto para ejercer posteriormente el poder político. Se trata de instituciones de carácter intermedio entre la sociedad y el Estado que tienen entre sus objetivos principales transformar las demandas sociales en actuaciones políticas.

El paso de la representación del Estado liberal a la representación del Estado de partidos ha ocasionado mutaciones en el ámbito de la representación política: la clásica relación entre el elector y el representante elegido ha quedado fraccionada a causa del funcionamiento de los partidos políticos y vemos que por un lado estaría

la relación entre el elector-votante y el partido político por el que se presenta el representante elegido (y que es la auténtica relación representativa), y por otro la relación entre el partido político y el representante elegido. En este ámbito no hay lugar para el elector representado pero sí apreciamos la dependencia del representante respecto del partido político que le ha propuesto, aunque la misma no se dé en relación a los representados. Las modificaciones ocasionadas por el moderno Estado de partidos en el ámbito de la representación política nos permiten mantener que actualmente representar no es actuar ante el poder en nombre de otros, sino estar por otros en el poder. Este es hoy en día el contenido auténtico de lo que significa la representación política.

La Constitución Española de 1978 reconoce el instituto de la representación política en el artículo 23.1, donde expresamente señala:

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

Por su parte, en el artículo 67.2 queda prohibido el mandato imperativo para los miembros de las Cortes Generales, representantes del pueblo español (artículo 66.1 de la Carta Magna española).

II

La representación política es una categoría jurídica tan compleja que no puede entenderse únicamente desde las categorías dogmáticas elaboradas por el derecho público. De este modo ha tenido mucho que ver en su configuración la doctrina tradicional del mandato en cuanto representación de voluntades; desde el derecho privado se quería hacer aparecer el representante como el mandatario de la Nación. No obstante, ni esta teoría ni la teoría que explica el Estado como persona jurídica que debe actuar a través de órganos sirven para arrojar luz sobre la realidad de la representación desde un punto de vista jurídico. Tampoco la representación de intereses generales o las teorías negativas, que mantienen que la representación no existe y que se trata de una ficción del Derecho público, hacen disminuir la problemática que encierra la institución comentada y que no puede entenderse al margen del concepto de “participación política”.

Dicho concepto ocupa un lugar privilegiado en el ámbito de la sociología y de la ciencia política actuales; permite múltiples interpretaciones que difieren según el marco teórico de referencia que hayamos elegido. Habitualmente entendemos por participación política la participación de los ciudadanos en el proceso político de toma de decisiones de la conducta social que abarca tanto el ejercicio de los

derechos de participación garantizados a nivel legal y constitucional –derechos de sufragio, de reunión, de manifestación,...– como los modos de conducta informales o procesos mentales.

Lo antes dicho nos lleva a diferenciar la participación política de la participación social y ello lo haremos en base a criterios formales. De este modo por participación política entendemos la participación individual en instituciones dotadas de naturaleza política, como por ejemplo el Estado, los partidos políticos o los municipios. Aquí podríamos analizar actividades tales como la participación electoral, asistencia a reuniones políticas, pertenencia a un partido político,... En este ámbito la participación política queda reducida a comportamientos individuales perdiendo importancia el hecho de si esa participación posee o no efectos políticos. Esto sucede porque la participación política no siempre se origina en virtud de una conciencia de responsabilidad política o de una voluntad de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos.

Las deficiencias previamente señaladas quieren ser salvadas por aquellos intentos de explicar la participación política de forma cualitativa. Será el objetivo político, es decir el contenido, lo que acredite la naturaleza política de la participación; la explicación de esta teoría la hallamos en las teorías normativas de la democracia que defienden la libertad y la madurez del ciudadano como objetivos políticos primarios. Pero lo que no podemos negar es que la participación política a día de hoy es un elemento integrante de la teoría de la democracia de partidos. La concepción clásica de la participación política se basaba en que la libertad burguesa sólo podía ser alcanzada en el Estado político, entendido como una forma de vida en la que cada individuo abandona su existencia aislada y vive como miembro de un todo. En este ámbito los derechos de libertad y los de ciudadanía actúan conjuntamente y la participación política, en cuanto derecho, permite que el hombre se convierta en ciudadano. Se encontraba este derecho, en los albores de la Revolución Liberal, vinculado a la autodeterminación, a la libertad y a la madurez democráticas; aunque la participación política quedaba limitada a la burguesía propietaria y cultivada, careciendo del título de ciudadanía los asalariados y los no propietarios.

El desarrollo de la sociedad industrial trajo consigo cambios en las condiciones económicas y sociales y en consecuencia en la teoría clásica de la democracia burguesa; la evolución del modelo del Estado liberal al Estado social de Derecho obligó a los poderes públicos a realizar intervenciones de gran calado en el proceso económico y de producción de bienes y servicios y al cambio de estatus del ciudadano que deja de ser sujeto corresponsable políticamente para ser consumidor o perceptor de prestaciones públicas. Así las cosas la teoría clásica y la

realidad política actual se ven enfrentadas y se manifiestan en el fenómeno de apatía e indiferencia políticas. Una posible solución a estos problemas puede venir de la mano de la reformulación de los conceptos de democracia y participación política.

Los nuevos modelos de democracia, cuyas raíces aparecen en la sociología norteamericana, no se fijan en el contenido democrático de la soberanía popular sino en el método de legitimación de la denominación democrática. Por ello el núcleo de la teoría burguesa clásica, que era la idea de la autodeterminación política, ha quedado actualmente reducido al proceso de la selección y rechazo de los candidatos que compiten por un cargo público. También los objetivos clásicos de la democracia, que eran la libertad y la moralización de los ciudadanos, se han permutado por la garantía de la estabilidad de la sociedad que tenemos y que aparece representada a la manera de un sistema. En este esquema la participación política desempeña un nuevo cometido que consiste en integrar a los individuos en el sistema; y, para ello, no cuenta la calidad de dicha participación sino únicamente la masa de participación que puede garantizar con seguridad la estabilidad del sistema político. Ahora bien, conocer dónde se halla el punto óptimo de participación política es el nudo gordiano de la cuestión. La mayor parte de la doctrina defiende una participación de grado medio –ni muy alta, ni muy escasa–, como también se defiende un cierto nivel de apatía como un elemento funcional para el sistema.

La participación política resulta de interés para la sociedad desde el punto de vista del mantenimiento de la estabilidad; el sujeto-ciudadano con dicha participación puede adaptarse e integrarse en el sistema. Pero el problema actual del vaciamiento de contenido de esta categoría participativa dificulta la conversión de la participación política en un instrumento que vaya más allá del simple mantenimiento del sistema formal de la democracia. Si el individuo pudiera dar a su participación política una orientación genuina la sociedad avanzaría con pasos seguros en un acelerado proceso de democratización. El incremento de la apatía política es buena prueba de que las actuales garantías de participación jurídico-formales son insuficientes para una auténtica participación democrática. En esta situación de la realidad social y política de las democracias occidentales tienen mucho que ver los partidos políticos.

III

La Constitución Española vigente realiza una sucinta regulación de los partidos políticos que no nos proporciona, en consecuencia, una idea precisa de lo que

significan en el funcionamiento y organización del Estado. El precepto fundamental es el artículo 6, que prescribe:

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos.

Otros preceptos, como los artículos 20.3 y 99.1 hacen alusión a los grupos políticos. También los artículos 127.1 y 159.4 establecen exclusiones y limitaciones para actuar a través de los partidos a quienes sean titulares de determinados cargos públicos. Sin embargo, a pesar de la escasa regulación constitucional de los partidos políticos cabe destacar la importancia que a la misma le ha sido dada con la introducción del artículo 6 en el título preliminar de la norma suprema, protegido por el procedimiento agravado de reforma constitucional que desarrolla el artículo 168. Funciona este procedimiento, por las dificultades que en la práctica conlleva, como una auténtica cláusula de intangibilidad.

Por prescripción del legislador constituyente los cometidos de los partidos políticos son principalmente: a) expresar el pluralismo político, b) formar y manifestar la voluntad popular, y c) ser el instrumento básico de cara a la participación política. A la vez se ha dejado establecida la libertad tanto en la creación como en el funcionamiento de los mismos. Se trata de una manifestación específica del derecho de asociación, que regula el artículo 22 constitucional, y que se significa por las funciones que tiene asignadas en la Carta Magna. Todas ellas encuentran su fundamento en el concepto de libertad como punto de partida. Dicha libertad se proyecta a la hora de la creación de los partidos políticos, en sus actuaciones y en el régimen interno de su organización y funcionamiento.

El derecho fundamental de asociación es un fenómeno sociológico y político, como tendencia natural de las personas y como instrumento de participación, respecto al cual los poderes públicos no pueden quedar al margen. En la Constitución Española estas ideas quedaron plasmadas y en virtud del principio de libertad asociativa se regularon los partidos políticos en el artículo 6, los sindicatos en los artículos 7 y 28, las confesiones religiosas en el artículo 16, las asociaciones de consumidores y usuarios en el artículo 51, y las organizaciones profesionales en el artículo 52.

El derecho fundamental de asociación, regulado en el núcleo duro de la Constitución, en el artículo 22, proyecta su contenido desde una perspectiva doble: por un lado se trata de un derecho de las personas en el ámbito de la vida social y por otro lado alude a la capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento. La necesidad de desarrollar dicho contenido esencial mediante ley

orgánica (artículo 81 de la ley de leyes) permitió al legislador aprobar la “Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación”. En esta ley, tal y como se expresa en su exposición de motivos,

se trata de regular el régimen general del derecho de asociación de forma compatible con las modalidades específicas reguladas en leyes especiales y en las normas que las desarrollan para los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, las confesiones religiosas, las asociaciones deportivas y las asociaciones profesionales de Jueces, Magistrados y Fiscales. Con dicho objetivo se establece un régimen mínimo y común, que es, además, el régimen al que se ajustarán las asociaciones no contempladas en la legislación especial.

Destaca la importancia que actualmente tienen las asociaciones para la conservación de la democracia pues permiten a los individuos defender sus convicciones, perseguir sus ideales de forma activa realizando tareas útiles para la sociedad y también ejercer influencias que provoquen cambios sociales y políticos. En el ejercicio del derecho de asociación los ciudadanos se dotan de medios más eficaces para hacer llegar su opinión sobre los diferentes problemas sociales a quienes han de tomar las decisiones políticas. Únicamente si se fortalecen las estructuras democráticas de la sociedad se fortalecerán las instituciones y se podrá preservar y garantizar la diversidad cultural.

No se puede entender el desarrollo del derecho de asociación al margen del postulado del Estado social de Derecho y del mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución. En este ámbito se entiende la función asignada a los poderes públicos de cara a facilitar la participación de los ciudadanos en todas las esferas y procesos sociales. Esta idea que impregna la ley orgánica que regula el derecho de asociación se encamina a la creación de un asociacionismo fuerte y consolidado que permita a los ciudadanos participar de forma real y efectiva. Pero ello debe realizarse en el respeto máximo a la libertad de creación de asociaciones y a la no injerencia en su funcionamiento interno.

Los partidos políticos, en cuanto una de las manifestaciones específicas del derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución Española, fueron regulados por la Ley 54/78, norma preconstitucional que de forma sucinta reguló un procedimiento sencillo para su constitución en libertad. Después de veinticinco años de vigencia de dicha Ley de Partidos se apreciaron sus carencias en el marco de una democracia consolidada, en la que la relevante función de los partidos políticos se ha ido incrementando. Por ello se procedió a su reforma mediante la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Con esta reforma, además de recoger la experiencia acumulada durante cinco lustros se trata de renovar las aspiraciones del pasado adaptándolas a las realidades del presente donde la sociedad complementa la acción de las instituciones y abre nuevas vías de

participación a través de instrumentos como asociaciones, fundaciones o partidos políticos que deben ser objeto de modernización legislativa.

Aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales (son entes privados de base asociativa) realizan funciones básicas en la estructura y funcionamiento del Estado y están por ello dotados de la naturaleza jurídica de una garantía institucional. De ahí que la ley les reconozca libertad de constitución, libertad de acción y de organización (siempre que se respete el mandato de que su estructura y funcionamiento interno sean democráticos). Además de expresar el pluralismo político deben concurrir a expresar y manifestar la voluntad popular y servir de cauce para la participación política. Estos cometidos se realizan a través del procedimiento electoral y del procedimiento parlamentario. En el marco del procedimiento electoral promueven candidaturas electorales y activan la campaña electoral. Aquí se evidencia el carácter instrumental de estas intervenciones respecto de los derechos de participación política que regula el artículo 23 de la Constitución y de los que no son titulares los partidos políticos.

En el procedimiento parlamentario los partidos políticos se desempeñan en la organización de la representación. Actualmente, ninguna democracia parlamentaria puede organizarse al margen de los partidos, pero estos a su vez no deben perturbar o devaluar el derecho de representación política reconocido en la Constitución. Los partidos se hallan presentes en las instituciones a través de los Grupos Parlamentarios que los convierten en verdaderos sujetos agentes de la vida política; de ellos surgen las propuestas e iniciativas políticas y ellos conforman el debate dentro y fuera de las instituciones y agregan la voluntad de mayorías y minorías en el seno de los órganos representativos. Todo ello debe estar reconocido por el ordenamiento jurídico sin que se vea lastimada la razón última de la existencia del parlamentarismo y de la representación política que es, indudablemente, la apertura y la reversibilidad de opciones en el debate público. Sólo así se garantizarán legalmente el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos. La ley debe disponer de instrumentos de control que impidan que un partido político pueda de forma reiterada y grave atentar contra el régimen democrático de libertades o justificar actuaciones violentas y actividades de bandas terroristas.

La Ley de Partidos, reformada en el año 2002, incorpora novedades con el ánimo de garantizar el funcionamiento democrático de los partidos que deben ajustarse a la Constitución y a las leyes desarrollando sus funciones de forma democrática y con respeto al pluralismo y a los derechos humanos. Para ello se contrasta el carácter democrático de un partido y el respeto a los valores constitucionales atendiendo al conjunto de su actividad; de este modo los fines

vetados son los que incurren en el ilícito penal. A ello hay que añadir, por pedagogía constitucional, la obligación de los partidos por su estatus privilegiado de realizar determinadas funciones en pro de la defensa activa de la democracia. Si esos deberes no son cumplidos serán excluidos del orden jurídico y del sistema democrático. La ley española de partidos políticos se preocupa de buscar un equilibrio entre el respeto a la libertad y al pluralismo político y la garantía de los derechos humanos y de la democracia.

Por lo antes dicho, sólo la autoridad judicial es competente para controlar la ilegalidad de las actuaciones de los partidos y para decretar la disolución o suspensión de un partido político. Las vías establecidas al respecto tienen naturaleza jurisdiccional civil, pueden corresponderse con el orden penal o con el orden contencioso-administrativo. La principal novedad introducida en la reforma del año 2002 consiste en la creación de un procedimiento jurisdiccional para la disolución judicial de un partido político cuando éste no haya respetado los principios democráticos y los derechos humanos. Será competencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo (artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que lo efectuará mediante un procedimiento específico, preferente, en única instancia y a instancias del Ministerio Fiscal y del Gobierno, por sí mismos o a instancia de las Cortes Generales. La Sentencia recaída en dicho procedimiento no podrá ser objeto de ningún recurso salvo el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

IV

Los partidos políticos son actualmente el cauce principal para la participación política en la cual la clave de bóveda se encuentra en el derecho de sufragio; éste, en su aspecto activo y pasivo se regula en el caso español en el artículo 23 de la Constitución. El derecho de sufragio, a pesar de que las declaraciones de derechos se fundamentaban en la igualdad de todos los hombres, fue un derecho excluido de la universalidad. En los orígenes del constitucionalismo clásico, cuando se proclama la igualdad absoluta en los textos normativos, la mitad de la población – las mujeres– carecían del derecho al voto. Las causas de la negación de este derecho son muchas pero una de las principales se halla en que la ley, en cuanto norma general y abstracta, fue elaborada únicamente por hombres que consagraron la discriminación de las mujeres, quedando éstas reducidas al ámbito doméstico y careciendo del estatus de ciudadanas. De esta forma el sexo femenino discriminado debió emprender en solitario la reivindicación de su condición de seres humanos iguales en dignidad y derechos. La reivindicación del derecho de sufragio produjo un gran rechazo porque si se conseguía quedaba abierto el

camino para el acceso a los centros del poder donde se decidían las reglas del gobierno de las naciones.

La historia del sufragio femenino está llena de avances y retrocesos pero los cambios fundamentales se originan al final de la segunda guerra mundial. La evolución causada por el paso del tiempo y el papel desempeñado por las mujeres durante la contienda mundial contribuyeron a crear una nueva imagen femenina y a reconocer el derecho de sufragio de las mujeres en un buen número de países. En esos años la ONU, al redactar su documento fundacional, se refiere a la igualdad de derechos de hombres y mujeres cuando declaran su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad de la persona humana. Así pues, en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, se dice:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

De esta forma se proclaman no sólo los derechos políticos sino también el derecho a ejercer todas las funciones públicas, siendo titulares de ellas no sólo los hombres sino también las mujeres (se utiliza el genérico persona para reconocer la titularidad de los derechos).

En 1974 el “Convenio sobre los derechos políticos de la Mujer” reafirma el derecho de las mujeres a votar en todas las elecciones, a ser elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional y a ocupar los cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas establecidas por la Ley, en igualdad de condiciones con los hombres y sin discriminación alguna. El “Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos” prohíbe la discriminación por razón de sexo y reconoce en el artículo 25 el derecho de todos los ciudadanos al sufragio activo y pasivo y a participar en los asuntos públicos. También el “Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” de 1979, además de definir la expresión “discriminación contra la mujer”, resalta el papel del sexo femenino para la causa de la paz y la necesidad de su participación en los ámbitos político, económico, social, cultural,...

Las Naciones Unidas declararon al año 1975 como Año Internacional de la Mujer y convocaron cuatro Conferencias Mundiales sobre su condición jurídica y social. Y, los diez años siguientes, hasta 1985, fueron declarados como el Decenio de Naciones Unidas para la Mujer. La primera Conferencia Mundial se celebró en México, en 1975; la segunda tuvo lugar en Copenhague; la tercera se realizó en Nairobi en 1985; y la cuarta en Beijing en 1995. Cuando se celebró la

tercera Conferencia, en 1985, el movimiento de las mujeres se había convertido en una fuerza internacional unificada bajo la bandera de la igualdad en el desarrollo y la paz. Dicha Conferencia fue considerada como la del nacimiento del feminismo a escala mundial.

En el contexto europeo los Tratados Constitutivos reconocían el principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales y prohibían la discriminación salarial por razón de sexo. Este principio fue el punto de partida de una serie normativa donde queda contemplada la igualdad de trato: Tratados de Maastricht, de Amsterdam, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el texto de la fallida Constitución Europea. En el ámbito de la Unión Europea varios textos normativos han reconocido la importancia de la participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas. Destaca la Resolución del Consejo de 27 de marzo de 1995, en la que se invita a los Estados miembros a fomentar la participación equilibrada de hombres y mujeres en toda clase de decisiones como uno de los objetivos prioritarios de la Unión. También la Recomendación 96/694/CEE del Consejo resalta la importancia de la presencia femenina en las sedes de toma de decisiones públicas y el déficit democrático que supone para toda la sociedad la ausencia de las mujeres y sus representantes en los órganos de decisión política, económica, cultural o social.

En España, aunque aparecen las primeras reivindicaciones feministas hacia 1820, no es hasta la Dictadura de Primo de Rivera cuando se reconoce, por vez primera, el derecho de la mujer al voto, pero se hace con carácter limitado. Con la Segunda República (14 de abril de 1931) se procede a la redacción de una nueva Constitución. La presencia de la feminista Clara Campoamor en la ponencia constitucional fue decisiva para conseguir la igualdad de las mujeres y el derecho de sufragio femenino –ya sin limitaciones– en el artículo 36 del texto constitucional republicano. Superado el amplio paréntesis del periodo de la dictadura franquista, que duró casi cuarenta años, una vez recuperada la normalidad democrática, se reconoció el derecho a la igualdad como valor superior (artículo 1.1 de la CE), como principio y como derecho público subjetivo (artículo 14 de la CE) y como igualdad material y valor promocional (artículo 9.2 de la CE). También el derecho de sufragio en igualdad de condiciones quedó consagrado en el artículo 23 de la Carta Magna.

A pesar del reconocimiento de la igualdad formal a nivel normativo la realidad social y política han mostrado hasta fechas recientes una presencia muy escasa de mujeres en los principales puestos de decisión, sobre todo en los que representan la soberanía popular; ello es buena prueba de que existe un “techo de cristal” que dificulta la participación política de las mujeres en condiciones de

igualdad con los hombres. En el caso español fueron el feminismo militante de la política de izquierdas y el feminismo académico los encargados de reivindicar una mayor participación femenina en los puestos claves de toma de decisiones, uniéndose a las iniciativas de los organismos europeos en dichas reivindicaciones. En la Conferencia de Atenas, celebrada en 1992, la delegación española, encabezada por la Ministra de Asuntos Sociales, puso sobre la mesa el respaldo institucional de las autoridades políticas españolas a la idea de la paridad en la representación como un paso imprescindible para conseguir una sociedad igualitaria.

V

La Primera Cumbre de “Mujeres en el poder”, celebrada en Atenas en 1992, confirmó el concepto de democracia paritaria utilizada previamente por el Consejo de Europa en 1989. El reflejo de este movimiento reivindicativo en el caso español fue perceptible a finales de la década de los años 80, cuando en los estatutos de algunos partidos políticos de ideología de izquierdas se introdujo la obligación de reservar un porcentaje, llamado “cuota”, que debería ser cubierto por mujeres en las candidaturas electorales. Dicha cuota, que comenzó siendo del 25%, llegó en el año 1997 a lo que era considerada una proporción paritaria: ningún sexo debería tener una representación superior al 60% ni inferior al 40% del total. Las discusiones doctrinales y políticas no se hicieron esperar puesto que estas medidas conllevaban la pérdida de poder por parte del sexo masculino. Así, a partir del año 2001 los Grupos Parlamentarios de los partidos políticos de izquierdas presentaron varias proposiciones de ley para modificar la normativa electoral española en lo referente a la presentación de las candidaturas electorales que deberían ser elaboradas teniendo en cuenta el equilibrio de mujeres y hombres, guardando la proporción 40% / 60%. A pesar de que estas iniciativas legislativas fracasaron, desde el año 1995 se había apreciado considerablemente el aumento de la participación femenina en política. Las elecciones europeas, autonómicas y locales de 1999, desarrollaron este proceso y la tendencia se mantuvo al alza en las elecciones de 2003, donde la cuestión de la composición equilibrada de las listas electorales fue un tema controvertido a lo largo de la campaña electoral. La consolidación vino en las elecciones locales y municipales de 2007 y en las generales de 2008 gracias a la aprobación de la “Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”.

También nuestras Comunidades Autónomas han hecho uso de su potestad legislativa para regular las elecciones autonómicas presentando proyectos de ley o iniciativas de reforma que en algunos casos han prosperado. Así, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en el año 2002, modificó su Ley Electoral para

exigir la confección de candidaturas electorales que deben preceptivamente contar con una presencia equilibrada de mujeres y hombres, y en cuyas listas se dará una alternancia de candidatos de uno y otro sexo. También la Comunidad de Castilla-La Mancha, en el año 2002, reformó su Ley Electoral para añadir la exigencia de que las listas electorales de las candidaturas presentadas a las elecciones autonómicas se elaborasen reservando los puestos pares a los representantes de un sexo y los impares a los del otro; esto se haría tanto en la lista de los titulares como en el de los suplentes. En diciembre de 2003, la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó como Capítulo VIII de la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas una serie de medidas en materia de género. En uno de sus preceptos se mantiene que la composición de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía tendrán una composición paritaria, respetando la proporción 60% / 40%. El desarrollo de esta normativa vino de la mano del Decreto 93/2004, de 9 de marzo.

La modificación de la normativa electoral del País Vasco se produjo en la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres en el País Vasco. Se modifica también la Ley de Gobierno para que ambos sexos estén representados al menos en un 40 por ciento; también se modifican las leyes electorales al Parlamento Vasco y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco, con el objetivo de que las candidaturas sean elaboradas con al menos el 50 por ciento de mujeres en tramos de cada seis nombres. Todas estas leyes fueron objeto de recursos de inconstitucionalidad; las Leyes de la Comunidad Balear y de Castilla-La Mancha fueron recurridas por el Gobierno presidido por el Sr. Aznar. Las Leyes Andaluza y Vasca lo fueron por 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular. Actualmente estas leyes están vigentes porque el Gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero, tras ganar las elecciones generales, retiró los dos recursos presentados por el Gobierno del Sr. Aznar que habían suspendido la vigencia de las mismas (procedimiento previsto en el artículo 161.2 de la CE). Las leyes Andaluza y Vasca, al ser recurridas por un determinado número de parlamentarios no suspendieron su vigencia en ningún momento; incluso, la Ley Vasca se aplicó en las elecciones autonómicas de abril de 2005 que se rigieron por ella. Ambas están a la espera de la Sentencia correspondiente del Pleno del Tribunal Constitucional.

En el marco normativo, cuyo análisis nos ocupa, debemos aludir necesariamente a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que tiene como objetivo principal desarrollar los preceptos constitucionales que regulan el derecho a la igualdad desde una perspectiva de género. Su necesidad y oportunidad no se discuten porque quedan inscritas en el mandato constitucional del artículo 9.2, por el cual

Todos los poderes públicos deberán promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Históricamente se han dado obstáculos para que las mujeres pudieran ejercer el derecho de sufragio, sobre todo en sentido pasivo. Su presencia venía a ser testimonial obviando la proporción de su presencia en las instituciones y en los partidos políticos. Si no existe desigualdad formal ante la ley sólo la discriminación indirecta en cuanto vicio del procedimiento electoral explica las dificultades para que las mujeres se incorporen al espacio público con las mismas oportunidades que los hombres.

El artículo 149.1 de la Constitución Española atribuye al Estado la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles/as en el ejercicio de sus derechos constitucionales. Así las cosas, la ley afecta a la totalidad de las políticas públicas (estatales, autonómicas y locales), aunque realiza una regulación más pormenorizada en aquellos ámbitos de competencia básica del Estado como es el caso previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. En esta norma la base de la representación política se establece en virtud del “principio de presencia equilibrada”. Al mismo se alude más de treinta veces a lo largo del articulado de la norma que comentamos. Por su parte, la Disposición Adicional Primera nos proporciona la definición de este principio, que tiene precedentes en los textos normativos de la ONU, de la Unión Europea, del Consejo de Europa y en algunas leyes de nuestras Comunidades Autónomas, como ya hemos visto. El principio de presencia equilibrada requiere “la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60 por ciento ni sean menos del 40 por ciento”.

Esta Disposición Adicional Segunda modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985, afectando a la elaboración de las candidaturas que se presenten de cara a las Elecciones Generales al Congreso, a las Elecciones Municipales y Locales, al Parlamento Europeo y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Todas ellas deberán tener una composición equilibrada de tal manera que en el conjunto de la lista cada uno de los sexos dispondrá como mínimo del cuarenta por ciento de los puestos. Si el número de puestos a cubrir es menor de cinco la proporción entre ambos sexos será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas sus respectivas leyes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas electorales.

La proporción mínima del cuarenta por ciento para cada uno de los sexos se mantendrá en cada tramo de cinco puestos de la lista electoral y en el caso de que el último tramo de la lista no alcance el número de cinco puestos la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. El conjunto de la lista, en cualquier caso, deberá mantener la proporción exigible. La misma regla de proporcionalidad se aplicará a las listas de suplentes de todas las elecciones a que hace referencia la Disposición Adicional Segunda. También las candidaturas al Senado que se agrupen por listas (artículo 71 de la Ley Orgánica Electoral) deberán también tener una composición equilibrada, de tal manera que la proporción de mujeres y hombres se aproxime al equilibrio numérico.

Los municipios que tengan un número de residentes igual o inferior a tres mil habitantes quedan eximidos de cumplir el principio de presencia equilibrada en la composición de las candidaturas a las elecciones municipales. De estos mismos requisitos son eximidas las candidaturas que se presenten en las islas que cuenten con un número de residentes igual o inferior a cinco mil habitantes. También está prevista una moratoria para los municipios de menos de cinco mil habitantes pues, hasta las elecciones que se celebren en el año 2011, sólo los municipios que superen esa cifra de residentes están obligados a presentar candidaturas que cumplan con el principio de presencia equilibrada.

Los resultados de la aplicación del principio de presencia equilibrada se hicieron notar en gran medida en las elecciones locales y municipales del año 2007; en las elecciones generales de 2008 el incremento del sexo femenino en los/las representantes en las Cortes Generales se apreció en un porcentaje menor; pero, conviene destacar que el sistema de tramos que se ha establecido puede presentar resultados finales en la composición de los órganos de representación popular con alguna desviación del 40% / 60%.

Frente al artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, introducido por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, fue planteada una cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la CE) por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife y un recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.1, a) de la CE) planteado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados. Ambos recursos, que fueron acumulados para su resolución por el Pleno del Tribunal Constitucional, cuestionaban la norma que exigía la composición equilibrada de las candidaturas electorales porque, en opinión de los recurrentes, violaba el artículo 23 en relación con los artículos 14 y 6 de nuestra norma suprema.

Por razones obvias, entre otras, la extensión que pudiera requerir, no podemos entrar a analizar los argumentos jurídicos que cuestionan la constitucionalidad de la norma recurrida pero sí debemos decir que el Pleno, en Sentencia pronunciada el 29 de enero de 2008, desestimó la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad interpuestos y, en consecuencia, reconoció la constitucionalidad del principio de presencia equilibrada en la elaboración de las candidaturas a las elecciones especificadas en la norma impugnada y en los términos legalmente previstos.

Bibliografía

- AMORÓS PUENTE, C., *Mujer: participación, cultura política y Estado*, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- ARAGÓN REYES, M., *Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio*, Corts. Anuario de Derecho Parlamentario nº 9, Corts Valencianes, 2000.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Col. Feminismos, Ed. Cátedra, Madrid, 2005.
- BARRÉRE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas Ediciones, Madrid, 1997.
- BIGLINO, P., *Las mujeres en los partidos políticos*, en “Mujer y Constitución en España”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1999.
- CAMPOAMOR, C., *El voto femenino y yo*, Ed. La Sal, Barcelona, 1981.
- COBO BEDIA, R., “Política feminista y democracia paritaria”, *Leviatán*, Revista de hechos e ideas, núm. 80, jun.-sept., España, 2000.
- DURÁN Y LALAGUNA, P. y VENTURA FRANCH, A. (dirs.), *Legislación internacional, europea, constitucional y administrativa en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2004.
- ESQUEMBRE, M., “Género y ciudadanía, mujeres y Constitución”, *Revista Mujeres y Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, España, 2006.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., “La discriminación por razón de sexo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 26, España, 1988.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á., “El discurso jurídico: la mujer en la Constitución española”, en *Las mujeres en la Constitución europea: estudios multidisciplinares de género*, coord. por Ángela Figueruelo Burrieza, España, 2005.
- _____, “Igualdad de mujeres y hombres”, en *Género, constitución y estatutos de autonomía*, coord. por Julia Sevilla Merino, Teresa Freixes Sanjuán, España, 2005.
- _____, *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, coord. por Ángela Figueruelo Burrieza y María Luisa Ibáñez Martínez, España, 2006.
- FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- FREIXES SANJUÁN, T., “Sobre la constitucionalidad de medidas de acción positiva que garanticen la paridad hombre/mujer en las listas electorales”, en *Actas Coloquio Fundación Alternativas*, 2000. Inédito
- _____, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”, VV. AA. *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

- GALLEGO, M.T., *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, VV.AA., CELEM, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE LEÓN, Ma. A., *Élites discriminadas. Sobre el poder de las mujeres*, Ed. Anthropos, Madrid, 1994.
- GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1999.
- GARRORENA MORALES, A.: Voz "Representación política", en el Tomo I "Constitución, Estado Constitucional y fuentes del derecho" en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, M. ARAGÓN (coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- HERNANDO GONZALO, A. (coord.), *¿Desean las mujeres el poder?: cinco reflexiones en torno a un deseo conflictivo*, Ed. Minerva, Madrid, 2003.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: Voz "Partidos políticos", en el Tomo I "Constitución, Estado Constitucional y fuentes del derecho" de la obra colectiva *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, M. ARAGÓN (coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ SAMPERE, E., "La legitimidad de la democracia paritaria", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, España, enero-marzo 2000
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió i Ceriol*, núm. 30/31, España, 2000.
- MIYARES, A. *Democracia feminista. Instituto de la Mujer*, Ed. Cátedra, Universitat de Valencia, Madrid, 2003.
- MORAGA, M. A., "Igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución Española de 1978", *Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer-Feminismos*, Diciembre, Universidad de Alicante, España, 2006.
- NAVARRO MÉNDEZ, J. I., *Partidos políticos y democracia interna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- PECES-BARBA, G., "De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones", en la obra colectiva *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Ed. Dikynson, España, 2000.
- PULIDO QUEVEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*. Civitas, Madrid. 1992.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Ed. Mcgraw-Hill, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *Igualdad y Discriminación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- RUIZ MIGUEL, A., "Paridad electoral y cuotas femeninas", *Aequalitas. Revista jurídica de Igualdad entre oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, Universidad de Zaragoza, España, Mayo, 1999.
- SAAVEDRA RUIZ, P. (coord.), *Hacia una democracia paritaria: análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, (DG-V)-CELEM, Madrid, 1999.

- SEVILLA MERINO, J., Derecho Constitucional y Género, en *Funciones y órganos del Estado constitucional español*", Manual, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2002.
- _____, J., *Mujer y ciudadanía: la democracia paritaria*. Collecció Quaderns Feministas, núm. 4. Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universitat de València. 2004.
- _____, J., "Mujeres y hombres en la vida política: las cuotas para mujeres en los partidos políticos", *Aequalitas. Revista jurídica de Igualdad entre oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 19, España, 2006.
- _____, J., "Igualdad, paridad y democracia", en *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, coord. Ángela Figueruelo Burrieza, M^a Luisa Ibáñez Martínez, España, 2006.
- _____, y FREIXES SANJUÁN, T. (dir.). *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública, Estudios Goberna, Madrid, 1997.
- VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Col. Feminismos, Ed. Cátedra, Madrid. 1997.
- VENTURA FRANCH, A., "Sistema electoral y género", *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8, extraordinario, Cortes Valencianas, 1999.
- VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres y la Constitución española de 1978*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- ZIMPEL, G.: Voz "Participación política", en el *Diccionario de Ciencia Política*, Axel GÖRLITZ (Director), Ed. Alianza, Madrid, 1980.

La Argentina avanza en materia de justicia militar

Matías Bailone*

Hace unos días el Senado de la Nación Argentina aprobó por sesenta votos a favor, y ninguno en contra, la derogación del vetusto Código de Justicia Militar que regía los destinos castrenses del país, y en su lugar se tipifican algunos delitos típicamente militares dentro del Código Penal ordinario, se eliminan los fueros especiales, se deroga el último reducto donde tenía consagración normativa la pena de muerte, y se sanciona una reglamentación especial disciplinar.

El Código de Justicia Militar que estaba vigente en la República Argentina (Ley 14.029 del 9 de julio de 1951) es el resultado de la obra encomendada al entonces auditor de las Fuerzas Armadas Oscar Ricardo Sacheri, que es en realidad una copia del Código Bustillo del siglo XIX, cuya estructura fundamental se mantiene, y al que solo le efectuaron retoques parciales. Según Sacheri los retoques tenían como objeto la actualización lógica que el Código Bustillo necesitaba debido a la posterior sanción del Código Penal (1921) y la nueva Constitución Nacional (1949). Entonces, es importante remarcar que el código que estaba vigente nos viene del siglo XIX (1898) con toda la carga de anacronismo estéril que nada tiene que ver con la concepción de la guerra moderna y de las fuerzas armadas democráticas de un Estado de Derecho consolidado.

Es importante señalar, además, que no se tocó el Código de Justicia Militar (CJM) desde 1951, y que la dogmática que se hizo sobre tal código fue escasa e insuficiente, en principio por motivos imputables al propio CJM: en ocasiones una misma conducta podía ser falta o delito, porque contiene tipos que convenía ubicar en el derecho penal ordinario, y todas las negaciones del debido proceso que contenía el código.

* Abogado, Doctorando en derecho penal, Universidad de Buenos Aires. Presidente del Ateneo de Ciencias Penales y Criminología del Cuyo, Argentina. www.uispenalismo.com.ar y www.matiashailone.com.ar. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla - La Mancha, España. Matias.Bailone@uclm.es

La Argentina ha finalizado en estos días el proceso parlamentario de derogación del Código de Justicia Militar vigente, y la sanción de un sistema integrado de justicia penal militar y régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas

En la región se ensayan dos tipos de reformas a la justicia militar: o se la ordinariza, eliminando todo fuero especial y competencia exclusiva (lo que se logró ahora en Argentina), o se perfecciona y se le otorgan garantías a un proceso penal militar que sigue siendo de fuero exclusivo, pero adecuándolo a la Convención Americana de Derechos Humanos y a las normativas constitucionales. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha dejado bien claro que lo que se le obliga a los Estados miembros es a otorgar un proceso (de fuero exclusivo o no) que respete todas las garantías procesales de los estándares regionales, y que el fuero militar nunca juzgue civiles. Si eso se cumple, podríamos decir que se está cumpliendo con la normativa regional y supranacional. ¿Por qué en la Argentina, entonces, se produjo lisa y llanamente la eliminación del CJM y se ordinarizaron los delitos militares? Porque se llegó a la conclusión que el caudal de causas que llegan a la justicia militar por año es tan escaso que no justifica el mantenimiento de un fuero propio, simplemente por eso. Y además hay una decisión de política criminal muy clara, de comenzar a tratar a nuestros soldados, a nuestras fuerzas armadas, como miembros plenos de la comunidad nacional. Nuestros soldados – como recientemente remarcó Santiago Kovadloff- son ciudadanos uniformados, y aunque parezca extraño tener que remarcarlo, en la Argentina tenían más derechos los prisioneros de guerra que los soldados argentinos en tiempo de paz.

Creo que el momento de esta reforma no está determinado por cuestiones políticas, sino por urgencias institucionales. La Argentina suscribió con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como parte de un proceso de solución amistosa, en dos casos que llegaron a esa instancia, el compromiso de reformar el sistema de justicia militar y adaptarlo a los estándares internacionales y regionales de derechos humanos, a lo cual estaba obligada la Argentina en virtud de los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

Era una deuda de la democracia. No podemos concebir cómo en el ámbito castrense siguen vigentes estructuras y normas jurídicas del siglo XVIII y XIX, porque en el fondo seguía vigente el Código Bustillo, ya que la reforma de 1951 mantenía el espíritu de aquél. No sólo los estándares jurídicos y procesales hoy son más altos, hoy requieren pasar por un examen de constitucionalidad y supralegalidad que el actual CJM no supera, sino que la estructura militar ha cambiado profundamente: hoy tenemos unas FFAA democráticas y comprometidas con el Estado de Derecho, que debe ver en sus soldados sujetos de derecho plenos, pero que además debe adaptarse a las técnicas de la guerra

moderna y de las tecnologías militares actuales, que distan en demasía de las que se poseían cuando se dictó la legislación militar que estaba vigente.

Creo que la urgencia de estos temas no permite el cálculo de intereses electorales, por eso el Gobierno Argentino ha cumplido con sus compromisos cabalmente. **Afirmar que el soldado argentino tiene los mismo derechos que cualquier otro ser humano, y derogar el último bastión donde la pena de muerte tenía consagración normativa, es una urgencia de la democracia y del Estado de Derecho.**

Esta sanción hoy en día debe ser leído a la luz del reciente fallo de la CSJN en la causa López Ramón, donde en virtud de un recurso extraordinario, se declara la nulidad de una sentencia de la justicia militar por no adecuarse dicho pronunciamiento judicial a los estándares de derechos humanos vigentes en el país (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). En dicha causa se cuestionó la constitucionalidad del juzgamiento de militares –al menos en tiempos de paz- por tribunales castrenses (artículo 18 del Código de Justicia Militar) por considerar que no se satisface la exigencia de un tribunal independiente (quien juzga es una instancia administrativa designada por el Ejecutivo Nacional) ni las garantías de defensa en juicio (art. 18 CN, 8.1 y 8.2 d CADH). Los artículos 96 y 97 del CJM restringen la elección de un abogado defensor, lo que constituye un agravio en sí mismo, y una grave violación de las garantías personales. Los tribunales militares, por estar compuestos por funcionarios en dependencia jerárquica del poder ejecutivo, son inconstitucionales, pues violan abiertamente la norma que prohíbe al ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales. Por consiguiente, los actuales tribunales militares no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para aplicar leyes penales.

Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo lugar al recurso extraordinario, dijo: “toda persona sometida a la jurisdicción castrense goza de los derechos fundamentales reconocidos a todos los habitantes de la Nación, de los cuales no puede ser privado (Fallos: 54:577; 310:1797), cabe entonces dotar de contenido a este principio para que tenga efectiva vigencia y no sea una mera fórmula verbal” (Voto Zaffaroni – Lorenzetti).

Rodea a todo este proceso de reforma la idea de que se reconozca jurídicamente que los integrantes de las Fuerzas Armadas de la Nación son ciudadanos con los mismos derechos que la Constitución establece para los demás ciudadanos. “Reafirmación de la condición de ciudadanos plenos de los integrantes de las Fuerzas Armadas”, según decía el proyecto del Poder Ejecutivo.

Las disposiciones del Convenio de Ginebra y su comparación con el código de justicia militar demuestran que la pretendida jurisdicción militar no es ningún privilegio para los sometidos a la misma, pues cae en el escándalo de que el militar argentino en tiempo de paz tiene menos garantías que el prisionero enemigo en tiempo de guerra: el primero no tiene derecho a defensor letrado de confianza, que tiene el prisionero enemigo. Se trata de una extrema violación del derecho de defensa en juicio, o sea que, además de ser inconstitucionales los tribunales o consejos del CJM por no estar integrados por jueces independientes, lo son por desconocer el derecho de defensa.

Otro paso fundamental es la eliminación de la pena de muerte del ordenamiento jurídico militar. Tal permanencia, si bien derogada por desuetudo, mantenía latente el problema de que estando vigente dicha pena en algún resquicio del sistema positivo, no pudiera seguirse cabalmente la cláusula de abolición progresiva e irreversible que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos. Una vez derogada la pena de muerte de TODO el ordenamiento jurídico, ya no podrá volver a implantarse en nuestro país nunca más. Este argumento que parece menor, es de una importancia cada día más creciente, ya que en este mismo escenario el actual presidente peruano, dijo que implantar la pena de muerte en el sistema penal ordinario peruano, no va en contra de la CADH porque ellos la tienen vigente en la justicia militar. Argumento a todas luces débil, pero que le permitía a Alan García acceder a los pedidos de la extrema derecha de implantar esta pena cruel y bárbara, sin -necesariamente- denunciar el sistema interamericano de derechos humanos.

El nuevo sistema deroga el Código de Justicia Militar y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal a fin de que todos los delitos militares sean juzgados por la Justicia federal, además del rediseño completo del sistema disciplinario, asegurando su coherencia con las garantías constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

El proyecto aprobado en ambas cámaras comprende esencialmente tres ejes: 1) Un proyecto de ley sobre disciplina militar, que tipifica las faltas disciplinarias, las sanciones de aplicación conforme la gravedad de las faltas (leves, graves, gravísimas), que van del apercibimiento a la prisión rigurosa de hasta 60 días, y el procedimiento por el que se regirá el régimen disciplinario administrativo, así como los recursos contra las sanciones. 2) Un proyecto de ley de modificaciones al Código Penal de la Nación y del Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación, donde se tipifican los delitos esencialmente militares, fijándose la pena correspondiente para el personal militar responsable, y la habilitación de la instancia cuando se trata de estos delitos, que se otorga al Jefe de Estado Mayor de

la respectiva fuerza. 3) Un proyecto de ley sobre Procedimiento Penal Militar para Tiempo de Guerra y otros Conflictos Armados.

Es de gran acierto la regulación sobre la materia disciplina militar que se propone, con una clara normativa sobre cuáles son las faltas y las sanciones aplicables conforme la gravedad de la falta, y el procedimiento de aplicación con garantías para el afectado. Y es de gran importancia que en el fondo, este proyecto distinga lo que siempre distinguió la doctrina más autorizada, que dentro de lo que genéricamente suele llamarse derecho militar debe diferenciarse el derecho disciplinario y el derecho penal militar propiamente dicho.

Igual conformidad amerita la definición de los delitos típicamente militares y su incorporación al Código Penal de la Nación, como el incremento de penas, para delitos comunes, cuando cometidos por personal militar. Esta incorporación se perfecciona con las modificaciones al Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación donde se incorpora la legitimación activa para poner en marcha el proceso judicial cuando se trata de delitos militares o que comprendan a personal militar. Debe entenderse, que la habilitación dependiente de autoridad militar no excluye las facultades del Ministerio Público para excitar el procedimiento judicial, o de los habilitados para formular denuncia respecto de todo delito cuando hayan tomado conocimiento de su comisión. Es que los delitos militares son de acción pública.

Con anterioridad al ingreso de este Proyecto al Congreso de la Nación, otro proyecto similar había sido objeto de debate parlamentario. El proyecto del Senador Giustiniani de derogación del Código de Justicia Militar, sigue el mismo espíritu del Proyecto de Ley del Ejecutivo: ordinarizar los delitos militares y dejar atrás un sistema de justicia vetusto y antigarantista. Sin embargo, a mi entender, tiene una excesiva creación de tipos penales, con una técnica legislativa perfectible, que necesitaba del estudio de las más altas autoridades en el tema. Tampoco coincidimos con Giustiniani en crear una instancia de apelación exclusiva para los delitos militares (Cámara Nacional Militar), y la creación de las secretarías militares de juzgados federales, ya que no se justifica una erogación tan significativa de gastos para la creación de instancias que no serán utilizadas, debido a que son muy pocos los casos que llegarán allí. El estado en que se encuentra la justicia federal no permitiría que se cree toda una estructura que generará muchos gastos para poco uso.

Otro de los puntos que no me convencen de este proyecto del Senador Giustiniani que está ingresado en el Senado es que no legisla sobre el Régimen disciplinario de las FF.AA, sino que da lineamientos para que se legisle separadamente. Lo importante del proyecto aprobado es que tiene una coherente

unidad que permite ver el conjunto del sistema judicial militar. La transición de un Código autónomo a un sistema bifurcado entre el Código Penal y el nuevo Código de Disciplina de las FFAA, evidentemente no es simple, por lo cual se necesita que todo se legisle conjuntamente, inspirados en los mismos principios y unidos por el mismo debate.

Pero finalmente quiero señalar que frente a los compromisos que el Estado Argentino había asumido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Correa Belisle y Argüelles, de impulsar la reforma INTEGRAL del sistema de administración de justicia penal en el ámbito castrense, no se podía hacer otra cosa que lo que se hizo: se creó una Comisión de Trabajo donde los propios militares, junto a los expertos en derecho militar y derecho penal militar, y los representantes de organizaciones de derechos humanos y de universidades, pudieron consensuar un texto de una perfeccionada técnica legislativa que puede decirse que es la expresión de todos los actores involucrados en el tema.

La presencia en esa Comisión de personalidades como el Profr. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni habla de la calidad de la misma. Zaffaroni es uno de los expertos de habla hispana más destacados no sólo en derecho penal sino en derecho militar, autor de una obra junto a Cavallero sobre el tema que marcó el desarrollo de la materia. El Coronel Manuel Lozano es también uno de los expertos en derecho militar que ha prestigiado la comisión. También estuvieron en la misma, instituciones que bregan por los DDHH como el CELS, la CIPPEC, la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina, el INECIP, la Cruz Roja, la UBA, etc.

El virtual vacío legislativo que se había producido desde la declaración de inconstitucionalidad del CJM por el fallo citado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sumado a los compromisos suscriptos por la Argentina ante instancias supranacionales de Derechos Humanos, demandaban la urgencia de esta sanción.

Apuntes para una teoría de la argumentación jurídica en el marco del nuevo constitucionalismo

Ma. Lourdes Santos Pérez*

Empezaré refrescando algunas ideas que, actualmente, dominan una parte de las discusiones iusfilosóficas. Está, por un lado, la noción de “constitucionalismo”. Se designa con este nombre, mejor aún se emplea la expresión “neoconstitucionalismo”, para referirse a la teoría o teorías que pretenden describir y/o justificar la “constitucionalización” del Derecho, entendiendo por tal el proceso y el resultado de la transformación del Derecho debidos a la Constitución. Siguiendo a Guastini, entre los rasgos que caracterizan los Estados que disponen de un sistema constitucional se encontrarían: la rigidez de la Constitución, la existencia de alguna forma de control (de constitucionalidad) de las normas, la fuerza vinculante de la Constitución (lo que significa que los juristas consideran ésta como una verdadera norma jurídica y no como una simple declaración programática) y su “sobreinterpretación” (en el sentido de que la presencia de la Constitución en el ordenamiento se amplía e intensifica a partir de la invocación de los principios y de otras técnicas argumentativas, lo que garantiza que toda controversia puede encontrar una solución sin tener que recurrir a la discreción legislativa).

Como se apuntaba hace un momento, las transformaciones experimentadas por los sistemas jurídicos en su tránsito hacia el Estado constitucional conducen a formas novedosas de contemplar el Derecho, en otras palabras de teorizar sobre el mismo. En este sentido, se insistirá, por todos, en su “rematerialización”, lo que refuerza, por lo demás, la importancia de los procesos argumentativos a la hora de elucidar el significado del fenómeno jurídico. En efecto, la constitucionalización del ordenamiento jurídico conlleva la recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias morales bajo la forma de derechos fundamentales, también denominadas principios constitucionales. Esto produce, empleando una expresión

* Profesora de la Universidad de Salamanca, España.

del Tribunal Constitucional alemán, un “efecto de irradiación”, lo que significa que la interpretación y la aplicación de todo el ordenamiento jurídico se somete a estas normas que, de este modo, son capaces de disciplinar todas las ramas del Derecho. Precizando un poco más, no es solo que el Derecho haya adquirido una fuerte carga axiológica; sucede que los principios alientan un modo diferente de identificar y aplicar éste; con otras palabras, el constitucionalismo refuerza la importancia de los procesos de argumentación.

En este sentido, bajo la rúbrica “teorías de la argumentación jurídica”, hay que entender un conjunto de construcciones teóricas orientadas al estudio del razonamiento jurídico en general, y del judicial en particular, que retoman problemas recurrentes en el debate iusteórico —por ejemplo, que entre crear y aplicar no hay una línea divisoria nítida; dado que el Derecho es, en buena medida, una cuestión de lenguaje, los problemas interpretativos resultan inevitables; que el Derecho puede albergar contradicciones y lagunas, etc.— aunque desde presupuestos diferentes. De este modo, el fracaso del método axiomático-deductivo para la aplicación del Derecho, extremo que ya fue denunciado en la centuria pasada, no supone legitimar la arbitrariedad del juez sino que, antes bien, alienta la articulación de teorías capaces de suministrar unos criterios que permitan justificar por medio de razones o argumentos la solución adoptada. Diciéndolo de otro modo, una vez que el modelo de aplicación mecánica de la ley ha quedado en entredicho, de lo que se trata es no de suprimir las valoraciones del que está llamado a decidir, algo que resulta inevitable, sino de controlarlas racionalmente en el sentido de exigir su justificación.

Hechas estas aclaraciones, me propongo en lo que sigue realizar algunos comentarios sobre cómo debería, en el contexto del “nuevo constitucionalismo”, abordarse el tópico de la “argumentación jurídica”. Con este propósito, tomaré pie en el pensamiento de Ronald Dworkin.

1

Sostengo que resultará útil explorar las virtualidades del pensamiento de Dworkin a los efectos de una teoría de la argumentación jurídica. En buena medida esta empresa debe plantearse como un ejercicio de reconstrucción, toda vez que falta la articulación explícita por parte del autor de una construcción teórica de esta naturaleza. A la hora de acometerla, a esta dificultad se añade la de que, con frecuencia, Dworkin formula algunas de las elaboraciones más interesantes y más incitantes para una teoría de la argumentación jurídica no tanto en el terreno de la teoría del Derecho como en el de la filosofía moral y política; eso crea algunas dificultades para trasladarlas al campo jurídico, al tiempo que produce algunos

problemas a la hora de dar acomodo a su posición dentro de alguno de los modelos que suelen tomarse como referencia en el estudio de la argumentación jurídica.

No obstante lo anterior, la relevancia que adquiere el pensamiento de Dworkin a los efectos de articular una teoría de la argumentación jurídica en el marco del constitucionalismo se funda en algunas consideraciones que provienen de dos fuentes.

I. Por una parte, la elaboración de mi tesis doctoral sobre el pensamiento político de Dworkin me dio ocasión de percatarme, por un lado, del carácter integrado del pensamiento de Dworkin, un pensamiento que desafía la fronteras establecidas por la compartimentación convencional de las disciplinas académicas, y en el que la teoría del Derecho, la teoría de la justicia y la filosofía moral se remiten las unas a las otras. Como sugerí en mi artículo de 2003 “Una filosofía para erizos”, la teoría de la argumentación es precisamente el medio en el que se produce el proceso de circulación de la filosofía moral, la filosofía política y la teoría del Derecho. Por otro lado, el estudio, que en el marco de mi tesis llevé a cabo sobre la fundamentación que ofrece Dworkin de su teoría de la “igualdad liberal”, me puso en contacto con sus últimos escritos, algunos todavía inéditos, y me reveló los fragmentos de una teoría holista y coherentista de la argumentación moral en la que últimamente Dworkin parece estar ocupando buena parte de su trabajo teórico. Para alguien interesado en el pensamiento de Dworkin esa teoría, que proporciona algunas claves interesantes para precisar el carácter cognitivista de su concepción de la interpretación, plantea un singular problema: por un lado, es, en cierto modo, una expansión natural de la teoría holista y coherentista de la interpretación jurídica, que el autor había construido en *Law's Empire* sobre la idea central de integridad, pero, por otro, conduce hacia una fundamentación ética de las normas y los principios morales que termina suscitando dudas sobre la interpretación que hayamos de dar a la idea misma del Derecho como integridad.

II. Por otra, en el marco de un programa de investigación en torno al concepto de sistema jurídico, en el que venimos trabajando un grupo de profesores del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, a propósito de las deficiencias del modelo dominante y la articulación de un paradigma alternativo, estamos insistiendo en la tesis de que resulta necesaria una reflexión más atenta a propósito del carácter institucional del Derecho. En efecto, después de Hart, se ha convertido en un lugar común la idea de que, más que la coactividad, el rasgo característico del Derecho como sistema normativo lo constituye el hecho de que la aplicación de las normas está encomendada a órganos especializados y sometida a procedimientos institucionalizados. Ahora bien, una teoría del sistema

jurídico no puede ignorar que la actividad de aplicación de las normas, como actividad institucionalizada, se apoya en ciertas presuposiciones a propósito del Derecho (como es que siempre hay una respuesta correcta) que plantean al sistema jurídico algunas exigencias de racionalidad de las que no puede dar cuenta adecuadamente el modelo dominante. El reciente libro de Pérez Bermejo indica que en la idea dworkiniana del Derecho como integridad se encuentra cifrada no sólo una crítica a la concepción dominante del sistema jurídico sino también una concepción del sistema que puede presentarse como alternativa. Creemos, sin embargo, que para llevar a buen puerto la investigación sobre el concepto de sistema jurídico falta una discusión más detallada sobre la argumentación jurídica, que saque a la luz no sólo los presupuestos e idealizaciones a los que de forma necesaria están sujetos los procesos de aplicación del Derecho, sino también las restricciones institucionales a las que de forma característica está vinculado el proceso de justificación de las decisiones jurisdiccionales.

2.

Mi hipótesis es que, aún cuando Dworkin no formula de forma explícita y suficientemente articulada una teoría de la argumentación jurídica, su teoría del “Derecho como integridad” contiene, sin embargo, elementos suficientes para identificar algunas tesis y posiciones centrales de una teoría de la argumentación y, al mismo tiempo, suscita algunos problemas que afectan a una teoría de la argumentación jurídica. Creo, pues, que sin haber formulado propiamente una teoría de la argumentación, la obra de Dworkin contiene material de reflexión que hoy es imprescindible para cualquiera que se ocupe de la argumentación jurídica.

La puesta a prueba de esa hipótesis requerirá transitar fuera del estrecho marco de los escritos más específicamente jurídicos del autor, porque, antes que en sus escritos de teoría del Derecho, es en su filosofía política y moral donde se encuentran algunas de las ideas más interesantes de la concepción dworkiniana de argumentación. Esto puede resultar extraño en relación con un autor como Dworkin, que es conocido entre nosotros justamente por su teoría del Derecho como interpretación. En realidad parece que después *Law's Empire* habría que concluir que este autor dispone “por lo menos” de una cierta teoría de la interpretación jurídica. Ahora bien, como indicaré más adelante, cabe preguntarse si la obra de Dworkin abriga “sólo” una teoría de la interpretación o, alternativamente, “algo más” que una teoría de la interpretación. Incluso puede dudarse de que su propuesta puede catalogarse “por lo menos” como una teoría de la interpretación jurídica.

3.

Más que defender tesis enteramente definidas, el presente artículo plantea temas y problemas; formula más preguntas que respuestas; intenta organizar un cierto mapa de cuestiones que permita orientarse en el interior de un pensamiento, como el de Dworkin, complejo y a menudo carente de una articulación sistemática suficiente. Al objeto de ganar en claridad expositiva, he organizado mis comentarios en cinco secciones.

3.1

Como ya he indicado, Dworkin no desarrolla propiamente una teoría de la argumentación jurídica. Esboza, en cambio, una teoría de la interpretación de las normas. Pero en la medida en que está construida desde la perspectiva de la justificación de las decisiones judiciales, su visión de la interpretación ha de entenderse también como una contribución a una teoría de la argumentación jurídica. Desde esta perspectiva, me permito realizar algunas indicaciones sobre cómo delimitar el terreno de la teoría de la argumentación jurídica en el que creo que el estudio del pensamiento de Dworkin puede ser fecundo, situándolo de paso en el amplísimo campo de las teorías de la argumentación.

Para empezar, utilizando una distinción bien conocida a partir de Wróblewski y Alexy, creo que Dworkin no hace ninguna aportación significativa a la lógica de la “justificación interna”. Dworkin, como es sabido, construye su teoría del derecho a través de un examen de la forma como los jueces resuelven los “casos difíciles” (en *Taking Rights Seriously*) y cómo abordan los “desacuerdos teóricos sobre el derecho” (en *Law's Empire*). Por eso sus discusiones se mueven más bien en el terreno de la llamada “justificación externa” y, en particular, son relevantes en relación con el problema de la fundamentación de las premisas normativas de los argumentos jurídicos.

Por otro lado, partiendo de un análisis de lo que Dworkin denomina el “aspecto proposicional” de la práctica jurídica, propongo su adscripción a aquel grupo de teorías que conciben la argumentación jurídica como un tipo de indagación acerca del Derecho que no se limitaría al uso de la lógica formal. Pero tampoco se ocupa de los aspectos retóricos de la práctica argumentativa, entendida como una práctica dirigida meramente a persuadir al adversario. Expresándolo de manera muy sintética, la posición de Dworkin se encuentra entre las de quienes afirman que la fuerza de los argumentos no depende de las relaciones lógicas que existen entre los enunciados que los componen, ni tampoco de la eficacia de los

recursos persuasivos empleados frente a una auditorio determinado, sino que requiere también la verdad de las premisas.

En este sentido, Dworkin, moviéndose en una dirección opuesta a la dominante, sustenta una concepción cognitivista y no escéptica de la interpretación —una posición de acuerdo con la cual los enunciados interpretativos son susceptibles de ser discutidos en términos de verdad/falsedad—. Pero no está en absoluto claro qué cuenta para Dworkin como criterio de verdad. De acuerdo con la idea directriz del “Derecho como integridad”, una determinada proposición jurídica es verdadera si puede mostrarse como “la mejor interpretación de nuestras prácticas jurídicas consideradas como un todo”. Pero obviamente esa respuesta deja abierta multitud de interrogantes. Con todo, lo decisivo en este momento es que la respuesta precisa involucra a la investigación completa: entre otras cosas, exige plantear la tesis, relativamente temprana, de la “respuesta correcta” en el marco de su teoría, relativamente tardía, del “realismo interno”.

3.2

En otro orden de cosas, hay que suministrar algunas claves a propósito de qué entiende Dworkin por “interpretación” y en qué sentido su concepción de la interpretación forma parte de una teoría de la argumentación jurídica: si hay en Dworkin “sólo” una teoría de la interpretación jurídica o “algo más” que (o “algo diferente” de) una teoría de la interpretación jurídica. Eso, entre otras cosas, permitirá aclarar el sentido en que ha de entenderse su teoría del Derecho como una “teoría interpretativa”.

Un examen de la distinción que establece Dworkin entre proposiciones jurídicas al comienzo de *Law’s Empire*, en particular un examen de las que, siguiendo a Lifante, voy a llamar “proposiciones particulares” —esto es “aquellas que incorporan las circunstancias fácticas de un caso concreto y contienen la solución jurídica para el mismo”— puede inducir a pensar que Dworkin incurre en una confusión entre interpretación y aplicación. Aunque creo que hay razones para rechazar, o al menos matizar, esa primera impresión, en todo caso deberá aclararse de qué modo entra la interpretación en la teoría dworkiniana del Derecho.

Para empezar, hay que destacar que Dworkin centra la atención en la que, siguiendo a Guastini y Ferrajoli, podemos denominar “interpretación operativa”, esto es, aquella interpretación que llevan a cabo los órganos del Estado —de forma señalada, los tribunales— en el proceso de aplicación del Derecho, y se desentiende casi por completo de la “interpretación doctrinal” en el sentido de la dogmática jurídica europea. Esto explica, para no ir más lejos, que Dworkin, a diferencia, por

ejemplo, de Kelsen y de la teoría positivista dominante, no contemple la actividad interpretativa como un conjunto de operaciones dirigidas a explorar el repertorio de los diversos posibles significados de los enunciados normativos contenidos en los textos legales: en la medida en que elabora su teoría de la interpretación desde el punto de vista de la actividad jurisdiccional, la orienta más bien a la obtención de la “respuesta correcta”.

En este sentido, me inclino a pensar que, aún cuando Dworkin no afirma expresamente que exista una identidad entre el razonamiento jurídico y la interpretación, el hecho de que elabore su visión de la interpretación en estrecho contacto con los problemas de justificación de las decisiones jurisdiccionales hace que su posición esté próxima a lo que, siguiendo a Tarello, voy a llamar un “sentido premoderno” de interpretación: más que para referirse a la atribución de un significado a un objeto, la expresión “interpretación” se estaría utilizando aquí para designar una actividad compleja mediante la cual se busca reconstruir el sistema jurídico con vistas a su aplicación. En este sentido, la conocida metáfora de la novela cadena está ligada a esta concepción de la interpretación vinculada al proceso de aplicación del derecho.

En todo caso, creo que vale la pena explorar de qué modo esta vinculación a la argumentación jurídica en sede jurisdiccional incide sobre la concepción de la interpretación jurídica que está presente en Law’s Empire. En particular, creo que echa luz sobre la concepción cognitivista de la interpretación que Dworkin despliega a lo largo de toda su obra. Independientemente de razones filosóficas más generales, que sólo han salido a la luz relativamente tarde, su ofensiva contra el escepticismo interpretativo característico de la teoría positivista del derecho se debe a que se toma en serio la “tesis de la (única) respuesta correcta” como una presuposición normativa (que está, por cierto, cargada de implicaciones “políticas”) a la que, según su concepción, está sujeta la actividad jurisdiccional, y que obliga a abordar el material normativo asumiendo ciertas idealizaciones (completud, consistencia, univocidad) que la concepción escéptica, apoyada en una mera consideración empírica del material jurídico, tiene que pasar por alto.

3.3

En tercer lugar, considero oportuno avanzar algunas hipótesis que coinciden en afirmar cómo una concepción de la interpretación en la que se hacen presentes las presuposiciones normativas sobre las que se asienta la actividad de los tribunales conduce a una revisión y a una reformulación de algunos elementos tradicionales de la teoría de la interpretación. En este punto es particularmente interesante estudiar las implicaciones de la idea de “integridad”, que es el título con el que

Dworkin cataloga su particular concepción o lectura interpretativa del derecho. A modo de indicación, mencionaré unos pocos tópicos.

En primer lugar, se sugieren las repercusiones que tiene la noción de integridad sobre las técnicas interpretativas que habitualmente emplean los juristas (interpretación literal, interpretación sistemática, etc.); mi hipótesis consiste en suponer que tampoco éstas pueden sustraerse a la interpretación. En particular, en dos puntos la exigencia de integridad obliga a revisar concepciones convencionales. Por una parte, la exigencia de integridad exige una revisión del canon interpretativo tradicionalmente vinculado a la noción de voluntad del legislador, sometiéndolo a una reinterpretación de psicologizadora en términos de un sistema de principios de moralidad política. Una interesante derivación teórico-constitucional en este punto lo ofrece la crítica de Dworkin al originalismo. Por otra, la idea misma de integridad, inseparablemente unida a una concepción “principalista” del sistema jurídico (García Figueroa), ofrece una interesante revisión de la interpretación que desde Savigny en adelante se ha sólido dar al canon de la “interpretación sistemática”, y de paso una forma interesante de recuperar la noción de legislador racional como idea regulativa de la práctica interpretativa.

En segundo lugar, llamo la atención sobre algunas implicaciones que tiene la concepción del autor de la “etapa preinterpretativa” del proceso de interpretación para lo que, en teoría de la argumentación jurídica, se conocen como “criterios de relevancia”, aquellos criterios que determinan por qué es razonable usar una determinada premisa como argumento en lugar de otra. En este contexto, sostengo que los tradicionales criterios se verán sometidos también a una interesante revisión, que afectará de forma particularmente interesante al criterio de la validez.

Finalmente, sugiero el estudio de la que Dworkin denomina “etapa interpretativa” al objeto de indagar en un aspecto diferente, aunque ligado al de la relevancia, como es el “peso” de los argumentos. Esto exigirá poner a contribución la conocida distinción entre principios y reglas y de paso explorar en sus rasgos más generales el complicado tema relativo a las estructuras de la ponderación de principios.

3.4

Sin abandonar el estudio de la integridad, puede resultar útil apuntar algunas de sus derivaciones filosófico-políticas y filosófico-morales.

Para empezar, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que es en el terreno de la filosofía moral, en particular en conexión con el problema de la justificación de nuestros principios y nuestros juicios morales —y no en el terreno de la teoría del derecho— donde Dworkin hace explícita una teoría de la argumentación (deliberadamente omito cualificarla como “jurídica”). Dworkin extiende la idea coherentista de integridad, inicialmente obtenida en el marco de la teoría del derecho, más allá del terreno jurídico, prolongando la espiral del “equilibrio reflexivo” hacia la filosofía política, la filosofía moral y finalmente la ética entendida como doctrina de la vida buena. Con ello se persigue proporcionar coherencia a “toda nuestra estructura intelectual”, como una estructura enteramente integrada —una “filosofía para erizos”. Para lo que a nosotros interesa de forma más directa, bajo la exigencia de la integridad, la teoría del derecho remite a una teoría de la justicia, para cuyos valores y principios Dworkin reclama, en la condición de conceptos interpretativos, una “luz ética” o, visto desde otra perspectiva, un fundamento en una concepción de la vida buena. Para ilustrar esta tesis propongo el estudio de lo que llamo “la práctica argumentativa de la igualdad”, que el autor desarrolla en una de sus últimas obras *Virtud Soberana. La Teoría y la Práctica de la Igualdad*.

En sus últimos escritos, Dworkin, en lo que cabe interpretar como un nuevo giro en su pensamiento, se ha mostrado particularmente interesado en ampliar los términos de la discusión dando entrada a la controversia epistemológica. Por esa vía la tesis de la “respuesta correcta”, formulada inicialmente al hilo de discusiones sobre interpretación jurídica, termina enlazando con una teoría general sobre la fundamentación de los juicios morales. Mi hipótesis, en este sentido, es que la defensa que ensaya a propósito de la objetividad de la moral, y que le lleva a formular una posición que él mismo cataloga como “realismo interno”, tiene su origen en la necesidad de salir al paso de ciertas críticas formuladas a su tesis de la respuesta correcta, en el marco de su teoría interpretativa del derecho. Dicho en otros términos, la tesis dworkiniana de la respuesta correcta tiene sentido interpretada como un enunciado interno a la práctica jurídica que, por imperativo de la integridad, se constituye en una práctica esencialmente argumentativa. Por lo demás, un estudio de la concepción de Dworkin sobre el “realismo interno” aclarará el sentido preciso de su cognitivismo y su concepción (ni arquimédida ni escéptica) sobre la pretensión de “verdad” de nuestros juicios morales —y también de nuestros juicios jurídicos.

3.5

Una construcción de esta envergadura, en la que cuestiones de teoría del Derecho remiten a cuestiones de filosofía moral y política, y de ahí a cuestiones relativas a

una concepción de la vida buena, se topa con algunos desafíos, que vale la pena presentar.

Para empezar, cabe preguntarse si la expansión de la idea de integridad que se observa en sus últimos escritos no conduce a una indiferenciación del razonamiento jurídico con respecto al razonamiento moral. La exigencia de integridad, planteada en los grandiosos términos holistas, con que se presenta en sus últimos escritos ¿no conduce a devaluar la especificidad (cfr. la “tesis del caso especial” formulada por Alexy) del razonamiento jurídico? En este sentido, sostengo que la teoría dworkiniana permite hablar de una cierta autonomía, aunque no de una total independencia, del razonamiento jurídico respecto del razonamiento moral. En realidad, como ha señalado Delgado Pinto la idea de integridad permite explicar al mismo tiempo la conexión y la distinción entre derecho y moral, y mediante la distinción que Dworkin establece entre “integridad inclusiva” e “integridad pura”, es posible dar cuenta de las restricciones que impone al razonamiento jurídico la naturaleza institucional del derecho.

Una segunda dificultad, en parte consecuencia de la anterior, radicaría en la falta de medida que parece marcar la ambición filosófica o argumentativa de Dworkin en los últimos tiempos. Dentro de una interesante defensa del ideario político del liberalismo Dworkin propone una estrategia de continuidad entre derecho, moral y ética (como concepción de la vida buena) que le lleva formular un programa de “liberalismo ético”, que él enfrenta polémicamente al bien conocido programa de “liberalismo político” definido por Rawls. En realidad no existe incompatibilidad entre estas dos formas de enfocar la fundamentación del liberalismo: el programa dworkiniano de un “liberalismo ético” tiene cabida dentro del programa rawlsiano como una “doctrina comprensiva razonable” llamada a entrar en un “consenso por solapamiento” con otras doctrinas comprensivas razonables. Ahora bien, en el curso de la defensa de la estrategia de continuidad, Dworkin no sólo rechaza el programa de un liberalismo político como propuesta de hacer frente a las dificultades que plantea el “hecho del pluralismo” a las sociedades modernas, sino que de paso parece rechazar también la idea rawlsiana de “razón pública”. Eso, en mi opinión, termina haciendo problemática su concepción del trabajo jurisdiccional como un trabajo vinculado a la exigencia de integridad inclusiva, que en mi opinión exige, al menos para los jueces, respetar las restricciones impuestas por la razón pública y mantener la combinación de continuidad y discontinuidad característica de la idea rawlsiana de consenso por solapamiento.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ed. Ariel, 2006.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 2004.
- BONORINO, P. R., *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermeneúticos de la teoría de Dworkin*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2003.
- BULYGIN, E., "Sull' interpretazione giuridica", *Analisi e Diritto*, 1992.
- CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- DELGADO PINTO, J., "La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: Análisis y valoración", *Derechos y Libertades*, 7 (2002).
- DWORKIN, R., "No Right Answer?", en HACKER, P. M. S. y RAZ, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford University Press, Oxford, 1977.
- _____, *The Roots of Justice. Part 1*, 1997. (inédito)
- _____, *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- _____, "In Praise of Theory", *Justice in robes*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.), 2006.
- _____, "Justice for Hedgehogs", 1999. (inédito)
- _____, "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, 24, 2001.
- _____, "La théorie du droit comme interpretation", *Droit et Société*, 1, 1985.
- _____, "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, 60, 1982.
- _____, "My Reply to Stanley Fish: Please Don't Talk About Objectivity Anymore", en MITCHELL, W., *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, Chicago, 1983.
- _____, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy and Public Affairs*, 25, 1996.
- _____, "On Interpretation and Objectivity", *A Matter of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 1985.
- _____, "Originalism and Fidelity", *Justice in robes*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.), 2006.
- _____, "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica", *Doxa*, 26, 2003.
- _____, "The Roots of Justice. Part 2", 1997. (inédito)

- FERRAJOLI, L., "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, 1996.
- GIANFORMAGGIO, L., y PAULSON, S. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Torino, 1995.
- GIANFORMAGGIO, L., "Lógica y argumentación en la interpretación judicial o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Doxa*, 4, 1987
- GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.
- HART, H.L.A., "Postscript", *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- IGLESIAS VILA, M., "De la justicia como equidad al derecho como equidad", *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*, Actas del XII Seminario Italo-Español de Teoría Analítica del Derecho, Salamanca, Universidad de Salamanca, en prensa.
- _____, *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986.
- LIFANTE, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- LORA DEL TORO, P. de, *La interpretación originalista de la constitución*, CEPC, Madrid, 1998.
- MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- _____, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000.
- _____, "Frammenti di una teoria dell'interpretazione", en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Mulino.
- _____, *Liberalismo e igualdad. Una aproximación a la Filosofía Política de Ronald Dworkin*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- RODILLA, M. A., "Coherencia, contrato, consenso. La estructura argumental de la Teoría de la Justicia de J. Rawls", *Leyendo a Rawls*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- SANTOS PÉREZ, L., "Una filosofía para erizos. Aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin", *Doxa*, 26, 2003
- TARELLO, G., *L'interpretazione della lege*, Giuffrè, Milano, 1980.
- WRÓBLEWSKI, J., "Legal Language and Interpretation", AARNIO, A. y MACCORMICK, N. (eds.), *Legal Reasoning*, Dartmouth, Aldershot, 1992.

¿Quién lee los edictos?

José Antonio Márquez González

Como se sabe, Moisés había ordenado grabar en piedras grandes, revocadas con cal, las palabras de la ley.¹ Constituía ésta, sin duda, una forma de hacer publicidad. Pero aun mucho tiempo después, en Roma, las leyes continuaban siendo secretas y sólo un puñado de pontífices conocía su texto. Tiberio Coruncanio fue el primero que se atrevió a profesar públicamente la ciencia del Derecho: “los que le precedieron –dice el *Digesto*– procuraban mantener el derecho civil como en secreto”.²

Fue así como el conocimiento del derecho dejó de ser un asunto sagrado. Suetonio comenta que Calígula exigía muchos impuestos (ahora hasta los litigantes debían pagar una parte de la cantidad demandada) y no tuvo más remedio que dar a conocer públicamente el texto de estas leyes, pero –añade Suetonio– “las hizo escribir en letra tan menuda, y las expuso en sitio tan estrecho, que era imposible sacar copias”.³

Durante la Edad Media, la publicación y el conocimiento de las leyes se hacía a través de importantes funcionarios denominados *pregoneros*, quienes con gran pompa y solemnidad, al redoble de tambores, leían las leyes, los edictos o los decretos expedidos por el emperador. La conocida frase “Sepan cuantos la presente carta vieren u oyeren [...]” expresa bien el carácter divulgatorio de su función.⁴

¹ *Dig.* 27.2-8.

² *Dig.* 1, 2, 35.

³ Suetonio, *Vidas de los doce Césares: Calígula*, Partes XL y XLI, Cumbre, México, 1979, pp. 205-206.

⁴ Aun conservamos resabios de esta costumbre medieval en los solemnes actos de aviso del triunfo de los candidatos en elecciones, cuando en bando público se hace el anuncio respectivo en los lugares más concurridos de la población, fijando los resultados en las paredes.

En la época prehispánica mesoamericana, tenemos noticias del denominado “monte de los clamores”, donde acostumbraban publicarse las leyes, aprovechando la altura natural que hacía llegar la voz y el sonido de tambores y caracoles a gran distancia.⁵

En tiempos más recientes las publicaciones se fijaban en la casa consistorial del pueblo y aun el Código de Napoleón recogió formalmente esa costumbre en los artículos 166 y 167, sustituyendo así la antigua publicación oral con la formalidad de la publicación escrita. Todavía ahora los códigos de procedimientos exigen que los edictos se publiquen en los estrados del juzgado, es decir, en el tablero atiborrado de anuncios que se encuentra a la entrada de los locales judiciales, alcaldías y dependencias oficiales en general. En las comunidades rurales de muchos países, los edictos simplemente se pegan con engrudo en los postes de conducción de energía eléctrica a la orilla de los caminos.

En su *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Portalis decía que “debemos contentarnos con una publicidad relativa que, si no puede producir a tiempo, en cada ciudadano, el conocimiento de la ley a la que debe conformarse, baste al menos para prevenir cualquier arbitrariedad en cuanto al momento en que la ley debe ejecutarse”.⁶ La *Exposición de Motivos* del Código Civil de México, de 1932, tuvo necesidad de aclarar:

Se fijó un procedimiento más eficaz para la publicación de las leyes, con el objeto de que sean realmente conocidas del público, pues en un país en el que hay un alto porcentaje de analfabetos, no es el medio más adecuado para que se conozcan las leyes, y por lo mismo para hacer obligatoria su obediencia, la sola publicación en el periódico oficial.

La reforma consiste, fundamentalmente, en que [...] la publicación se haga leyendo en la plaza pública las leyes y reglamentos, y además fijando el periódico oficial que los contiene en los lugares públicos acostumbrados.

Para constatar cómo se encuentran las cosas ahora, decidí elegir una muestra de los edictos publicados en un día cualquiera en algunos de los periódicos más populares de América latina.⁷ Uno se puede encontrar con un montón

⁵ En su *Historia de Oaxaca* (México), José Antonio Gay refiere: “Aun sus leyes se publicaban aquí, como antes en Ezatzitepec (monte de clamores), desde una altura que dejaba percibir la voz a muchas leguas de distancia”, GAY, José Antonio, *Historia de Oaxaca*, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 19.

⁶ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 48-49.

⁷ Tuve a la vista los diarios *Uno más Uno*, *Excelsior*, *El Universal*, *Reforma* y *La Jornada* de la ciudad de México; *Portafolio* y *El Tiempo*, de Bogotá; *El Nacional*, *El Caribe* y *El Diario Libre* de Santo Domingo; *Opinión* y *Expreso de Guayaquil*; *El Nuevo Día* de San Juan; *El Mercurio* de Santiago; *La Nación* de Buenos Aires; *La Capital* y *Hoy* de La Plata; *El Universal* y *El Nacional* de Caracas; *El Comercio* y *Expreso* de Lima.

¿Quién lee los edictos?

indiscriminado de avisos notariales, edictos, subastas, mensuras catastrales, pérdidas de certificados de título, convocatorias, avisos, aclaraciones a remates, extractos de citaciones, citaciones judiciales, notificaciones, providencias, emplazamientos, aumentos de capital, etc. No es extraño que estos anuncios aparezcan frecuentemente junto a otros recuadros de oración a San Judas Tadeo, a la virgen de Juquila y al Sagrado Corazón de Jesús (ambos para casos difíciles), a los tres ángeles (San Miguel, Rafael y Gabriel), invocaciones a la Santa Muerte, versículos de la *Biblia*, oraciones del trabajo, anuncios de hermanos, videntes, místicos, psíquicos o consejeros espirituales.

Se exhiben todos con un mismo formato anticuado y en secciones indiscriminadas del periódico que igual pueden titularse como “Avisos judiciales” o “Edictos”, que “De Oportunidad”, “Clasificados”, “Miscelánea” u “Oraciones y Obituarios”. La gran mayoría de los anuncios aparece en letra *arial* y tamaño de fuente cuatro –muy pequeña–, pero también los hay en letra *times new roman* y aun en tamaño de fuente ocho. El editor utiliza minúsculas y mayúsculas (en bloque) en forma indiscriminada, con una total ausencia de separación en párrafos (no hay puntos y aparte). Una persona de edad madura difícilmente alcanzaría a leer los caracteres y la ayuda de una lupa o lente de aumento no sería despreciable. El lenguaje es, desde luego, el acostumbrado en la jerga técnica de la práctica forense y debe ser, por tanto, incomprensible para el lector ordinario. Se emplean reiteradamente palabras sumamente técnicas como autos, fiduciaria, almoneda, remate, competencia, al calce, e incluso en latín –*de cuius, ad perpétuam, ad corpus*– etc., que solamente puede comprender una persona con formación especializada.

Estos avisos no contienen resumen alguno, de modo que el lector no avezado debe leerlo todo para enterarse medianamente del asunto. La tipografía, en ocasiones, puede aparecer borrosa o manchada. A veces hay algunas pocas faltas de ortografía, pero lo más notorio es la utilización de mayúsculas sin justificación, cambios arbitrarios de sujeto, discordancias verbales, defectos de construcción en general, uso excesivo de sinónimos, gerundios viciosos, empleo arbitrario de negritas o cursivas, y la consabida repetición en letras cada vez que se emplean números (según la costumbre en el ámbito notarial). Además, hay excesivas transcripciones literales.

Por si fuera poco, al final el editor –o la autoridad que lo expide– se siente en la obligación de anotar la periodicidad de aparición con una frase del estilo siguiente: “Esta publicación deberá hacerse por tres veces, de siete en siete días, en el *Diario Oficial de la Federación*, y en uno de los periódicos de mayor circulación en la República”. El enunciado es reiterativo de preceptos legales, pero tampoco sobra (de hecho, las oficinas receptoras del aviso exigen su inclusión para no alterar la

periodicidad). También las oraciones a la Santa Muerte tienen como colofón la consabida leyenda de “Rece nueve días esta oración y publíquela al noveno”. Algunos aprovechan para insertar lemas oficiales como el de “Anales de Jurisprudencia: setenta y cinco años de difundir la cultura jurídica”, “2008 Año de la educación física y el deporte” y aun el de “Sufragio efectivo. No reelección” (en Buenos Aires era populares las leyendas, esta vez en los sellos notariales, de “Mueran los salvajes unitarios” o “1982: Año de la Recuperación de las Islas Malvinas”).⁸

Los edictos también se publican en los periódicos oficiales del Gobierno. Estos periódicos oficiales tienen una estructura y un diseño anticuados, normalmente sin colores, sin mayor atractivo visual y con concepciones monótonas y uniformes. Con frecuencia, las hojas son amarillentas, con recuadros muy convencionales y divididos en columnas con formatos pasados de moda y un solo tipo de letra, sin fotografías y, en general, sin ningún tipo de diseño visual, aunque es frecuente que ostenten el escudo oficial del Gobierno que corresponda. Su contenido se divide en acuerdos, avisos, edictos, anuncios, remates, convocatorias, licitaciones, autos, decretos, emplazamientos, providencias, jurisprudencias, reglamentos, notificaciones, “varios” y misceláneas, etc., tanto del gobierno provincial como del federal. En general, el lenguaje es del tipo telegráfico: suprime artículos y preposiciones, pero deja aún legible el contenido.⁹

Todos los avisos se encuentran enmarcados en un recuadro, con una línea negra delgada, según la extensión de cada uno. A veces son muy breves, como en el caso de los avisos notariales. Se reducen a consignar (por ejemplo, en el caso de herencias) el nombre del difunto, la fecha y datos de la escritura, el nombre de los comparecientes y los datos del fedatario. Otras veces, en cambio, son muy largos: es el caso de los edictos judiciales para audiencias de remate, porque se transcriben el acuerdo del juez que señala el inmueble subastado, las medidas y colindancias y aun el avalúo correspondiente. Otros describen minuciosamente los sellos del original, por ejemplo: “Al calce un sello con el Escudo Nacional que a la letra dice:

⁸ GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, *El notariado al servicio del país: para una historia del notariado de la ciudad de Buenos Aires*, Utsupra.com, Buenos Aires, 2008, p. 72.

⁹ Casi todos los periódicos oficiales en México llevan la denominación de “*Gaceta* (o periódico, o boletín, o diario) *Oficial del Estado de [...]*”. Notables excepciones a esta regla se encuentran en Querétaro, Guadalajara y Morelos. Las publicaciones llevan, en efecto, los nombres de *La sombra de Arteaga*, *El Informador* y *Tierra y Libertad*, respectivamente. En Sinaloa se llama *Periódico Oficial El de Sinaloa*.

En el extranjero las cosas no son muy distintas. Los periódicos se llaman *Boletín Oficial* (Argentina); *Diario Oficial* (Uruguay, Colombia y Chile); *Gaceta Oficial* (Venezuela, Costa Rica y Bolivia); *Diario de Centroamérica* (Guatemala) y solamente en Perú tiene un nombre algo distinto (se llama *El Peruano*).

¿Quién lee los edictos?

Estados Unidos Mexicanos.- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.- México.- Juzgado Décimo Segundo de lo Civil” (o bien reza que está ilegible).

Debo agregar, en justicia, que la gran mayoría de los periódicos oficiales en México tienen a la fecha publicaciones virtuales, como en los casos de Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas,¹⁰ es decir, 28 de un total de 32 entidades. Campeche efectivamente tiene su sitio, pero solamente contiene las pestañas, algunos pocos *links* y sólo dos servicios activos (venta y publicación), que efectivamente tienen acceso. No pude consultar los textos ni ningún otro servicio en línea.¹¹

Ahora bien, de estas 28 entidades que tienen periódico virtual, nueve sitios no tuvieron el acceso disponible. Son los de Coahuila, Chiapas, Durango, Hidalgo, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo y Tabasco. En otros dos (Aguascalientes y Tamaulipas) es necesario el registro previo y en algunos, por último, el acceso a la información es lento, o bien, cuando se da *click* en los enlaces (*links*), se muestra la información con alguna leyenda que impide el acceso (“página en construcción”, “no disponible por el momento”, “error en enlace”, “[es necesario] registrarse”). En otros sitios la portada efectivamente muestra el índice o contenido, pero no se tiene acceso al texto completo. Otros más aparecen desactualizados, como el *Boletín Oficial del Estado de Sonora*, cuya última actualización se remite a junio de 2007.

Algunos tienen llamativas portadas a colores con novedosos diseños; otros todavía ostentan presentaciones sumamente conservadoras. En buena parte, incluso el propio formato electrónico se reduce a copiar íntegramente y sin modificación alguna lo que aparece en el formato original en soporte papel. Entonces el editor se ve obligado a aclarar, como en el caso del *Diario Oficial de Michoacán*, que se trata de una “copia sin valor”. Hay algunos intentos de mejora. Por ejemplo, el *Periódico Oficial de Coahuila* (virtual) dice que ha certificado sus procesos de edición, publicación y distribución bajo la norma ISO 9004-2000, con la empresa “TUV América”.

De todas formas, aun en el formato papel puede lograrse mucho. Un ejemplo de ello está en la *legal notice* que acostumbra darse en las denominadas *list class*

¹⁰ Por ejemplo, en: www.e-local.gob.mx/wb2/ELOCAL/ELOC_Gacetas_Periodicos_o_Diarios_Oficiales_de_los (29 de marzo de 2007).

¹¹ En: www.portal.camp.gob.mx/C10/C7/DirecciondelPeriodicoOficial/default.aspx (5 de septiembre de 2008).

action (una acción donde muchas personas demandan un asunto similar), pues el número de involucrados puede ser tan grande –por ejemplo las personas que compraron un boleto aéreo con *British Airways*, o las víctimas de congelación de fondos en bancos suizos durante la Segunda Guerra Mundial, o quienes compraron ciertos “suplementos vitamínicos” desde 1990 hasta 1999– que es mejor hacer una publicación en *Newsweek* o *Time* y proporcionar teléfonos gratuitos (*toll-free*) o páginas *web* (www.listclassaction.com y www.airpassengerrefund.com), de modo que la comunicación puede hacerse expedita, aun para las notificaciones en otro idioma.¹²

México tiene ya una versión electrónica del *Diario Oficial de la Federación*. Se llama *Diario Oficial Digital* y hay traducción al inglés (*Google*). Se puede consultar el índice del día corriente en forma gratuita. También puede haber consulta histórica (en índices desde 1917, y en textos completos desde 1994), ya sea en línea o por correo electrónico (siempre y cuando uno se encuentre inscrito). Este *Diario Oficial Digital* tiene enlaces a las gacetas estatales y municipales e incluso a los diarios oficiales de todo el continente, con un total de 37 países. La versión presenta un diseño más atractivo, con logos, emblemas y escudos de las instituciones patrocinadoras en el margen izquierdo y con íconos para facilitar el acceso a los diversos vínculos de la página.

Otros periódicos como el *Diario de Centroamérica* (el cual se ostenta como “Decano de la Prensa Centroamericana y Órgano Oficial de la República de Guatemala”) tienen incluso fotografías a todo color de eventos relevantes en un formato noticioso, y aun predicciones del clima e información del tipo de cambio en los cinco países centroamericanos. Como las útiles cintillas de los periódicos en papel, dispone de enlaces muy convenientes para secciones históricas, catálogo de servicios, novedades, banco de datos, instructivos, eventos, y aun proveedores de servicios, tarifas de precios, etc. De todas formas, el lenguaje en que se redactan estos edictos sigue siendo el mismo lenguaje técnico y oscuro de la actividad forense.

En unos pocos casos la información está protegida, como en los diarios oficiales de Uruguay y Chile, los cuales exigen registro mediando tarifa oficial. En gran parte de ellos los archivos se encuentran publicados en formato “PDF”, “Word” o “note book” (de excelente resolución), y muestran los datos que caracterizan el lugar de publicación, lo cual hace expedito el acceso.

Tengo todavía una consideración más que añadir. Con frecuencia, la publicación de edictos suele incrementar considerablemente el costo de los

¹² *Newsweek*, junio-julio 2008.

¿Quién lee los edictos?

procesos y trámites judiciales, no sólo por el número de palabras de que eventualmente se componga el aviso, sino también por la necesidad de viajar a la capital del Estado o a la corresponsalía del periódico. Publicar un edicto muy breve en un diario provincial tan modesto como *El Sol de Orizaba*, perteneciente a la cadena de la Organización Editorial Mexicana (OEM), cuesta unos 45 USD; en la *Gaceta Oficial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, mediando tarifa oficial, entre 27 y 45 USD, todo lo cual debe multiplicarse por dos o tres veces, según la periodicidad requerida, más los gastos de transporte y viáticos (ocho horas de viaje en autobús, ida y vuelta a la capital provincial, Xalapa), el día perdido en el trabajo y la espera forzosa a que haya espacio en el diario –sobre todo si es época de elecciones–.

Los edictos parecen venir de un mundo lejano que no tiene nada que ver con la vida del ciudadano ordinario. Su letra pequeña y la jerigonza legal no suscitan el menor interés en el lector. Ello mismo hace inútil la reiterada prevención legal de que se publiquen repetidas veces (“por tres veces de tres en tres días” o “tres veces dentro de nueve días”), así como la necesidad de su publicación, por duplicado, en un boletín judicial o periódico oficial que pocos han visto en su vida.

Sin embargo, nuestras leyes continúan exigiendo implacablemente la publicación de edictos en todo asunto que requiera noticia general a los interesados (incluso, algunas leyes de derecho uniforme internacional prescriben la publicación de sentencias enteras, o al menos de sus resolutivos, en diarios oficiales y comerciales). ¿Se justificará todo ello en estos tiempos de la mal llamada “globalización” del siglo XXI? Ya se anunciaba desde mucho antes, pero la aparición de las modernas tecnologías de comunicación informáticas han vuelto definitivamente obsoletas estas preciosas reliquias del Medievo.

Artículos

Los partidos políticos en México y la reforma constitucional electoral 2007

Petra Armenta Ramírez*

RESUMEN: El análisis se centra en divulgar las características principales del proceso de reforma constitucional electoral, publicadas el 13 de noviembre de 2007 en México.

Palabras claves: democracia, partidos políticos y reforma constitucional.

ABSTRACT: The analysis concentrates in disclosing the main characteristics of the electoral constitutional reform process, published on November 13th 2007 in Mexico.

Key words: democracy, political parties and constitutionalist reforms.

SUMARIO: Introducción. 1. Los partidos políticos en el sistema electoral. 2. La reforma constitucional electoral 2007. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Entre nosotros ya parece un lugar común decir que la vida política del país se caracteriza por su dinamismo. Eso es así porque el proceso de cambio político lleva ya un buen tiempo instalado sin haber podido aún concluir su ciclo. Puede decirse que estamos viviendo la era de la reforma política, la cual, si bien ha tenido como puntual el aspecto electoral, se ha proyectado también hacia el conjunto de instituciones del sistema político. Los partidos y la cultura política se han ido transformando en una ruta que ha permitido darle otra fisonomía a los asuntos públicos.

La historia de las reformas constitucionales y legales en el contexto mexicano, aun antes de su independencia, ha tenido normas y procesos electorales, previstos, regulados y sancionados por el derecho, pero difícilmente podríamos afirmar que siempre ha tenido democracia o que siempre ha sido un Estado de derecho.

* Doctora en Derecho. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

En efecto, el derecho electoral, como otros ámbitos del derecho, eran diseñados, propuestos, aprobados, promulgado y aplicado por el partido oficial que, en un primer momento no tenían competidores reales. Unas cuantas normas sobre soberanía popular, representatividad, partidos políticos, ciudadanía, votaciones y reparto de curules eran suficientes para legalizar la designación de presidentes y legisladores nacionales. EL partido oficial era el interlocutor de los temas relacionados con el acceso y el ejercicio del poder.

Hoy, día los partidos políticos cuentan un espacio de presión y negociación que evitan la decisión unilateral y arbitraria que antaño daba vida y acción al derecho electoral.

Las reformas han respondido a muy diversas circunstancias. No obstante es indudable que las leyes electorales son uno de los indicadores más evidentes de la evolución de la sociedad mexicana.

El análisis de estas líneas tiene como objetivo en listar y divulgar las características principales del proceso de reforma constitucional electoral, publicadas el 13 de noviembre de 2007 como también señalar las que se encuentran pendientes de regulación. Queda claro, así, que este trabajo no pretende agotar el tema, sino contribuir al debate y a la reflexión sobre los progresos registrados.

Si aspiramos al equilibrio democrático y de justicia política por el que se ha luchado, se tiene que arribar a una nueva legislación que impida el cacicazgo local, controlando la legalidad de los procesos electorales locales y lo que es muy importante la inoperancia fáctica del derecho electoral bajo un contexto de presión y arreglos políticos.

1. Los partidos políticos en el sistema electoral

Los partidos políticos han sido objeto de numerosos estudios tanto jurídicos como sociológicos y no hay un pleno acuerdo en cuáles son sus características definitorias. No obstante, todos coinciden en que los partidos son asociaciones, jurídicas o de hecho, que tienen una cierta estabilidad o permanencia, cuyos miembros están ligados por la creencia en unas mismas ideas y unos mismos fines, y que para su realización persiguen alcanzar el poder público. Sin duda éste último objetivo es la nota más definitoria de un partido político y lo que lo distingue de las demás asociaciones.

El estado moderno ha presenciado el surgimiento de los partidos políticos como un importantísimo componente de los órganos del poder.¹ Intermediarios entre el elector y el elegido, los partidos tienen su propia inercia y su íntima mecánica de decisiones.

Los partidos fueron el punto de arribo de las sociedades, después de siglos de lucha por el poder sin más regla que la del predominio del más fuerte. También el caso de los partidos triunfa el más fuerte, pero se fortalece si se ejerce a través de normas aceptadas por la comunidad, en cuya elaboración intervienen órganos representativos.

Los efectos del triunfo también están regulados y caracterizan al Estado de derecho. En esta medida los partidos habrían sido impensables sin el constitucionalismo moderno, y a su vez éste habría resultado inoperante sino hubieran aparecido los partidos políticos. En el primer caso porque el constitucionalismo definió la integración y atribuciones de los órganos del poder; en el segundo, porque habría sido contradictorio que la lucha por integrar esos órganos quedase sujeta al arbitrio de los agentes políticos. La aparición de los partidos permitió superar la práctica aniquiladora de la contención política sin normas.

El pluralismo ha empezado a ser una realidad social, política y cultural que garantiza la coexistencia de opiniones diversas y divergentes. La incertidumbre democrática ha ganado más terreno, y ya no existen triunfos seguros para ningún candidato o partido. La competencia política y la alternancia de partidos en los diversos órdenes del poder, a su vez, está forzando a todos los actores a asumir actitudes políticas responsables.

Lo que caracteriza la vida política del país en nuestros días ha estado determinado por el reconocimiento constitucional de los partidos políticos como entidades de interés público, afines de los años setenta. Una vez convertidos en parte del sistema institucional, correspondió a los partidos la tarea de luchar por ganar el respaldo de los ciudadanos,² lo que ha conllevado serios retos y dificultades.

Los retos han tenido que ver con el hecho de que hasta hace unos años los partidos no eran los verdaderos actores de la política ni los ciudadanos podían decidir quién los gobernaría. Las dificultades han estado ligadas a lo anterior, en el

¹ Cfr. OROZCO ENRÍQUEZ, José de Jesús et al., *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, ZOVATO, Daniel (Coord.), Ed. UNAM/IDEA, México, 2006, p. 579.

² DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, Ed. UNAM/IIJ, México, 2006, p. 207.

sentido de que la ausencia de competencia política hacia de los partidos maquinarias impotentes y de los procesos electorales un ritual carente de significación.

Resultado de las elecciones de 1997, el modelo político es sustancialmente diferente. No es exagerado afirmar que el motor de la vida política es la competencia entre los partidos. El desarrollo de los gobiernos compartidos o divididos y la alternancia de partidos en el poder dos de los signos políticos distintivos de los tiempos corren en los estados y en el DF han derivado del comportamiento electoral adoptado por los ciudadanos ante las promesas incumplidas y ante la ineficaz gestión de los gobiernos. Eso habla también de los nuevos rasgos de la cultura política, de acuerdo con los cuales no hay alineamientos incondicionales ni compromisos inmutables. Los ciudadanos han ido descubriendo la importancia decisiva de los procesos electorales y la utilidad estratégica de su voto.

Aunque no estamos dentro de la deseable normatividad democrática, los avances han sido sustanciales. Cada vez tenemos en México una ciudadanía exigente y vigilante, que quiere partidos responsables, políticos honestos y gobiernos que respondan. Eso ha sido el motor de la nacionalización de las elecciones locales. En ese sentido lo local, es cada vez más nacional.

Es importante tener en consideración que si bien el presente análisis versa sobre la regulación en el ámbito federal, algunas de las consideraciones también van a lo local, toda vez que: si bien cada entidad federativa, el Distrito Federal y la propia Federación, están sujetos regímenes electorales propios, todos éstos ámbitos comparten principios rectores que provienen de la constitución federal, y porque una tendencia del derecho electoral mexicano consiste en que buena parte de las leyes electorales locales reproducen los esquemas y directrices contenidos en la ley electoral federal.

Mucho se ha debatido acerca de la actuación de los partidos en el sistema democrático. Se ha dicho que desnaturalizan la idea de representación, la enumeración de las deformaciones en las conductas de los partidos se han apuntado: manipulación del electorado, formación y consolidación de elites dominantes por el reparto de candidaturas o por la adjudicación de cargos directivos, formación y consolidación de burocracias que viven de los recursos financieros del partido, negociación entre dirigentes partidistas para repartir el poder de una manera distinta y a veces hasta opuesta a la decisión popular, modificación de la tesis doctrinarias según el talante del líder o los imperativos de

la función gobernante, si se trata de un partido en el gobierno, ocultamiento de las fuentes de financiamiento.

Todo lo anterior forma parte de un amplio catálogo de problemas identificados en la vida de los partidos en una democracia competitiva. Por ello la dinámica de los partidos tiene que ajustarse a los términos de un sistema constitucional democrático, que redefinan su papel en el sistema. En esta medida, las normas de interacción tienen que descansar en acuerdos cooperativos y voluntad política para cumplirlos. Como consecuencia de la naturaleza constitucional de los partidos, éstos no tienen otra posibilidad racional que participar en los acuerdos, indispensables para el funcionamiento y la actualización del sistema constitucional, se corrobora que el conjunto de valores morales que los partidos aplican en sus relaciones entre sí, con las autoridades y con la ciudadanía, confirma el carácter de instituciones de interés público que las constituciones le suelen atribuir.

Del comportamiento de los partidos dependerá, por tanto, la vigencia del sistema representativo, la mayor autonomía posible del ciudadano para elegir, el equilibrio funcional entre los órganos de poder, el grado de participación de la ciudadanía en las decisiones del Estado, el encauzamiento institucional de las presiones políticas, la estabilidad de las instituciones, la funcionalidad y eficiencia del sistema normativo.

Sólo en la medida que cumplan, actuarán conforme a una moral pública que permita beneficios comunes para ellos y generales para el Estado. Con toda razón se ha dicho que si bien la democracia no puede vivir sin partidos organizados, puede morir por la acción de los partidos. Por eso, porque las agrupaciones políticas pueden llegar a ser la vida y la muerte de la democracia, es que nadie discute hoy la necesidad de su reglamentación.

Lo que se trata, en definitiva, es del efectivo fortalecimiento de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático. No por difícil la tarea dejará de ser asumida. Cito a Sartori³ en su libro: *Ingeniería constitucional comparada*, cuando se refiere a lo difícil de la política: “La administración de la política era mucho más fácil hace un siglo. La creciente dificultad de la política se debe a varias razones. Sin embargo, las semillas de la política difícil son igualmente tecnológicas y tienen mucho que ver con la videodemocracia. En el

³ Cfr. GIOVANNI, Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, p. 89. véase ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia. Corte suprema, democracia y gobierno en Argentina y México*, Ed. Fontamara-FLACSO, México, 2007, p. 43.

ínterin nos enfrentamos a procesos degenerativos, en especial al aumento de la corrupción de la política, que corrompe a la propia política”.

Para hacer funcionar una democracia, que es por naturaleza un sistema político altamente competitivo, se requiere la acción convergente de instituciones públicas, partidos políticos y ciudadanos. La experiencia que vive México tiene pocas diferencias con la acumulada por otros países.

La evolución de nuestra vida electoral es conocida, y de manera general puede decirse que los tramos más significativos del cambio se comenzaron a producir con la reforma de 1977, sin que con esta afirmación se desestime la profunda importancia que en su momento tuvieron las reformas de 1953, que le dio el voto a la mujer, y de 1963, que estableció los diputados de partidos.

El período de casi veinte años que comprende de 1977 a 1996⁴ enmarca la transformación paulatina del sistema electoral mexicano y, por ende, de la democratización del país.

En un estado democrático, la legitimación del poder nace de las urnas, de la voluntad manifestada en los procesos electorales por los ciudadanos, y por tanto, la ley electoral no es una ley de carácter puramente administrativo, ya que es, junto con la Constitución, la pieza maestra del sistema político constitucional.

La reforma constitucional en materia electoral aprobada por el Congreso de la Unión durante el mes de noviembre del año pasado,⁵ presenta características relevantes, la reciente reforma tiene que ver con el proceso a partir del cual se concreto. A diferencia de las anteriores, ésta fue promovida desde el ámbito de competencia del Poder Legislativo, debe tomarse en cuenta que en diversas materias los partidos políticos pasaron de ser sujetos, en las reformas electorales precedentes a objeto de trascendentes modificaciones en el marco constitucional.

2. La reforma constitucional electoral 2007

Una de las características del desarrollo del sistema democrático en México ha sido la transformación y creación de diversas instituciones políticas, se han observado cambios significativos en las preferencias electorales de la ciudadanía.

⁴ ACKERMAN, John M, *Organismos autónomos y democracia*, 2ª ed., Ed. UNAM/IJ-Siglo Veintiuno Editores, México, 2007, p. 45.

⁵ Diario Oficial de la Federación 13 de noviembre de 2007

El avance del pluralismo en la sociedad sentó las bases del fortalecimiento electoral de los partidos políticos. Las elecciones determinan la transparencia y legalidad del proceso, en las pasadas elecciones federales de 2006 se fueron presentando nuevos problemas y retos, que puso en duda la legalidad y legitimidad de los resultados electorales.

El desarrollo de las elecciones precisa de una organización que vele por el cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico para cada una de las fases del proceso electoral.⁶ La realización del principio democrático depende en gran medida de la existencia de una buena y agilidad objetiva de la administración electoral, al extremo de constituirse en una de las piezas claves del Estado democrático, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde una perspectiva política. La legitimación del sistema constitucional establecido está condicionada en gran parte por la estructura y funcionamiento de la administración electoral. Conforme al artículo 41 constitucional,⁷ “la organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los Partidos Políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. En el ejercicio de esa función estatal, la certeza, la legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán los principios rectores”.

Estos avances en la legislación electoral nos permiten nuevas metas en la permanente tarea de lograr su perfeccionamiento. Esencialmente la reforma de 2007 se centró: el régimen de partidos políticos en México; la reducción del tiempo y del financiamiento en campañas electorales y las condiciones para difundirlas en los medios de comunicación electrónica, como también el fortalecimiento a las autoridades electorales.

El propósito central de la misma, es dar paso a innovar el marco electoral y la relación de los partidos políticos, la sociedad y los medios de comunicación, especialmente la radio y la televisión.

Las líneas a continuación son sólo una aproximación general a la reflexión de la reforma constitucional de 2007,⁸ y que conlleva los siguientes avances: reducción

⁶ NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídica en materia electoral*, Ed. UNAM, México, 2003, p.30.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸ CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “La reforma electoral y el cambio político en México” en *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, Ed. UNAM/IDEA, México, 2008, p. 653.

en los montos de financiamiento público que reciben los partidos. Se plantea que en los años de las elecciones se entregará a los partidos, no ya un tanto adicional al financiamiento ordinario, como venía ocurriendo hasta ahora, sino solamente 50% de ese financiamiento cuando se trate de elecciones presidenciales y de sólo 30% en las elecciones intermedias, cuando se elige sólo a diputados.

También se reduce la duración de las campañas de manera importante, fijando las campañas presidenciales en 90 días (frente a más de 160 que duraban en el pasado), y las de diputados en 60 días (cuando duraban más de 70). En ese mismo sentido, se reconoce constitucionalmente la figura de las precampañas y se acota su duración a un máximo de dos terceras partes del tiempo de las campañas.

Se prohíbe la compra de publicidad electoral en medios electrónicos y se establece que el acceso de los partidos a éstos será a través de los tiempos del estado, mismo que será administrado por el IFE, se impide la publicidad gubernamental durante las campañas y se establece el carácter institucional de dicha propaganda, impidiendo la personalización de la misma.

Se fortalecen las atribuciones del IFE en materia de fiscalización, al prever desde la Constitución la eliminación del secreto bancario, fiduciario y fiscal para el órgano del instituto de realizar esa tarea, como en materia de acceso a medios, al considerársele como la autoridad encargada de vigilar el cumplimiento de las reglas, y en su caso sancionar las violaciones que se cometan.

Se fortalece el tribunal al establecer la permanencia de las salas regionales, además se le reconoce la capacidad al tribunal de revisar la constitucionalidad de las leyes electorales, pudiendo dejar de aplicarlas en caso de que contraríen los principios de la Constitución.

Se establece desde la Carta Magna la susceptibilidad que tiene toda elección de ser anulada si se actualizan las causas específicas que deberán desarrollarse en la ley, con lo que, en los hechos, se anula la figura de la llamada causa abstracta de nulidad.

Se establece que las elecciones en las entidades federativas deberán realizarse en una única fecha cada año: el primer domingo del mes de julio, además de que se homologa la duración de las campañas y las precampañas en los procesos electorales locales. De esta manera, se concreta en un período de pocos meses al año la tensión y confrontación política que con el actual calendario electoral es prácticamente permanente.

Se trata, en suma, de una reforma que si bien adolece algunos faltantes (como al IFE de interponer controversias constitucionales), el control de la vida interna de los partidos, viene a subsanar algunas deficiencias que venía arrastrando el derecho electoral en México. Restan, empero, algunos desafíos. La democracia está pendiente de consolidación, y esto depende en buena medida de la adopción de nuevas decisiones que están directamente vinculadas con el sistema electoral.

Conclusión

En tal contexto, la reforma de 2007, vía el incremento de facultades al IFE, abrió una brecha entre el tamaño y la dificultad de las tareas por realizar y los recursos organizativos, procedimentales y humanos con los que actualmente cuenta. La complejidad dibuja los contornos de los retos que hay que asumir en materia de implementación. Con la diferencia de que, en rigor, ahora dicha brecha ha de ser resuelta en congruencia con los criterios históricos de la gestión electoral: eficacia, eficiencia, transparencia y calidad.

En este sentido, desde mi perspectiva son necesario seguir incorporando reformas que permitan: la democracia interna de los partidos políticos, la regulación de los partidos propende a incorporar normas que garanticen su probidad pública, ley de partidos políticos, reglas más precisas en cuanto a la organización y funcionamiento de los órganos intrapartidarios, mecanismos de protección, a efecto de dar mayor certeza a los ciudadanos sobre sus derechos político-electoral.

La vida de las instituciones no supone la cancelación de los liderazgos, pero sí reclama que su funcionamiento no quede a expensas de decisiones estrictamente personales. El equilibrio es una condición indispensable para una adecuada organización y funcionamiento de los instrumentos políticos con que la sociedad cuenta. Los partidos políticos nacional y local tienen la responsabilidad de generar las condiciones que permitan su consolidación.

Desde luego, lo que aquí se ha planteado es apenas una parte de los muchos cambios que requiere el sistema constitucional mexicano. Como todo orden normativo, siempre necesitará ajustes que lo hagan permanentemente funcional. Mantenerlo inmutable es transformar los aciertos previos en problemas futuros.

Resulta invidente que una condición indispensable para que los órganos electorales puedan cumplir con sus funciones, es la diferenciación y la autonomía efectiva del sistema jurídico respecto del sistema político. La existencia de una Constitución que sea efectiva y no un trozo de papel, exige la exclusión de la

corrupción y el terror como instrumentos de la política, así como una relativa inmunidad frente a las presiones políticas y económicas encaminadas a falsear o a distorsionar las operaciones internas del sistema jurídico y su clausura operativa.

El tema de la independencia, todavía es insuficiente, así como el constante acoso político, son un indicio evidente de que el poder político y económico todavía es capaz de distorsionar e interrumpir la dinámica de la intervención en las cuestiones jurídico-constitucional.

La consolidación democrática⁹ no sólo depende de factores políticos sino de vínculos y articulaciones recíprocos con los ciudadanos, de modo que la vida política y jurídica sea más rica y acorde con las crecientes necesidades de una sociedad cada vez más democrática.

⁹ Véase *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

Bibliografía

- ACKERMAN, John M., *Organismos autónomos y democracia*, 2ª ed., Ed. UNAM/IIJ-Siglo Veintiuno Editores, México, 2007.
- ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia. Corte suprema, democracia y gobierno en Argentina y México*, Ed. Fontamara-FLACSO, México, 2007.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, "La reforma electoral y el cambio político en México", *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, Ed. UNAM/IDEA, México, 2008.
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, Ed. UNAM/IIJ, México, 2006.
- Diario Oficial de la Federación 13 de noviembre de 2007.
- GIOVANNI, Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídica en materia electoral*, Ed. UNAM, México, 2003.
- OROZCO ENRÍQUEZ, José de Jesús et al. *Regulación jurídica de los partidos políticos en ZOVARO*, Daniel (Coord.) *América Latina*, Ed. UNAM/IDEA, México, 2006.
- Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

Comentarios a la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública

Alejandro de la Fuente Alonso*

RESUMEN: *Se agota el plazo para llevar a cabo la reforma del estado, sin embargo, son muchas las discusiones que se llevan en el ámbito legislativo para resolver las diferencias en los enfoques para hacer frente a los retos que el estado mexicano impone. La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública esta sujeta a diversos análisis y cuestionamientos, si bien es cierto, parece ya inminente su aprobación, es necesario efectuar comentarios sobre los alcances y las probables incongruencias en que puede incurrir nuestro texto fundamental.*

Palabras Clave: *Reforma Constitucional, justicia penal, seguridad pública.*

ABSTRACT: *The term is ending to carry out the reform of the state, nevertheless, there are great discussions in the legislative area to resolve the biggest differences in the approaches to the challenges that the Mexican State imposes. The constitutional reform for penal justice and public safety is tied to diverse analyses and questions, though it is true, approval seems to be already imminent, it is necessary to carry out commentaries on the scopes and the probable incongruities on which our fundamental text can incur.*

Key Words: *Constitutional reform, penal justice, public safety.*

SUMARIO: Introducción. 2. Reforma Propuesta. 3. Aspectos generales. 4. Dictamen final. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Resulta de una importancia trascendental para el rumbo de nuestro país, la reforma constitucional que en materia de justicia penal y seguridad pública se llevará a cabo en fechas próximas, los artículos afectados con esta reforma constitucional son: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123.

* Doctor en derecho. SNI nivel 1. Investigador del Colegio de Veracruz.

No se puede omitir señalar que diversos legisladores en forma individual, pero representando a sus partidos políticos, habían propuesto reformas a los mencionados artículos constitucionales, pero fueron retomados estos textos hasta que en marzo del 2007 el presidente de la república, Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, remitió a la Cámara de diputados iniciativa de reforma constitucional, con lo que se reconoce expresamente, por parte de quien ejerce el poder, la necesidad de su transformación para incrementar su eficiencia.

En este caso lo que se pretende es modificar nuestro sistema penal estimado como inquisitorio por uno acusatorio, para lo cual se efectúan adiciones al texto constitucional para que queden expresamente sus principios plasmados en forma indudable, así como se pretende fortalecer el sistema de juicio oral a fin de otorgar un mayor nivel de justicia a los gobernados, lo anterior de la mano con una serie de determinaciones como fortalecer la defensa eliminando la figura de la persona de confianza, de la mano con otras medidas relacionadas con el ejercicio de la acción penal y el combate a la delincuencia organizada, lo cual fortalece al Estado mexicano y que será motivo de análisis líneas adelante.

2. Reforma propuesta

La reforma propuesta y que fue hecha llegar a la cámara de senadores por los diputados era en el siguiente sentido:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar en arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquella que por ley tenga carácter reservado o confidencial, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito.⁵

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del ministerio público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista información o conocimiento de una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculcado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y ministerio público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes.

Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del ministerio público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. En sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

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

Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

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

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

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrán efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos, lo anterior podrán aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

En ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a Petición del indiciado, en la forma que señale la ley. Prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclamen en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente.

La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta

Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculcado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad.

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada.

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, en cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio oral o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso; El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder el tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este

término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la

Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos:

cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El ministerio público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas las personas que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos;

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Artículo 21. la investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor de los reglamentos gubernativos y de policía fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa que se imponga por infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El ministerio público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

- a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.
- b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.
- c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.
- d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.
- e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuesto, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito.

Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad

judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal.

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

- a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
- b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y en acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y sus actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I a XX. ...

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

XXII. ...

XXIII. Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.

XXIV. a XXX. ...

Artículo 115. Los Estados adoptarán ...

I a VI. ...

VII. La policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado. Aquella acatará las órdenes que el Gobernador del Estado le transmita en aquellos casos que éste juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público.

...

VIII. ...

Artículo 123. Toda persona tiene el derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverá la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

Apartado A. ...

Apartado B. ...

I a XII. ...

XIII. Los militares, marinos, persona del servicio exterior, agentes del ministerio público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

Los agentes del ministerio público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviera que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

Las autoridades del orden federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del ministerio público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos

similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.

XIII bis. A XIV. ...¹

Como se desprende del texto transcrito, existen diversas modificaciones al sistema constitucional establecido, entre ellas las siguientes:

1. Desaparición del concepto de cuerpo del delito;
2. Definición de delincuencia organizada;
3. Constitucionalización del arraigo;
4. Facultades para el Ministerio Público para acceder a información clasificada como confidencial cuando este relacionada con la investigación de un delito;
5. Facultad para la policía para ingresar a domicilios sin autorización judicial;
6. Introducción de jueces de control para el poder judicial;
7. Implementación de los medios alternativos de solución de controversias;
8. Eliminación del concepto de readaptación social;
9. Sustitución del auto de formal prisión por el de vinculación a proceso;
10. Introducción del sistema penal acusatorio y oral;
11. Introducción textual del principio de presunción de inocencia;
- 12.- Autorización para que la víctima u ofendido del delito participe en el proceso;
- 13.-Protección de datos personales de víctimas de delito;
- 14.- Criterio de oportunidad para el ejercicio de la acción penal;
- 15.- Profesionalización de la policía;
- 16.- Facultad federal para legislar y regular el funcionamiento policial; y
- 17.- Inclusión de los peritos como individuos sujetos a legislación laboral especializada.

Aspectos que serán desarrollados a continuación.

3. Aspectos generales

Cabe hacer mención que varios de los puntos ya señalados pueden ser considerados, y así han sido denunciados por políticos e intelectuales como un fraude a la ley, y en este caso a la constitución, debemos recordar que “cuando el fraude se realiza en relación con la Ley, el engaño o inexactitud derivan de que hay

¹ Minuta, proyecto de decreto, por el que se forman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, remitida por la Cámara de Diputados a la Cámara de Senadores el 12 de diciembre de 2007.

una actitud consciente que en el sujeto se forja de evadir la obligatoriedad de la ley con producción de una afectación a quien puede derivar derechos de la ley eludida”,² por tanto cuando tenemos la interpretación de nuestro más alto tribunal el sentido de que :

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVII, Enero de 2008

Página: 2756

Tesis: I.9o.P.69 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 172/2007. 15 de noviembre de 2007. Unanimidad de votos.

Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: Daniel Guzmán Aguado³

Por tanto, al momento en que se constitucionaliza el arraigo para evitar el criterio de la Corte, estamos realizando por parte del estado y las fuerzas políticas mayoritarias una reforma a modo, a fin de mantener las costumbres oficiales y dar vuelta al cumplimiento de las garantías constitucionales vigentes: por otro lado, resulta innecesario colocar expresamente en el texto fundamental lo que implícitamente ya se encontraba protegido como se aprecia en esto:

² ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. Porrúa- UNAM, México D.F., 2000.

³ www.scjn.gob.mx

Localización:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXV, Mayo de 2007

Página: 1186

Tesis: 2a. XXXV/2007

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

Amparo en revisión 89/2007. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Marat Paredes Montiel.

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Enero de 2006

Página: 2326

Tesis: I.7o.P.75 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SI CARECE DE LAS EXIGENCIAS DE FONDO Y FORMA, EN ARAS DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y AL ARTÍCULO 19, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DEBE CONCEDERSE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL LISA Y LLANA.

Si bien es cierto que en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, por regla general, las cuestiones de forma son de estudio preferente a las de fondo, también lo es que ello no ocurre cuando el acto reclamado es un auto de formal prisión, que no cumple con las exigencias formales como son el expresar correctamente el delito imputado al indiciado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, en el que tampoco se satisfacen las cuestiones de fondo, tales como que los datos que conforman la causa penal de la cual emana el acto sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado. En este supuesto, la sentencia que se dicte no debe ser para conceder la protección constitucional por falta

de fundamentación y motivación, ya que resultaría ocioso y contrario al artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues sólo retrasaría la administración de justicia con serios perjuicios para el indiciado privado de su libertad, por lo que en aras del respeto al principio de presunción de inocencia y al numeral 19, párrafo primero, constitucional, debe concederse el amparo liso y llano por insuficiencia de pruebas en esta etapa procesal y no para que la autoridad judicial subsane las violaciones formales.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1517/2005. 8 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Aureliano Pérez Telles.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, Precedentes Relevantes, página 1829, tesis 3814, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN QUE CONTIENE VIOLACIONES DE FORMA Y FONDO. LA SENTENCIA QUE CONCEDE EL AMPARO POR EL SEGUNDO ASPECTO RESULTA CONFORME A DERECHO"; Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXVI, página 786, tesis de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, AMPARO CONTRA" y Tomo LXIII, página 2061, tesis de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN EL AMPARO CONTRA EL, DEBE DARSE PREFERENCIA A LAS VIOLACIONES DE FONDO."⁴

De tal forma, diversas de las reformas propuestas se ubican en el campo de la incongruencia constitucional, ya que por un lado se trata de fortalecer la defensa de los ciudadanos y por otra se crea un régimen de excepción con una definición de delincuencia organizada y se crean figuras que afectan la esfera jurídica de los gobernados, los cuales resiente acciones de poder sin ser oídos y vencidos mediante un juicio justo y hablo de la pérdida de la libertad personal o del patrimonio, a través de la figura de extinción de dominio, o de la vinculación a proceso por simples indicios.

Aspectos que dieron lugar a gran discusión en diversos foros del espacio público y que dieron lugar a un análisis detallado por parte de los senadores de la república, los cuales emitieron el dictamen final.

4. Dictamen final

Derivado de las diluciones sobre esta reforma, la cámara de senadores de inmediato elimino un par de párrafos a la propuesta hecha, ya que eran los que más conflicto social causaban y estos fueron:

En los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la

⁴ www.scjn.gob.mx

documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquélla que por ley tenga carácter reservado o confidencial, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito y la policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista información o conocimiento de una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculcado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente.

Sin embargo, pasaron como bueno el resto que tiene aun ciertas observaciones, entre las más importantes las siguientes:

El término flagrancia jurídicamente se encuentra definido, por lo que su sustitución para casuísticamente señalar que se puede detener a una persona en el momento que este cometiendo el delito o inmediatamente después de haberlo cometido, queda en un asunto subjetivo que tendrá que ser objeto de aclaración por nuestro más alto tribunal.

No es contrario a la doctrina entender que un texto constitucional está integrado por normas y principios, pero en este caso también agregaremos definiciones, que por técnica legislativa corresponde a la legislación secundaria, por tanto delincuencia organizada debe estar definida en la ley especializada.

Hablar de órdenes de cateo que ya no necesiten ser emitidas por escrito, sino que solo sean autorizadas por el juez y solicitadas por el ministerio público aumente en perjuicio de la certidumbre jurídica de los gobernados, la discrecionalidad de los actos de la autoridad.

Cambios semánticos que no modifican conceptos como el de readaptación social por reinserción social o el de reo por el de sentenciado o pena corporal por privativa de libertad, que en nada benefician las garantías de los mexicanos, o la desaparición del jurado popular ya en desuso.

Ya no encontramos en el texto constitucional el término para la declaración preparatoria, es decir, si pensamos en reducción de términos, el de la declaración preparatoria desaparece, además se le otorga a los particulares la posibilidad del ejercicio de la acción penal, con lo que se rompe el monopolio de ésta por parte del Ministerio Público.

Se sujeta a una regulación especial el desempeño de los peritos, aun y cuando éstos tienen una actividad que no puede comprender en estricto sentido como una función de estado, sino que son auxiliares de la justicia.

Conclusiones

Como se desprende del apartado anterior, existen diversas propuestas de modificación al texto constitucional que se estiman benéficas, como es el profesionalizar la defensa en materia penal, aumentar la intervención judicial especializada en los procesos penales y establecer un esfuerzo legal conjunto, a fin de coordinar el esfuerzo estatal en el combate a las conductas primigenias transnacionales.

Sin embargo, como ya se ha señalado, existe incongruencia en el esfuerzo, cuando al mismo tiempo que reconoce expresamente a la población su presunción de inocencia, concede mayor discrecionalidad a la autoridad para hacer frente a los problemas de seguridad que enfrenta como es permitir al arraigo y que se emita un auto de vinculación a proceso por que existan indicios de la existencia de un delito y la probable responsabilidad.

Lo anterior, sin entrar al análisis de que el sistema de amplia subjetividad y discrecionalidad plasmados desde un principio de oportunidad, hasta la valoración de las pruebas en juicio oral puede hacer que los índices de corrupción se incrementen en perjuicio del fin último de la justicia.

Adicionalmente, no podemos dejar de señalar que al implementarse los medios alternativos de solución de controversias, pareciera que el juicio oral será la excepción y al igual que en el sistema de los Estados Unidos de América, tendremos dentro de poco especialistas en negociación, más que en litigio.

Una de las grandes críticas que se mantienen al proyecto final y que ha sido soslayado por las legislaturas de las entidades federativas es el hecho de que existen procedimientos que afectan la esfera jurídica de los gobernados en los que el Estado actúa en contra de su patrimonio sin haberlo oído y vencido en juicio, lo que si es un verdadero dilema entre el control y la seguridad jurídica que son responsabilidades ineludibles del Estado mexicano.

Por ello a manera de epílogo me permito citar al Doctor Diego Valadez quien señaló “en México, las instituciones no están funcionando. El país vive un proceso de ingobernabilidad acentuado. Autoritarismo, irresponsabilidad y baja calidad caracterizan a la cúpula gobernante.”⁵

⁵ www.oem.com.mx/oem/notas/n696358.htm

Bibliografía

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. Porrúa-UNAM, México D.F., 2000.

CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Ed. UNAM, México D.F., 1998.

Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007. Fuente en Internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

Páginas web

www.cddhcu.gob.mx

www.oem.com.mx

www.scjn.gob.mx

www.senado.gob.mx

Las emociones destructivas y el derecho. Un enfoque desde la ciencia, la religión y la moral

María del Pilar Espinosa Torres y
Marta Silvia Moreno Luce *

RESUMEN: *En este trabajo se hace un estudio multidisciplinario para intentar explicar el significado de las emociones destructivas y su relación en los diferentes sistemas normativos, profundizando en el ámbito religioso y moral y analizando los conceptos de ética laica, ética privada y ética pública, para aplicarlas al ámbito jurídico. Las autoras se adhieren a la propuesta de una ética laica como una medida tanto de prevención de las conductas dañosas para otro, como en la eventual readaptación de los reclusos.*

Palabras claves: *Emociones destructivas, sistemas normativos, norma, religión, derecho, moral y ética.*

ABSTRACT: *In this article a multidisciplinary study is done, trying to explain the meaning the destructive emotions and its relation in the different normative systems, deepening in the moral and religious environment and analyzing the concepts of secular ethics, private ethics and public ethics, to apply them to the legal environment.*

The authors adhere to the proposal of a secular as measured ethics of prevention of the harmful conducts for another, like in the eventual adaptation of the inmates.

Keywords: *normative system, destructive Emotions, Ethics.*

SUMARIO: Introducción. Primera parte. Las emociones destructivas en la ciencia, en el budismo y en el catolicismo. 1. Clasificación de las emociones. 2. Definición de las principales emociones. 3. Recursos contra las emociones destructivas. 4. Las emociones en la doctrina católica. Segunda parte. La relación de las emociones destructivas con los sistemas normativos. 1. Las normas y su clasificación: Religiosas, morales, jurídicas y de trato social. 2. La inclusión de las normas religiosas en la clasificación tradicional de las normas. 3. Moral y ética. La ética laica; 2.4 La ética pública y la privada. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

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

Introducción

¿Por qué un artículo sobre emociones destructivas en una revista jurídica? Principalmente porque el control de las emociones puede ser determinante en la prevención de conductas delictivas, en el intento de rehabilitación en las prisiones y en general en la solución de conflictos. La violencia, una emoción negativa, se ha visto incrementada en todo el mundo: Secuestros y homicidios, maltrato familiar, asesinatos de adolescentes por compañeros, riñas, lesiones, etc. Diferentes estados de la Unión Americana han otorgado subsidios para implementar cursos cuyos objetivos prioritarios son identificar y controlar emociones violentas en alumnos de las primarias. Otros países como Inglaterra, Holanda, Canadá, Bélgica, Australia y Gales han empezado también a aplicar este tipo de programas. Igualmente se han dado sesiones en reclusorios de Estados Unidos con buenos resultados, no tan espectaculares ya que los niños pueden cambiar más fácilmente que un adulto, no obstante, disminuyó la violencia en las prisiones en las que se aplicaron 40 horas de práctica para el relajamiento y control emotivo.

En el penal de Atlacholoaya, Municipio de Xochitepec, Morelos, México, se ha instaurado un programa de instrucción y práctica de yoga para los reclusos, intentando inicialmente ayudarlos en el control de adicciones y eventualmente lograr que obtengan paz de espíritu y tal vez una real rehabilitación que les facilite la reinserción en la sociedad. Aun no hay datos estadísticos que ofrezcan resultados, pero se planea llevar este programa a otros reclusorios.¹ Desgraciadamente las recientes reformas penales tendientes a incrementar las penas hacen dudar que prevalezcan las medidas de ayuda a los reclusos, lo cual se refleja en la gran cantidad de motines que se han dado recientemente.

Las emociones destructivas no solo provocan la infelicidad de quien las padece sino también de su familia y de todo aquel que se cruce en su camino por lo que el control de las mismas puede cuando menos evitar agresiones a otros sujetos.

En Dharamsala, India, lugar de residencia del Dalai Lama tuvo lugar en marzo del 2000, la 8ª Reunión del *Mind and Life Institute*, un organismo creado hace algunos años para discutir temas de interés mundial entre científicos y budistas, en esa ocasión el tema fue **Emociones Destructivas**. Daniel Goleman y B. Alan Wallace fungieron como coordinadores filosófico y científico respectivamente. Participaron además, “el venerable” Matthieu Ricard (budismo), Richard Davidson (neurociencia y psicología), Francisco Varela (neurociencia), Paul Ekman (psicología), Mark Greenberg (psicología), Jeanne Tsai (psicología), el venerable

¹ *Día Siete*. Periódico AZ, núm. 416, año 7, 2 de agosto de 2008, pp. 36-39.

Somchai Kusalacitto (budismo) y Owen Flanagan (filosofía). Las sesiones de todas esas reuniones son privadas, pero se hace una publicación de cada una. En ese octavo encuentro se presentaron los últimos avances científicos y el punto de vista del budismo sobre el tema. Predomina, como puede observarse de la especialidad de los conferencistas el enfoque psicológico, neurocientífico y el religioso, sin embargo a nosotros nos interesó la propuesta del Dalai Lama de establecer una moral laica, no vinculada a ninguna religión, rescatando aquellos preceptos normativos que a nadie dañan y si ayudan a nivel personal y a establecer una sana convivencia colectiva. De ahí surgieron muchas dudas que intentamos resolver.

Dividimos este trabajo en dos partes, en la primera, tomando como punto de inicio las aportaciones del libro publicado con motivo de ese encuentro,² hacemos un resumen de lo que consideramos relevante, aclarando que hay repeticiones y variantes porque cada expositor plantea su clasificación y conceptos, lo cual creemos sirve para reforzar la información. Es interesante anotar que la perspectiva budista resalta las emociones positivas, por el contrario, exponentes del pensamiento científico occidental reconocieron que hasta hace pocos años se enfocaban a las emociones negativas y como tratamiento al uso de tranquilizantes, lo cual reconocen es recomendable como recurso inevitable en ciertos casos. Generalmente, aparecen enlazadas las emociones negativas con las positivas, sin embargo en ocasiones hemos considerado hacer separaciones para mayor claridad. Posteriormente hacemos una breve comparación con un exponente de la doctrina católica, experto sobre emociones. En la segunda parte hacemos una breve mención del sistema normativo para tratar de clarificar los significados de los conceptos de “ética laica” así como de “ética privada”, “ética pública” y finalmente destacamos la propuesta de Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger³ respecto a la necesidad de ligar los aportes de la religión y de la razón. El derecho, como afirma Lüigi Ferrajoli, pretende ser la razón jurídica.⁴

El tema de “emociones” es rico para un enfoque multidisciplinario, en el cual no se pretende el dominio de todos los puntos de vista, sino provocar la inquietud desde todos ellos y tal vez contribuir con un poco de claridad en la relación actual del derecho con otros ámbitos de la realidad. En este caso lo relacionamos con las diferentes clases de normas que rigen a la sociedad.

² GOLEMAN, Daniel, *Emociones destructivas. Como comprenderlas y dominarlas. Narra un diálogo científico con el Dalai Lama*, 4ª reimp. (1ª ed., 2003), Ed. Urano, Barcelona, 2006.

³ Actualmente Papa Benedicto XVI.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

Primera parte. Las emociones destructivas en la ciencia, en el budismo y en el catolicismo

1. Clasificación de las emociones

De entrada nos llamó la atención la mención que se hizo en el Octavo Encuentro del *Mind of Life Institute*, de cuatro características que tienen algunas personas a las que podemos calificar de extraordinarias por poder dominar sus emociones negativas; 1. Emanan una sensación de bondad. 2. Falta de interés personal con despreocupación por el ego, status y fama, así como falta total de egoísmo. 3. Presencia personal “nutricia” y 4. Asombrosa capacidad de atención y concentración. En resumen, empatía, compasión, practica del amor asentado todo en la sensación de coraje y confianza. Vienen a la mente el Papa Juan Pablo II, Gandhi o la Madre Teresa de Calcuta pero también algunas personas cercanas, tal parece que las personas somos luz y sombra, tal vez más lo segundo, pero de seguro todos podemos encontrar a nuestro alrededor alguien en quien predominen y se mantengan esas características.⁵

Según el budismo existen tres venenos o emociones destructivas que impiden el desarrollo de esas características: Rechazo, apego e ignorancia., también enunciadas como: ansiedad, ira, falsas ilusiones. En ocasiones se mencionan “cinco venenos” enlistando dos más, el orgullo y los celos.⁶

Al inicio del *Encuentro* se tomó la decisión de considerar una definición previa de las emociones destructivas como aquellas dañinas para uno o para otros.⁷ El Dalai Lama extiende esta definición posteriormente al decir que son aquellos que interrumpen la calma de la mente y que para consolidar ésta hay que practicar emociones positivas sobre todo a) la compasión, b) la renuncia y c) la ecuanimidad. La renuncia es la aceptación de nuestra vulnerabilidad, por eso la llama estado de emergencia, puede equipararse al primer paso de los grupos de autoayuda contra adicciones, (alcoholismo, dependencia, obesidad, etcétera,) como reconocimiento de la impotencia. *A contrario sensu*, las emociones positivas serían aquellas que hacen bien a uno y a los otros.

⁵ Existen muchas investigaciones sobre las personas exitosas social, económica o políticamente, pero no sabemos de trabajos serios sobre personas que controlan sus emociones.

⁶ GOLEMAN, Daniel, *Emociones destructivas. Como comprenderlas y dominarlas. Narra un diálogo científico con el Dalai Lama*, 4ª reimp. (1ª ed., 2003), Ed. Urano, Barcelona, 2006, p. 83. Se notará mas adelante que cada emoción puede englobar a otras o tener similitud con varias.

⁷ El derecho selecciona aquellas conductas dañinas para los demás. Artículos 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, suscrito por México.

Como puede deducirse de la especialidad de los participantes, se dieron enfoques científicos, filosóficos y del pensamiento budista. Ya mencionamos que el Dalai Lama sostiene que no (¿solo?) pretende difundir el budismo como religión, sino contribuir a que cualquier persona, independientemente de su credo, pueda utilizar las enseñanzas milenarias de su pueblo para superar las emociones negativas que impiden lograr la felicidad y la paz mundial. Por su parte los científicos aportan los avances en diferentes ramas, (sobre todo neurociencia y psicología) respecto al conocimiento y tratamiento de emociones, estados de ánimo y temperamentos.

Algo llamativo fue el planteamiento de los científicos en neurología que afirman que se ha ubicado el lugar del cerebro en donde están las emociones. En el lóbulo frontal izquierdo se localizan las negativas: miedos, ansiedades, ira, etc., y en el frontal derecho la tolerancia, el amor, la paciencia. Junto a dichos lóbulos están las amígdalas, unas glándulas reguladoras. Se anota que diversos experimentos han demostrado que la tendencia a lo negativo o positivo es genético en un 40% o 50%, influyendo el medio ambiente para dar el total, lo cual no es nuevo, sin embargo lo que es bastante reciente es el descubrimiento de la *plasticidad* del cerebro, o sea que se puede modificar el comportamiento y aquí es donde el budismo ofrece una prometedora colaboración. El famoso dicho de “genio y figura hasta la sepultura” cae por su peso. A través de métodos desarrollados por los monjes se pueden controlar dichas emociones, transformándolas en su opuesto. Todo ello con la mira de lograr la felicidad propia, del grupo social al que se pertenece y del mundo.

Paul Ekman,⁸ afirma que hay seis micro emociones: miedo, desprecio, ira, tristeza, felicidad, disgusto, detectables en los rostros humanos, sin importar raza o cultura. Los mejor dotados para identificar esas características son las personas abiertas, concienzudos (fiabiles y eficientes) y que sienten mas curiosidad por las cosas en general. Los aportes de este psicólogo social se aplican en la formación de personal policíaco, judicial y de inteligencia.

En otro lugar, este autor⁹ reconoce diez emociones básicas: enojo, miedo, tristeza, disgusto, desprecio, sorpresa, disfrute, turbación, culpabilidad y vergüenza. Cada una es una familia con muchos integrantes derivados. Por ejemplo. La felicidad (disfrute) engloba las siguientes: regocijo, fiero (gozo de afrontar un reto) alivio, excitación, novedad, sobrecogimiento, admiración, placeres sensoriales, calma y sosiego.

⁸ *op. cit.*, p. 40.

⁹ *Ibidem*, p. 184.

Thupten Jinpa y Alan Wallace afirman que las principales aflicciones mentales son: el apego o deseo, la ira (que incluye hostilidad y el odio), el orgullo, la ignorancia e ilusión, la duda y las visiones erróneas. Agrupa cada una con sus principales manifestaciones:

IRA. 1. Cólera, 2. Resentimiento, 3. Rencor, 4. Envidia, celos, 5. Crueldad.

APEGO. 6. Avaricia, 7. Autoestima exagerada, 8. Exitación, 9. Ocultamiento de los propios defectos. 10. Embotamiento.

IGNORANCIA. 11. Fe ciega. 12. Pereza espiritual, 13. Olvido. 14. Falta de atención introspectiva.

IGNORANCIA + APEGO. 15. Petulancia, 16. Engaño, 17. Desvergüenza, 18. Desconsideración hacia los demás. 19. Falta de escrúpulos. 20. Distracción.¹⁰

2. Definición de las principales emociones

Todos acostumbramos hablar de las emociones, sin embargo se puede dificultar dar el significado de cada una con un poco de precisión. Por ello ampliamos un poco más este punto definiendo algunas de ellas, tanto positivas como negativas o bien anotando sus sinónimos y antónimos.

De la *felicidad*, son sinónimos: contento, bienestar, ventura, dicha, satisfacción, goce, delicia, gusto, júbilo, triunfo, fortuna, éxito, victoria. Antónimos: desventura, tristeza, fracaso.¹¹

El *amor* (derivado del disfrute) puede ser amor parental, amistad y amor romántico. Es el deseo de que los demás sean felices y descubran las causas de la felicidad.

Enfado: Odio, resentimiento (sensación derivada de haber sido tratado de manera inadecuada o injusta. Implica tres emociones: disgusto, ira, desprecio.

En la actualidad, la convivencia se hace más y más difícil, por ejemplo, el congestionamiento ocasionado por la gran cantidad de automóviles en circulación ocasiona que muchos tengamos un buen pretexto para sufrir de emociones destructivas. Le hicieron una consulta al respecto al psicólogo Paul Ekman y su respuesta fue que el enojo ante el incumplimiento de normas de tránsito o falta de respeto al señalamiento vehicular puede deberse a la frustración, mas algún factor de orden psíquico, por ello se afirma que aunque el motivo parezca insignificante no lo es tanto desde el punto de vista emocional del sujeto y resulta en ocasiones

¹⁰ GOLEMAN, Daniel, *Emociones destructivas. Como comprenderlas y dominarlas. Narra un diálogo científico con el Dalai Lama*, 4ª reimp. (1ª ed., 2003), Ed. Urano, Barcelona, 2006, pp. 144-149.

¹¹ Diccionario Larousse.

difícil de abordar. La prensa informa de hechos violentos motivados por altercados de tránsito, creo que todos los conductores padecemos alguna mortificación leve o mayor con ese motivo, que puede llegar a la comisión de homicidios.

La *Frustración* se entiende como la “no consecución de un deseo, tensión psicológica suscitada por la existencia de un obstáculo que dificulta la realización de un objetivo... Frustar: privar a uno de lo que esperaba”.¹²

La *ira* se ve precedida por: obstáculos físicos, frustración, ser objeto de una agresión o la ira de otra persona, decepción de una persona... Se afirma que el tema común de toda la familia es la frustración. El Dalai Lama dice que la tolerancia es lo opuesto a la ira, expresando que “la forma mas adecuada de eliminar los obstáculos es asumir la perspectiva de la otra persona, preguntarse por qué puede estar comportándose como lo hace”.¹³

Sinónimos de *ira*: irritación, rabia, furia, indignación, insolencia, mal humor, enfurruñamiento, revancha. Antónimos: placidez, paz, tranquilidad.

3. Recursos contra las emociones destructivas

Aceptando que todos padecemos emociones destructivas es importante encontrar métodos para contrarrestarlos, Ricard Matthieu¹⁴ enuncia tres. 1. Imaginería. 2. Fuerza de la compasión y 3. Contemplar la naturaleza de nuestra mente.

Este biólogo molecular y monje budista afirma que las emociones destructivas surgen principalmente por conflictos del Ego: explica que se da un movimiento mental de retroceso basado en el miedo. Por temor al mundo y a los demás, por miedo a sufrir, por angustia de vivir y de morir, imaginamos que encerrándonos en una burbuja (ego) estaremos protegidos. Creamos la ilusión de estar separados del mundo, esperando así alejarnos del sufrimiento.

Según Ricard, es importante luchar contra las emociones porque de otra manera se transforman en estados de ánimo y luego se convierten en temperamentos, Para él las principales emociones destructivas son: odio, deseo, ignorancia, orgullo y envidia. El odio se relaciona con la ira, el resentimiento, la enemistad, el desprecio, la aversión, etcétera. Los Estados Mentales Destructivos son la baja autoestima, el exceso de confianza, el resentimiento, los celos y la

¹² Diccionario Larousse.

¹³ GOLEMAN, Daniel, *Emociones destructivas. Como comprenderlas y dominarlas. Narra un diálogo científico con el Dalai Lama*, 4ª reimp. (1ª ed., 2003), Ed. Urano, Barcelona, 2006, pp. 191-193, 203.

¹⁴ RICARD, Matthieu, *En defensa de la felicidad*, Ed. Urano, Barcelona, 2005, pp. 98, 99 y ss.

envidia, la falta de compasión y la incapacidad de mantener relaciones interpersonales próximas.¹⁵

Opina Ricard que en Occidente los filósofos de las emociones atienden preferentemente a la función de las emociones como facilitadoras de las relaciones interpersonales despreocupándose de su importancia para el perfeccionamiento de nuestra naturaleza humana, preocupándose mucho por la autoestima y la importancia de uno mismo y suelen olvidarse de la armonía interna.

Las emociones destructivas impiden que la mente perciba la realidad tal cual es, es decir establecen una distancia entre la apariencia y la realidad. Ej. Deseo, apego o aversión, por eso en el budismo se llaman oscurecimientos. La búsqueda de antídotos es un método para luchar contra las emociones destructivas, para el odio, el amor altruista, la compasión, la amabilidad.

En lo referente a los antídotos hay que encontrar el de cada emoción destructiva., serían los antónimos debiendo analizar su naturaleza, por ejemplo, ante algunos miedos no vale tanto ser valiente, sino desarrollar la seguridad, la confianza, etc. Nos parece que para algunas emociones destructivas, sus respectivos antídotos serían los siguientes:

Enojo: contento; **júbilo:** agrado; **miedo:** valentía; **tristeza:** alegría, felicidad, gozo; **disgusto:** gusto, complacencia; **desprecio:** aprecio; **indiferencia:** sorpresa; **aburrimiento:** disfrute; **intolerancia:** tolerancia y compasión; **odio:** amor altruista; (El amor es derivado de disfrute); **turbación:** serenidad; **culpabilidad:** inocencia; **vergüenza:** honestidad.

A partir de la enunciación de emociones positivas de diferentes autores, se puede hacer el siguiente listado de aquellas que se pueden utilizar como antídotos para desechar emociones destructivas.¹⁶

Amor, amistad, altruismo, atención, amabilidad, alegría, afecto, asombro, alivio, admiración, benevolencia, concentración, compasión, coraje, confianza, calma, caridad, comprensión, desapego, disfrute, disciplina, empatía, ecuanimidad, energía o celo, entusiasmo, elevación, felicidad, gozo, generosidad, gratitud, humildad, interés, misericordia, optimismo, perdón, piedad, paciencia,

¹⁵ *Ibidem*, p. 116 y ss.

¹⁶ La lista no es exhaustiva, se puede incrementar muchísimo, el budismo habla de las 84 mil emociones, tanto negativas como positivas.

placer, renuncia, regocijo, seguridad, simpatía, satisfacción, sencillez, sosiego y tolerancia.¹⁷

La práctica de las emociones consolida los ya mencionados *Estados Mentales Constructivos*: respeto hacia uno mismo, autoestima merecida; sensación de integridad; compasión; benevolencia; generosidad; poder ver la verdad, la bondad y la justicia, el amor y la amistad, éstos estados, como su nombre lo indica tienen mas permanencia.

Los recursos operan en tres niveles: primero, uso de antídotos, para el odio el amor, este es el nivel principiante, no se necesita mucha preparación, solo constancia.

Segundo, el nivel medio es la práctica de la meditación, investigación de la naturaleza última de las emociones destructivas. Preguntarse ¿Cuál es su naturaleza? ¿De que están hechas? ¿Cuál es su color? Constatando que son meras ilusiones de nuestra mente, estas se desvanecerán si hay constancia en el ejercicio de dicha meditación.

El tercer nivel es más difícil y delicado, requiere habilidades especiales, ponen como ejemplo el uso del veneno y el ejemplo del faisán, que puede comer algo que a otros animales les causaría la muerte y dicho animal lo transforma en elemento que hace mas bello su plumaje.¹⁸

Para equilibrar las emociones Matthieu Ricard recomienda cultivar cuatro aspectos esenciales: amor, ecuanimidad, compasión y gozo. Además practicar respiración, (inspiración, expiración) al darse cuenta que estamos ante una emoción o estado mental destructivo.¹⁹

Se puede no padecer pobreza, enfermedad, falta de empleo, pero es difícil encontrar personas que no sucumban ante las emociones destructivas, por alguna o varias, por ello lo anteriormente expuesto es muy interesante y útil, no solo para quien quiera vencerlas sino también encontrar un sentido a la vida y contribuir a la convivencia pacífica en cualquier lugar.

¹⁷ Cada emoción tiene un significado complejo. Para mayor detalle se puede consultar el libro de GRÜN, Ansel, *Un ángel para cada día*. Madrid, Bonum, 2000, se explica la mayoría de ellas.

¹⁸ GOLEMAN, David, *Emociones destructivas. Cómo comprenderlas y dominarlas*. Narra un diálogo científico con el Dalai Lama. Ed. Urano, 4ª reimp., 2006, (1ª ed. 2003), p. 121.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 216. Cfr. *supra* opinión del Dalai Lama.

Matthieu Ricard, uno de los autores que participó en el encuentro, fue calificado como “el hombre más feliz del mundo”, según experimentos con aparatos altamente especializados de resonancia magnética funcional y electroencefalógrafos. Otro monje también se sometió a esos estudios demostrando que podía a través de métodos de relajación y meditación dominar una emoción considerada como inevitable, el sobresalto, la cual es la más primitiva de las emociones. Encontramos otro libro muy interesante de Matthieu Ricard en el cual se amplía lo dicho en *Emociones Destructivas*.²⁰ Igualmente ya había escrito con su padre, un renombrado filósofo francés, un libro en el cual discuten temas filosóficos y del pensamiento budista.²¹ En este último Jean Francoise Revel, reconociendo el auge del budismo en occidente desde la década de los setenta del siglo pasado, quiere aclarar la razón de ello, para lo cual ambos hacen un repaso por la filosofía occidental y el budismo, demostrando similitudes y divergencias de una manera crítica y apasionada. Ubican la aparición del budismo en oriente y detallan las influencias con otras filosofías, sobre todo la filosofía griega. Señala Matthieu las características actuales de lo que, afirma, no puede catalogarse como religión y refuta las objeciones que como buen agnóstico le formula su padre filósofo. Explica entre varias cuestiones, las practicas de meditación y como se puede llegar a dominar las emociones negativas y alcanzar la iluminación del buda a través de la compasión y el amor. Como traductor del Dalai Lama explica la posición política asumida, defendiendo las relaciones del Tíbet ante la ocupación china, la firme e irrenunciable convicción de la no violencia y el intento de luchar por la felicidad de todos los seres vivientes a través del desarrollo de una ética laica.²²

4. Las emociones en la doctrina católica

Hay muchas similitudes entre lo expuesto en este encuentro sobre las emociones por monjes budistas y autores expertos en la doctrina católica, para demostrarlo tomamos como ejemplo a Anselm Grün, monje benedictino, psicoterapeuta e intérprete de sueños, quien expresa la teoría de los 9 *logismoi*, provenientes de la tradición griega.²³ Eran los afectos que robaban la calma, pensamientos, pasiones, impulsos y emociones cargados de sensibilidad. Asimismo, este autor enuncia la clasificación de los *logismoi* en tres grupos: primero, tres ansiosos, comida, sexo y

²⁰ RICARD, Matthieu, *En defensa de la felicidad*, Ed. Urano, Barcelona, 2006.

²¹ *El monje y el filósofo*. Urano, 1998.

²² Del Dalai Lama también se puede consultar: DALAI LAMA y CUTLER, Howard C., *El arte de vivir en el nuevo milenio. Una guía ética para el futuro*, Random House Mondadori, Debolsillo, México, 2006. (1ª ed., en España, 1999).

²³ GRÜN, Anselm, *Armonía interior. Un camino posible*, Bonum, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 26,27.

ansia de posesión; tres emocionales: tristeza, ira y desánimo, (*akedia*) y tres espirituales; ambición, envidia y orgullo. Los tres grupos responden al intento de lograr contrarrestar la inquietud del hombre, los del segundo y tercer grupo se relacionan más con nuestra temática. La tristeza se puede manifestar como autocompasión o depresión. Tiene relación con la melancolía. De ella surgen cuatro actitudes: rencor, irresolución, amargura y desesperación, desembocando en la ira. Todo eso, nos dice, provoca inquietud e insomnio, intranquilidad, insatisfacción personal ante todo y todos. La *akedia*, es la incapacidad de estar en el momento presente, es aversión, tedio, fastidio. Siempre se desearía estar en otro lugar o situación. De los tres espirituales, la ambición consiste en la tendencia a considerar siempre que piensan los demás de uno y actuar con esa finalidad. Se genera un miedo a no cumplir las expectativas ajenas y en consecuencia ser evaluados negativamente. La envidia conduce a compararse constantemente con los demás. También provoca miedo al sentir que otro es mejor que nosotros, por ello para adquirir o aumentar la autoestima es necesario desvalorizar a los demás. Los celos son pariente cercano de la envidia e igual roban la calma. El orgullo desmesurado es la negativa a ver la propia realidad y reconciliarse con ella así que negamos nuestros defectos. Mediante ese orgullo se quiere ocultar las propias debilidades ante los otros y ante uno mismo. Para esto último se intenta reprimir los sentimientos de culpa. Afirma Grün que todos los *logismoi* provocan intranquilidad y esa inquietud individual se transmite a la familia, centro de trabajo, a la comunidad y a la sociedad, por lo que buscar la calma interior traerá beneficios para todos. "Somos responsables de la atmósfera que creamos".²⁴

Anota Grün que la teoría de los 9 *logismoi* se convirtió posteriormente en los ocho vicios y finalmente en los 7 pecados capitales: vanagloria, avaricia, glotonería, lujuria, pereza, envidia e ira. Por cuanto a los remedios nos recuerda que para los monjes el objetivo no era tanto alcanzar la calma sino hacer una buena oración para llegar a Dios y quien no tiene calma no cumple ese objetivo. Es necesario ejercitar la amabilidad, la benevolencia, la bondad y la humildad. Recomendaba encontrar el método adecuado según la persona en su condición psíquica momentánea siendo unos de esos la meditación y el análisis, este último como guardián de nuestra mente, interrogando a cada emoción: "¿eres para mi beneficio?", "¿me vas a hacer sentir mal?", palabras menos, palabras mas y así dejar o no entrar dicho pensamiento.: Además preguntarse frecuentemente a si mismo: "quien eres" y tratar de "no juzgar". En la meditación, que puede realizarse a través de muchos métodos, indica tratar de llegar al centro de nuestro corazón, en donde reside Dios, quien nos proporcionará la paz.²⁵ El budismo también tiene este principio, al expresar que hay un lugar dentro de uno mismo en donde se encontrará la

²⁴ GRÜN, Anselm, *Armonía interior. Un camino posible*, Bonum, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 47.

²⁵ *Ibidem*, pp. 100 y ss.

iluminación y se despejaron los oscurecimientos provocados por las emociones. Se puede uno convertir en un buda (iluminado) Tanto en una tradición como en la otra se requiere constancia y práctica, pero lo importante es que aun cuando no se logre la perfección, hay esperanza de disminuir los estragos de esas emociones destructivas.

Segunda parte. La relación de las emociones destructivas con los sistemas normativos

1. Las normas y su clasificación: religiosas, morales, jurídicas y de trato social

Hemos hecho mención en este artículo a las emociones destructivas, afirmando que son interesantes en un artículo de derecho ya que pueden originar violaciones a todo tipo de normas e incluso llegar a la realización de actos delictivos, y a partir del análisis de las emociones en un encuentro científico y religioso, anotamos la propuesta del Dalai Lama hacia una ética laica. La ética es la parte de la filosofía que estudia la moral. El derecho, la religión, la moral y aun los convencionalismos sociales, tienen en sus disposiciones normas muy parecidas o tal vez iguales, por ejemplo: no matar, no hacer daño a otro. Por eso haremos un breve repaso de las normas y su clasificación con la finalidad de anotar las semejanzas y diferencias.

El hombre, desde los orígenes de la sociedad creó un conjunto de normas para regular la conducta de sus miembros y hacer posible la convivencia pacífica. Al estratificarse la composición de los grupos se distinguieron las normas religiosas y las de la autoridad laica, inicialmente provenientes todas de quien detentaba el poder. Las normas de conducta, distintas de las leyes naturales pertenecen al mundo del deber ser, o sea que todas son obligatorias, y tienen sanción. Como características distintivas encontramos que a) pueden ser válidas o carentes de validez, b) persiguen como fin provocar una conducta en el hombre y c) se dirigen a una persona con libre albedrío o sea que puede elegir obedecerlas o no, aun sabiendo que puede hacerse acreedor a una sanción. Las normas se clasifican en morales, religiosas, de trato social y jurídicas, cuya diferencia se establece a partir de la atribución de cuatro características dentro de las siguientes oposiciones binarias: **autonomía**, (el hombre se da a sí mismo sus propias normas) o **heteronomía**, (alguien hace las normas y los demás están obligados a cumplirlas); **coercibilidad**, (se cuenta con los medios para que se nos obligue a cumplir las normas aun en contra de la voluntad) o **incoercibilidad**, (no hay una autoridad que obligue a cumplir las normas); **unilateralidad**, (las normas sólo imponen deberes, no confieren a nadie el derecho a exigir) o **bilateralidad**, (las

normas imponen deberes y conceden derechos);²⁶ **interioridad** (convencimiento interior de la persona) o **exterioridad**, (la conducta del sujeto debe coincidir exactamente con lo que estipula la norma). Las jurídicas son heterónomas, externas, además tienen de manera exclusiva la coercibilidad y la bilateralidad por contar con los medios para que se nos obligue a cumplirlas y establecen tanto obligaciones para una parte como derechos de otra. Las morales son incoercibles, unilaterales y de manera exclusiva internas y autónomas. Cada quien se da a sí mismo sus propias normas. Las religiosas son heterónomas, incoercibles, unilaterales e internas. Impuestas por la divinidad y transmitidas por sus líderes o las instituciones dirigentes o iglesias. Tienen como finalidad regular la conducta del hombre en relación con Dios y sus normas aparecen en los libros sagrados. Las normas de trato social son heterónomas, incoercibles, unilaterales y externas.²⁷ En este trabajo nos explayamos más en las normas religiosas y en las morales.

2. La inclusión de las normas religiosas en la clasificación tradicional de las normas

Las normas religiosas no se enuncian de manera explícita por la mayoría de los autores de Introducción al Estudio del Derecho o de Teoría del Derecho, en ocasiones las mencionan junto con las morales sin mayores aclaraciones.²⁸

La explicación de la marginación de lo religioso en el ámbito jurídico es atribuible a la secularización mundial entre poder civil y religioso que se impuso con la soberanía estatal y se consolidó posteriormente durante la Ilustración. (Por ejemplo, recuérdese que todavía en el siglo XVI, la distribución del territorio conquistado lo hizo la autoridad papal). Algunos países, actualmente aceptan una religión oficial y en otros, con diferentes matices, conceden al gobernante concentración de poder civil y religioso. Por razones históricas, en nuestro país ha

²⁶ Mario I. Álvarez Ledesma, expresa que la unilateralidad significa que se dan al interior y en la soledad del sujeto, con su propia conciencia y la bilateralidad implica una relación externa con los demás. ALVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Mc Graw Hill, México, 1996, p. 87.

²⁷ GIDI VILLARREAL, Emilio y MORENO LUCE, Marta Silvia, *Derecho 1*, Ed. Nueva Imagen, Xalapa, México, 2007, pp. 61-71. Estas características no son unánimemente definidas por los autores y respecto a la coercibilidad hay que admitir que algunas normas jurídicas, por ejemplo las del derecho internacional no tienen esa nota. En este campo, es palpable la diferencia entre las ciencias exactas y las disciplinas humanas.

²⁸ La Maestra Marta Silvia Moreno Luce las ha incorporado desde hace años en sus cátedras en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y en los libros de texto como el que se cita aquí. Con ocasión de la elaboración de este artículo conjunto, aclara que le ha sido muy útil la diferenciación entre normas jurídicas y religiosas, para la completa comprensión de las primeras. Su formación filosófica le permitió retomar el tema de la religión como punto de vista valioso en el estudio del derecho. Nota de la coautora.

existido una situación especial que desembocó en la separación absoluta de la iglesia y el Estado con las Leyes de Reforma de la segunda mitad del siglo XIX y el establecimiento del artículo 130 en la Constitución de 1917 que fue modificado hasta 1992.²⁹ Posiblemente es por ello que la mayoría de los textos utilizados para la enseñanza del derecho, como el de Eduardo García Maynez, escrito en 1944, no hiciera alusión a esas normas. Sin embargo, respecto de la moral, ésta siempre estuvo incluida en los ordenamientos, por ejemplo el capítulo de “delitos contra la moral pública y las buenas costumbres” dentro de los códigos penales, aunque siempre haya sido confuso establecer que eran esos términos.³⁰

3. Las normas morales. La moral, la ética y la ética laica

“La moral es el conjunto de acciones humanas originarias de la conciencia individual y con una proyección en la sociedad; dicha moral constituye un hecho que es motivo de un estudio que permita llevar a conocerla.”³¹ Por cuanto a los objetivos: “La moral se ocupa, en términos generales, de señalarnos el camino para ser mejores, para desarrollar nuestras potencialidades y virtudes, llevando con ello una vida más plena en la que se minimicen los daños y el sufrimiento que causamos a los demás.”³² Warnock nos dice que su tarea es contrarrestar las simpatías limitadas. Su contenido debe ser un conjunto de virtudes morales y su núcleo es la no maleficencia, la justicia, la beneficencia y no engañar.³³

Como se deduce del concepto anterior y ya mencionamos, la ética es la parte de la filosofía que estudia la moral. Con frecuencia, los términos moral y ética, suelen confundirse, usándose impropriamente como sinónimos, debido a una falta de precisión de sus respectivos significados.

²⁹ Véase. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, T. II., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008.

³⁰ En los códigos del siglo antepasado, en la descripción del delito de estupro era requisito que la mujer fuera “casta y honesta”, en estricto sentido la castidad es un concepto religioso y la honestidad pertenece al campo de la moral. El código vigente de Veracruz, en su artículo 185, sólo establece que la mujer “viva honestamente”. Se mantiene el capítulo de “Delitos contra la moral pública”, los códigos penales Federal y del Distrito Federal aun conservan la nomenclatura adicionada con la frase “y las buenas costumbres”

³¹ VILLALPANDO, José Manuel, *Manual moderno de ética*, Ed. Porrúa, México, 1984, p. 5.

³² ESQUIVEL PEREZ, Javier, “Racionalidad jurídica, moral y política”, *Filosofía del derecho y política*, no. 35, Ed. Fontamara, Biblioteca de Ética, México, 1996, p. 19.

³³ Cit. Por MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, p. 128.

Actualmente se habla de ética social o ética partidista,³⁴ y como ya referimos, el Dalai Lama propone una *ética laica*. Entendemos lo anterior como la propuesta de tomar normas morales, que pueden derivar de cualquier religión, con un contenido de amor, tolerancia, paciencia y respeto por el próximo pero cuyo cumplimiento corresponde a cada individuo de manera interior, pudiendo afectar, como ya lo hemos visto toda la convivencia del grupo social.³⁵ La aspiración sería que los grupos, pequeños o grandes practiquen normas de contenido positivo. ¿De donde tomarían las personas esas normas? Forzosamente de su familia, de su escuela, de su religión. difícilmente se podrán adquirir si en esos lugares han visto prácticas diferentes.

Como afirma J. L. Mackie, los principios morales y las teorías éticas no se mantienen solas, afectan y se ven afectadas por creencias y asunciones de otros campos, entre ellos la religión. Y continúa expresando que, “la moral no sólo se ocupa de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, de las virtudes y los vicios o de los deberes y los derechos, sino también de los conceptos de elección, acción voluntaria, intención, responsabilidad, pesar y remordimiento.”³⁶

No obstante las características de la moral, hay que considerar ciertos aspectos anotados por Mario Álvarez, que nos ayudarán a entroncar lo expuesto con la propuesta del Dalai Lama respecto a “una moral laica”. Dice este autor que la moral establece deberes del hombre consigo mismo, (unilateralidad) sólo su conciencia puede reclamarle el acatamiento de lo ordenado, (interioridad) persiguiendo la realización de valores personales (incoercibilidad) con el reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la conciencia. (autonomía). “La moral como normatividad interna de la conducta del hombre tiene una forma de manifestación colectiva. Por eso se debe hacer una diferencia entre la moral ideal o crítica y la moral social, positiva o vigente. La primera está constituida por aquellos principios o reglas de orden ideal que son parámetros de bondad o maldad, criterios de correcto o incorrecto para justificar o condenar la conducta humana. La segunda es el conjunto de reglas de conducta con carácter incoercible, socialmente aceptadas que prescriben lo que está bien o mal, lo que hay de bueno o malo en nuestra relación con los demás.” Y continúa diciendo Álvarez, “la moral cumple una tarea de singular importancia: justificar en última instancia, la elección, jerarquía y renuncia de los intereses que guían las conductas

³⁴ Los partidos políticos, las asociaciones profesionales y las instituciones gubernamentales actualmente elaboran unos *Códigos de ética*. Cfr. *Infra*. ética social.

³⁵ Por supuesto que no nos referimos a las normas particulares de cada religión, como pueden ser la oración diaria de los musulmanes en dirección a la Meca, o la práctica de la confesión y comunión del catolicismo.

³⁶ MACKIE, J. L., *op. cit.*, p. 231.

humanas a nivel individual y social...El derecho, si bien es distinto de la moral requiere de ésta para fundar la obligatoriedad de sus prescripciones”.³⁷ Por lo cual, “El derecho es siempre realización de una cierta idea de justicia, una u otra, la que sea, como materialización de un cierto sistema de valores” ³⁸ De ahí que, “la obligatoriedad del Derecho está sujeta a la moralidad, a la idea de justicia, a la escala de valores que comparte. Tal sería un primer e innegable nexo entre moral y Derecho”.

Mario Álvarez, siguiendo a Elías Díaz concluye: “Hay que moralizar el derecho. Se debe distinguir entre pretensión de validez formal del Derecho, que busca asegurar su eficiencia y su inexorable coercitividad y la pretensión de corrección o justificación, que persigue la justicia como valor supremo que en principio debería guiar a todo sistema jurídico. El primero depende del segundo.”³⁹

Otra manera de reforzar la diferencia entre moral ideal y social sería establecer la distinción entre moral y moralidad, entendida la primera como conjunto de normas internas de los hombres y la segunda como código de conducta de grupos pequeños o grandes, por ejemplo, moralidad de un cooperativo o moralidad de una sociedad.

4. La ética pública y la ética privada

Esta distinción también es importante para clarificar el sentido de la propuesta de una “ética laica” a que hemos hecho mención en este trabajo. Nos apoyamos para eso en Gregorio Peces Barba, quien nos dice que: “la ética pública es sinónimo de justicia, es la moralidad con vocación de incorporarse al derecho positivo orientando sus fines y sus objetivos como derecho justo.”⁴⁰ Y expone también la necesidad de distinguir entre moralidad crítica, antes de positivizarse y moralidad legalizada, al positivizarse, dando como ejemplos la situación en España antes y después de eliminar la pena de muerte.⁴¹ Y advierte sobre no confundir la ética pública con la privada, error en el que han caído las “grandes iglesias y los totalitarismos”. La ética pública y la privada se comunican pero repite, no deben confundirse. La pública es procedimental, no señala criterios, no establece conductas obligatorias para alcanzar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad, ni

³⁷ ALVAREZ, Mario. *Introducción al estudio del derecho*. México, Mc Graw Hill, 2000, p.110.

³⁸ DIAZ, Elías, cit. Por ALVAREZ...p. 111

³⁹ Citado por ALVAREZ, Ob. Cit. P. 113.

⁴⁰ PECES BARBA, Gregorio. *Ética poder y derecho Reflexiones ante el fin de siglo* .p. 12.

⁴¹ Situación contraria a la que se padece en México, en donde frecuentemente hay propuestas de implantar la pena de muerte.

fija cual debe ser el plan de vida último. Posibilita el desarrollo integral de cada persona. La ética privada es una ética de contenidos y de conductas que señalan criterios para orientar la vida, su meta es la autonomía o independencia moral. Esta ética privada tiene dos dimensiones, la individual y la social. Puede ser religiosa o laica. La ética privada religiosa puede ser católica, protestante o budista o laica (desde la Ilustración Francesa y consagrada en D.D.H.C. y de la separación estado-iglesia.)

Esta última “ética privada laica” es la propuesta por el Dalai Lama y apoyada por juristas y según veremos por Joseph Ratzinger.

Las normas religiosas⁴² y las morales frecuentemente no son suficientes para mantener la convivencia pacífica de los grupos sociales, de ahí la necesidad del surgimiento de las normas jurídicas, obedecidas ya sea por conveniencia utilitarista o egoísta, pero que aun impuestas coercitivamente deben tener un “mínimo contenido ético”. Gran parte del derecho y podríamos decir que todo el derecho penal es una moral positivizada.

Peces Barba, al considerar una relación tridimensional entre ética, política y derecho expresa la ventaja de no caer en reduccionismos estériles.⁴³ En esta misma línea, Rodolfo Vázquez⁴⁴ nos hace una presentación muy útil de la evolución que han tenido las relaciones derecho, poder y moral, misma que transcribimos para efecto de reforzar nuestro planteamiento.

Nos dice dicho autor que entre los años 1900 y 1940 predominó la tesis de la separación entre derecho, poder y moral con una teoría no cognoscitivista sostenida entre varios autores por Lionel Robbins (1935) en la economía, Hans Kelsen (1934) en el derecho y Julius Ayer (1936) en la filosofía. En la línea de Kelsen, se ubica a Alf Ross (1958).

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, (1945-1970) hay un renacimiento del iusnaturalismo con autores como Brünner, Messner, Vedross, Maihofer, Welzel, Maritain, Leclercq, Villey, Bodenheimer, Füller, Legaz y Lacambra y Preciado Hernández⁴⁵ quienes sostienen posiciones ético-religiosas dentro de un iusnaturalismo ontológico. Estas posiciones, al igual que el positivismo en su vertiente ideológica no se pudieron mantener ya que tanto una como otra derivaron en arbitrariedades.

⁴² Por supuesto no se incluyen los “dogmas de fe”, propios de cada religión.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ VAZQUEZ, Rodolfo, “Introducción”, *Derecho, poder y moral*, Ed. Porrúa, ITAM, México, 2005.

⁴⁵ Enlistados por Recaséns Siches, *cit.* Por Vázquez, *op. cit.*

Desde 1950 Norberto Bobbio y Herbert Hart intentaron suavizar los paradigmas de la separación buscando otras alternativas, así el primero sostuvo que hay diversos puntos de vista para enfocar esas relaciones a través del método, de la teoría o de la ideología y el segundo destacó la importancia de considerar el punto de vista interno y el externo puntualizando la necesidad de un “contenido mínimo de derecho natural”.

En 1971 John Rawls publica la famosa obra *Teoría de la Justicia* en donde, igual que posteriormente lo hará Jürgen Habermas intenta ofrecer una fundamentación racional de las normas morales concluyendo que “hay una conexión débil pero necesaria entre derecho, poder y moral”.

Sostiene Vázquez que uno de los conceptos básicos de la filosofía política es el de “autoridad normativa” y su vinculación con la pretensión de obediencia. Esta pretensión, nos dice, “implicaría una presunción de corrección o de legitimidad por parte de quien ordena con respecto a lo ordenado. Si esto es así se puede decir que esa pretensión de corrección tiene una connotación moral.”⁴⁶ Esta es la postura, nos dice, que sostienen Ernesto Garzón Valdés, Robert Alexy, Manuel Atienza, Carlos Nino y con reservas, Luigi Ferrajoli. En oposición todavía hay autores que sostienen la separación entre derecho y moral en una “versión fuerte”. Eugenio Bulygin y Ulises Schmill y otros la sostienen en “versión débil”, los filósofos Norbert Hoerster y Francisco Laporta y a partir del *Post-scriptum* de Hart, también es defendida por exponentes del positivismo suave, incluyente, incorporacionista o corregido.

Añade Vázquez que a estas discusiones se ha sumado desde fines de los 70 a la fecha la polémica entre hegelianos y kantianos. Para los primeros, comunitaristas, existe una prioridad ética de lo colectivo o cultural sobre lo individual. La identidad del individuo depende de la pertenencia a una cierta etnia o nación. Aquí se ubicarían las aportaciones de la escuela de los *Critical Legal Studies* y del *Análisis Económico del Derecho*. Para los segundos, el individuo debe asumir el punto de vista moral y concebirse independiente y, de algún modo separado de los condicionamientos espacio-temporales.⁴⁷

Reiteramos que por cuanto al contenido puede no haber diferencias entre las normas de derecho, moral y religión y muchas de las morales pueden derivarse de las religiosas. La posición adoptada respecto a la separación o vinculación entre derecho, moral y poder es de mayor trascendencia respecto a la creación, interpretación o aplicación de las normas jurídicas. Para efectos de este artículo

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

resulta más pertinente el enfoque filosófico-político por cuanto a la presunción de corrección o legitimidad de las normas emitidas por el poder, mismas que deben tener una connotación moral si pretenden ser obedecidas por los miembros de la sociedad.

No desconocemos la complejidad que en un momento dado tienen o pueden tener las relaciones entre moral, (iniciando por la definición de “lo bueno”), religión, poder y derecho,⁴⁸ pero en una primera aproximación al tema, en este trabajo señalamos las consideraciones elementales del mismo.

Conclusiones y propuestas

A través de la exposición de los avances científicos, psicológicos y de la neurociencia, hemos visto como las emociones tienen ubicación física y por tener plasticidad, pueden ser modificadas. Las diferentes religiones, en especial el budismo y el catolicismo a que aquí hemos hecho mención, indican lo beneficioso del ejercicio de las emociones positivas tanto para el individuo como para el grupo social.

Esperamos haber ligado bien los conceptos de ciencia, religión, moral y derecho. El Dalai Lama propone hacer una “ética laica”, filósofos y juristas, entre ellos el citado Elías Díaz proponen moralizar el derecho.

Algunas normas morales, religiosas o las jurídicas pueden tener el mismo contenido. Las primeras pueden derivarse de las segundas y las jurídicas, para ser obedecidas deberían tener un contenido moral (positivo).

Las normas jurídicas no son suficientes para mantener la convivencia pacífica de la sociedad y no es sólo a través de reformas legales como se terminará con los conflictos, mucho menos aumentando las penas o estableciendo cadena perpetua o la muerte.

El panorama del derecho contemporáneo es complejo y requiere no solo de la creación de leyes sino de la búsqueda de formas de prevención, situación más palpable en áreas como la ecología, derechos humanos, derecho penal en donde se ha llegado al reconocimiento de que modificar las leyes sin un cambio estructural no solucionará nada. Es necesario educar a las personas desde la infancia en los

⁴⁸ Para ilustrar lo anterior puede verse GARZON VALDÉS, Ernesto (Comp.), “Derecho y filosofía”, *filosofía del derecho y política*, núm.18, 3ª ed., Ed. Fontamara, Biblioteca de Ética, México, 1999.

valores indispensables para la supervivencia del hombre y en el sentido de responsabilidad hacia si mismo y hacia los demás.

Sería recomendable incorporar cursos de control de las emociones a nivel de prevención de los delitos, tanto en las escuelas como en el interior de los reclusorios, pudiendo ser de cualquier técnica o religión, respetando por supuesto la libertad de las personas. Cuando las emociones destructivas pasan de lo individual a lo colectivo se llega a extremos como los linchamientos en un retorno a las etapas de la venganza privada.

Es necesario propugnar por una renovación al interior del sujeto, de la familia y de la comunidad. Por lo cual queremos para terminar hacer mención a un interesante diálogo entre Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger. *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, en donde cuestionan los fundamentos morales del estado liberal. El primero reconoce el potencial de verdad de los conceptos religiosos, mismos que el ciudadano secularizado, en tanto ciudadano del Estado no puede negar y el segundo apela a un doble proceso de aprendizaje mediante el cual la razón ilustra a la fe y a la religión y viceversa. Ratzinger se refiere a la relación cultural occidental y al catolicismo, pero menciona la necesidad de ambas de tomar en cuenta otras culturas. Así, dice, podrán “resplandecer de nuevo los valores y las normas que en cierto modo todos los hombres conocen o intuyen, y así pueda adquirir nueva fuerza efectiva entre los hombres lo que cohesiona al mundo”.⁴⁹

Como ya mencionamos, el derecho pretende ser la razón jurídica, por lo cual deberá considerar los contenidos morales y religiosos de la cultura, sin que esto implique que creyentes y no creyentes deban opinar igual, que no exista el disenso o que no haya apertura a la diversidad.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Entre Razón y religión. Dialéctica de la secularización*, Trad. Pablo Largo e Isabel Blanco, Colección Centzontle, Ed. FCE, México, 2008, pp. 32, 33, 53, 54. El Presidente de Francia, Sarkozy se refirió recientemente a la necesidad de una “laicidad positiva” entendida como el respeto de la legislación para todas las religiones, declaración pertinente en ese país ya que su Ilustración emprendió un ataque “contra el trono y el altar”, en contrario a la inglesa en que existió un gran respeto. “Conciliábulo”, *Diario de Xalapa*, 21 de sept. 2008.

Bibliografía

- ALVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Mc Graw Hill, México, 2000.
- DALAI LAMA y CUTLER, Howard C., *El arte de la felicidad. Un nuevo mensaje para la vida cotidiana*, Random House Mondadori, Debolsillo, México, 2008.
- _____, *El arte de vivir en el nuevo milenio. Una guía ética para el futuro*, Random House Mondadori, Debolsillo, México, 2006. (1ª ed., en España, 1999).
- GIDI VILLARREAL, Emilio y MORENO LUCE, Marta Silvia, *Derecho 1*, Nueva Imagen, Xalapa, México, 2007.
- GOLEMAN, David, *Emociones destructivas. Cómo comprenderlas y dominarlas. Narra un diálogo científico con el Dalai Lama*, Ed. Urano, 4ª reimp., 2006, (1ª ed. 2003).
- GRÜN, Anselm, *Armonía interior. Un camino posible*, Bonum, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Entre Razón y religión. Dialéctica de la secularización*, Trad. Pablo Largo e Isabel Blanco, Colección Centzontle, Ed. FCE, México, 2008.
- MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Trad. Tomás Fernández Aúz, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.
- PECES BARBA, Gregorio, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Núm. 83, Reimp. de la primera edición de Fontamara, 2000, México, 2004.
- REVEL, Jean-Francois y RICARD, Matthieu, *El maestro y el filósofo. ¿Es el budismo una respuesta a las inquietudes del hombre de hoy?*, Ed. Urano, Barcelona, 1998.
- RICARD, Matthieu, *En defensa de la felicidad*, Ed. Urano, Barcelona, 2005.
- VAZQUEZ, Rodolfo, *Moral, derecho y poder*, Ed. Porrúa, ITAM, México, 2005.

Los conceptos de Estado Social de Derecho, Bienestar social e Interés colectivo

María del Rosario Huerta Lara*

RESUMEN: Los conceptos de Bienestar social, Estado social de derecho e Interés colectivo no son un fenómeno reciente en América Latina. A principio del Siglo XX la entonces constitución mexicana (Querétaro, 1917) inauguraba un nuevo ciclo de reconocimiento de los llamados derechos sociales, como posteriormente lo haría la más o menos efímera Constitución de Weimar (1919) en Alemania. Ambos instrumentos fueron pioneros en la generación de Derechos de la llamada segunda generación. Como es conocido, estos proyectos se dirigieron a tutelar el interés colectivo de amplios conglomerados sociales; se trataba entonces de proteger a los trabajadores, lo mismo que a las masas agrarias, a la población paupérrima, con el objeto de extender aquellos derechos que hasta entonces se concebían como individuales. A partir de aquel momento, los derechos sociales habrán de constituirse como derechos de participación que aseguran las posibilidades de acceso al bienestar, al poder político y la riqueza. En este sentido, la formación del Estado Social y la afirmación de los derechos sociales en los textos constitucionales son dos procesos

ABSTRACT: Social welfare, Social law State and Collective interest are not a recent phenomenon in Latin America. In the early XX century the operating Mexican constitution (Querétaro, 1917), inaugurated a new cycle in the recognition of the so called social rights, such as later the ephemeral Weimar constitution (1919), would do it in Germany. Both instruments pioneered in the generation of rights of the so called second generation. As it is well known, these projects were aimed to the tutelage of collective interest of broad social conglomerates. It was meant then to protect the workers, as well as the agrarian masses and the extremely poor population in order to expand all those rights which so far were conceived as individual. There off, social rights were to be constituted as participation rights which assured the possibilities to gain access to wealth and political power. In this sense the formation of the social State and the recognition of social rights in the constitutional texts, are two interrelated processes, up to a point

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

que se relacionan, hasta el punto de afirmarse que dichos derechos constituyen uno de los aspectos o dimensiones que dotan de sustancia al Estado social y democrático.

Palabras Clave: Estado Social de Derecho, Bienestar social e Interés colectivo.

where it can be affirmed that said rights constitute one of the aspects or dimensions which endow with substance the social and democratic State.

Key Words: Social State of rights, social Welfare and Collective interest

SUMARIO: 1. Modelos de Estado de Bienestar. 2. Etimología y significado. 3. Historia. 4. Antecedentes: las Leyes de Pobres inglesas, la tradición comunitaria de los países escandinavos, el sistema Chino. 5. El intervencionismo social del Estado a finales del Siglo XIX. 6. El Siglo XX: las guerras mundiales y la crisis de 1929. 7. Elementos teóricos. 8. El Estado de Bienestar en Europa. El modelo Nórdico. El Modelo Continental; el Modelo Anglosajón; el Modelo Mediterráneo. 9. El Modelo de Bismarck y el de Beveridge. Conclusión. Bibliografía.

1. Modelos de Estados de bienestar

Para el derecho moderno las responsabilidades del Estado no se limitan solo a tutelar la vigencia de las libertades individuales, como las de garantizar el acceso a los bienes sociales. El derecho al trabajo, la salud, la educación, la asistencia social, entre otros muchos derechos de clara asignación social, se extendieron, desde el Siglo XIX, a lo largo del Siglo XX a la actualidad, en torno a los principios de igualdad, primero jurídica y posteriormente material, hasta adquirir una nueva dimensión colectiva.

La **Constitución de Weimar**, sancionada en 1919, junto a la Constitución de México, promulgada dos años antes, dio origen al constitucionalismo social, que estableció el Estado de bienestar y reconoció los derechos de los trabajadores. En ella, la cuestión social, se produce tras quebrar la idea de la igualdad social, demostrando que los trabajadores vivían en una situación inferior y deprimida. Esto supone que el derecho social se redefina y establezca que la justicia se realiza únicamente en el caso que se ordene y disponga un tratamiento desigual. Es así, como en la Constitución de Weimar, como en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, se establecen los principios del derecho social. Es en 1919 cuando se instituye la constitucionalización y la internacionalización del Derecho social. Es así como gracias al tratado de Versalles, nace la Sociedad de Naciones, la cual da origen a la Organización Internacional del Trabajo, además de la promulgación de la Constitución de Weimar.

La valía de estos proyectos se deriva del hecho de que en sendas sociedades existía un clima de emergencia social y de renovación de las instituciones fundamentales. Estos procesos combinaron ciclos de ímpetu social que finalmente coincidieron en la refundición de novedosas instituciones y la instauración de un nuevo orden jurídico. Más adelante, transcurrido el periodo de entreguerras en Europa y especialmente la segunda guerra mundial que concluiría con el surgimiento de organismos internacionales como la ONU, estos derechos, definidos como económicos y sociales, pasaron a formar parte de diversas declarativas del derecho internacional público, conformando uno de los principios esenciales y también uno de los efectos del llamado Estado social.

La cuestión social se manifestó en el orden constitucional después de la primera guerra mundial. Efectivamente, tras este conflicto bélico en Europa, luego en América Latina, se dieron los primeros reconocimientos constitucionales de los derechos sociales. De esta forma, los *Derechos sociales y la vida económica entran a formar parte del proyecto constituyente. La democracia económica y los objetivos de igualdad sustancial se insertan, provocando contradicciones y compromisos, dentro de los derechos consolidados por la tradición liberal.*¹

Empero, estos derechos interpretados bajo la óptica liberal y formalista, se les atribuyó el carácter de fuerza programática. Es decir, la condición de disposiciones constitucionales carente de fuerza normativa. Por ello, respecto a la Constitución de Weimar autores como Heller observaron que:

Mientras las ideas del liberalismo y la de democracia se han labrado al ejercer dominio y marcar la realidad social, una existencia material, las ideas socialistas se han quedado, hasta ahora, esencialmente en ideología. Por ello la sección última de la Constitución contiene, en mayor medida que las precedentes, una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar.²

En la práctica los derechos sociales fueron transformados en fórmulas vacías de contenido y sin fuerza normativa. *La Jurisprudencia de Weimar transformó muy pronto en meras fórmulas vacías de la exigencia de contenido social, estereotipadas en la Constitución, al afirmar que se trataba de fórmulas programáticas que carecían de significación concretas y que no tenían carácter vinculante alguno para el legislador del Reich.*³

¹ MANNSORI, Luca y SORDI, Bernardo, "El estado social de derecho en la constitución", en MOSQUEDA, Susana (Coord.), *El derecho fundamental de igualdad*, Ed. Palestra, Lima, 2006.

² HELLER, Hermann, "El Derecho Constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales", en MOSQUEDA, Susana (Coord.), *El derecho fundamental de igualdad*, Escritos Políticos, Ed. Palestra, Lima, 2006.

³ ABENDROTH, Wolfgang, "El Estado de Derecho Democrático y social", en MOSQUEDA, Susana (Coord.), *El derecho fundamental de igualdad*, Ed. Palestra, Lima, 2006.

Solo tras la segunda guerra mundial es posible registrar un posicionamiento de los derechos sociales en los textos constitucionales. Además estos derechos se habrán de corresponder con el llamado *Estado social y democrático de derecho*, que atribuye al Estado la obligación de llevar a cabo una adecuada política social con miras a la consecución de un orden social justo

Existen tres interpretaciones principales sobre la idea de Estado de bienestar:

1. Cuando hace referencia a la provisión de servicios de bienestar por el Estado.
2. Cuando es un modelo ideal donde el Estado asume la responsabilidad primaria del bienestar de sus ciudadanos. Esta responsabilidad es comprensiva, porque se consideran todos los aspectos del bienestar; un "sistema de seguridad", no es suficiente. Es universal, porque cubre a cada persona, a la que la legislación otorga derechos positivos.
3. Estados del bienestar puede identificarse con sistemas generales de *bienestar social*. En muchos "Estados del bienestar", el bienestar no se proporciona actualmente por el Estado, sino por una combinación de servicios independientes, voluntarios y gubernamentales.

2. Etimología y Significado

El término Estado de Providencia se forjó bajo el Segundo Imperio Francés por los republicanos que criticaban la filosofía demasiado individualista de ciertas leyes (como la ley Le Chapelier que prohibía los sindicatos), y preconizaban un "Estado Social"; se preocupaban del interés de cada ciudadano y del interés general. La expresión habría sido empleada por primera vez por el diputado Emile Olliver en 1864, para despreciar la capacidad del Estado de llevar a cabo un sistema de solidaridad nacional más eficaz que las estructuras de solidaridad tradicionales, como las corporaciones prohibidas por la citada ley.

Es hacia 1870 cuando el término alemán *Wohlfahrtsstaat* fue utilizado por los "socialistas de cátedra" (universitarios) para describir un sistema que anuncia las políticas bismarckianas en materia social.

La noción actual de Estado de providencia corresponde al término inglés de *welfare state* (literalmente: "Estado de bienestar"), forjado en los años 1940, coincidiendo con la emergencia de las políticas keynesianas de posguerra. Esta última expresión habría sido creada por William Temple entonces Arzobispo de Canterbury, como contraposición al *warfare state* ("Estado de guerra") de la Alemania Nazi.

El sociólogo T. H. Marshall define el término como una combinación especial de la democracia, bienestar social y capitalismo. Algunos otros lo identifican, erróneamente, con el llamado Estado Social o incluso la Economía social de mercado.

Para algunos es el añadido de un quinto poder del Estado: el de intervención económica, añadido a los tres poderes clásicos de Montesquieu y al cuarto poder que son los medios de comunicación. Para otros, como Claus Offe, es un cambio profundo que nos permite hablar de un **Estado Moderno**.⁴

3. Historia

El Estado de Bienestar ha sido el resultado combinado de diversos factores:

el reformismo socialdemócrata, el socialismo cristiano, élites políticas y económicas conservadoras ilustradas, y grandes sindicatos industriales fueron las fuerzas más importantes que abogaron en su favor y otorgaron esquemas más amplios de seguro obligatorio, leyes sobre protección del trabajo, salario mínimo, expansión de servicios sanitarios y educativos y alojamientos estatalmente subvencionados, así como el reconocimiento de los sindicatos como representantes económicos y políticos legítimos del trabajo...⁵

4. Antecedentes: las Leyes de Pobres inglesas; la tradición comunitaria de los países escandinavos y el sistema chino

En Inglaterra durante la época de los Tudor se implementaron una serie de legislaciones, las llamadas "*leyes de los pobres*", debido a los problemas creados por las guerras de la dinastía y posterior "disolución de los monasterios" y otras instituciones católicas -durante el reinado de Enrique VIII-, organismos que durante la Edad Media estaban tradicionalmente a cargo de las *obras de caridad* tales como ayuda a los destituidos.

Si bien esta legislación era de tipo punitivo (imponiendo penas por mendigar, vagar, etc.) durante el reinado de Isabel I con la "Ley de Pobres" de 1601, la

⁴ Offe tiene una visión crítica del Estado de bienestar, sin embargo la define como una nueva relación política: "El modo más destacado en que se media esta relación mutua en el Estado moderno es el proceso político democrático. La política democrática es el puente entre el ciudadano y el Estado. Sólo necesito apuntar aquí a los eslabones a partir de los cuales se construye ese puente: las libertades civiles y derechos políticos atribuidos al ciudadano individual, el principio de la mayoría, partidos políticos, elecciones, parlamento y ejecutivo estatal." En OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Ed. Alianza, Madrid, 1990.

⁵ OFFE, Claus, *op. cit.*, cap. VII.

legislación empieza a cambiar. Se introducen distinciones entre los “pobres discapacitados” (enfermos, ancianos, etc.), los “pobres capaces” pero que carecen de trabajo y los “pobres recalcitrantes”. En general, se busca corregir en lugar de castigar. Se establecen *Casas de Caridad*, en las cuales los pobres incapaces recibían atención, y *Casas de Industria*, en las cuales los pobres capaces podrían trabajar, y, finalmente, se establece que los “recalcitrantes” serán enviados a prisión. La responsabilidad administrativa del sistema depende de las parroquias, unidad administrativa local en el Reino Unido hasta el presente, a las cuales se les da la obligación de cuidar a sus pobres.

La importancia de esta legislación es que introduce el concepto de la responsabilidad social, (no del estado o del gobierno, si de la sociedad) por sus miembros, no sobre una base religiosa, como anteriormente o en otros países. Esta legislación, con muchas modificaciones posteriores, regirá en Inglaterra hasta la introducción del Estado de Bienestar, cuando el Estado asume esa responsabilidad social.

La tradición comunitaria de los países escandinavos. La otra fuente del concepto es la tradición de los países escandinavos, de sistemas comunitarios y mutualistas de protección social. Estos sistemas se basan en costumbres que se remontan a la época romana. (Ver Lagom y Estado de Bienestar Sueco)

El sistema chino. Otra contribución al desarrollo del concepto, a pesar de ser menos conocida, fueron los desarrollos en el siglo XI en China bajo la dinastía Song. El Primer Ministro de la época en ese país, Wang Anshi, creía que es responsabilidad del Estado proveer a los ciudadanos de los servicios esenciales para un *nivel de vida decente*. Bajo su dirección el Estado inició una serie de préstamos agrícolas y nombró comisiones a fin de regular salarios y planificar pensiones y jubilaciones para los ancianos y enfermos. Esas reformas fueron conocidas como Xin Fa o “Leyes Nuevas”.

5. El intervencionismo social del Estado a finales del siglo XIX

A lo largo de la segunda mitad del siglo XIX en la mayor parte de los países occidentales, la presión política de los movimientos obreros impulsó a los gobiernos a adaptar la legislación sobre el trabajo y el trabajo infantil, que fue progresivamente modificada. A finales de siglo apareció en Francia la educación nacional. Se crean las primeras viviendas baratas (1887), un sistema de seguros obligatorio (1910) y subsidios para las familias numerosas (1913). En Gran Bretaña se creó un sistema de pensiones para los indigentes ancianos (1908) y una garantía de empleo para los más pobres del campesinado (1911).

La mayor parte de estas medidas son, por lo general, puntuales y de alcance mínimo. Sin embargo, es en Alemania donde se desarrolla el primer sistema generalizado de protección social.

Desde su llegada al poder, Bismarck crea en 1883 la primera garantía médica obligatoria para los obreros de la industria cuyos ingresos superasen los 2000 marcos. La gestión de los fondos fue confiada a instituciones autónomas, la mayoría controladas por los representantes obreros, que debían, por primera vez, gestionar un patrimonio colectivo importante. En 1884 fue votada una *ley sobre los accidentes en el trabajo* que obligaban a los industriales alemanes a cotizar a las cajas cooperativas, destinadas a indemnizar a las víctimas. Así, el obrero totalmente inválido continuaría recibiendo el 66% del salario, y en caso de fallecimiento, la viuda continuaría recibiendo una parte. Finalmente, un sistema de jubilación obligatoria fue impuesto en 1889 por la *ley de garantía de la vejez e invalidez*.

6. El siglo XX: las guerras mundiales y la crisis de 1929

Aunque durante la Primera Guerra Mundial el Estado juega un papel mayor creando un precedente con la intervención masiva del Estado en la economía, y la fe en los mecanismos de los mercados libres para resolver los problemas, los gobiernos de Europa Occidental y Estados Unidos de América, volvieron a implementar políticas liberales después del armisticio. Cabe anotar que, a pesar de eso, la intervención estatal en la economía de postguerra no pudo ser evitada del todo, en la medida que numerosos gastos de la postguerra tales como el mantenimiento de orfanatos y los mutilados de guerra o la reconstrucción de las ciudades y regiones devastadas por el conflicto, por lo que se impusieron demandas sobre las sociedades. Esas intervenciones se dieron en un marco estatal minimalista.

Sin embargo, la continuación de las políticas del liberalismo clásico significó la continuación de las Crisis cíclicas económicas que culminaron en la Gran Depresión de los años 30, lo que empezó a tener repercusiones políticas, comenzando por mermar esa fe en el poder omnipotente de los mercados.

Esta situación tuvo dos fuentes. Una fue la incapacidad del análisis liberal clásico para explicar y resolver esas crisis, debido a la creencia de que esas se debían a una serie prácticamente infinita de elementos tales, que no se podía generalizar. En las palabras de Joseph Alois Schumpeter, “cada fluctuación económica constituye una unidad histórica que no puede explicarse sino mediante un análisis detallado de los numerosos factores que concurren en cada caso”. La

otra, fueron los compromisos del Tratado de Versalles. En ella, el economista inglés, John Maynard Keynes, denunciaba que

el Tratado no incluye ninguna provisión para la rehabilitación económica de Europa -nada para hacer un buen vecino de los derrotados Imperios Centrales, nada para estabilizar los nuevos Estados de Europa(...)-; tampoco promueve de alguna manera un pacto de solidaridad entre los Aliados mismos; ningún arreglo fue encontrado en París para restaurar el desordenado estado de las finanzas de Francia e Italia o para ajustar los sistemas del Viejo Mundo con el del Nuevo (...). Es un hecho extraordinario que el problema fundamental de una Europa que se muere de hambre y se desintegra frente a sus ojos fue el único asunto en el cual fue imposible despertar el interés de los Cuatro (poderes victoriosos)...⁶

La denuncia de Keynes, contra la inacción estatal, que argüía que las leyes económicas del mercado crean naturalmente un equilibrio económico que llevará al pleno empleo y beneficiará las mayorías. Sin embargo las críticas de Keynes fueron anticipatorias: el comportamiento de los mercados de postguerra, lejos de resolver las crisis que la habían ocasionado, las ahondó. Crearon inestabilidades políticas que llevaron a cuestionar la capacidad de la democracia para generar un bienestar general. Las respuestas clásicas, medidas monetaristas, fallaron notoriamente: Churchill en Inglaterra revaluó la moneda y Herbert Hoover en Estados Unidos de América la desvalorizó -ambas medidas ahondaron las crisis en esos países. Nuevos jefes de Estado empiezan a ser escogidos por sus programas abiertamente intervencionistas: en los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt fue elegido en 1933 con la promesa de su *New Deal* y el Frente Popular llegó al poder en Francia, en 1936.⁷

Keynes que no sólo había previsto la crisis del sistema anterior, además de cuestionar los dogmas liberales, provee una guía práctica de acción. Considera que sólo el Estado “está en condiciones de restablecer los equilibrios fundamentales”. Sea o no la intervención una medida aceptable en términos clásicos o en el largo plazo. Las Naciones Unidas (ONU) nacen con la intención declarada de “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el derecho

⁶ KEYNES, John Maynard, *The Economic Consequences of the Peace*, 1919. <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/keynes/peace.htm#Ch6> (en Inglés)

⁷ Las dictaduras que surgieron sí demostraron ser capaces de resolver las crisis. Tanto la URSS con el Plan Quinquenal, como la Alemania Nazi de pre-guerra, la Italia de Mussolini (quien fue elogiado por “hacer que los trenes corrieran a tiempo”, es decir, por poner fin a las huelgas y caos económico que había dominado a ese país) y el Japón Imperial, países todos que impusieron fuertes controles estatales a la economía, resolvieron la crisis a mediados de los 30. Esto llevó al auge de proyectos políticos totalitarios, lo que a su vez amenaza la estabilidad mundial, culminando en la Segunda Guerra Mundial (1939). Se hace evidente que una vuelta al sistema de preguerra es inaceptable y que se hace necesario uno nuevo basado en la prosperidad general y la realización de que tal prosperidad dependa, en gran medida, de la acción común estatal.

internacional” y “promover el progreso social”. Ese organismo, guiado por el espíritu keynesiano y aún en proceso de constitución, realiza en 1945, poco antes de finalizar la Segunda Guerra Mundial, una Conferencia Financiera en Nueva Hampshire (EE. UU.), que dieron lugar a los Acuerdos de Bretton Woods, donde se decide crear el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Poco después, en 1947, se firma el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), antecesor de la OMC. En lo relacionado a políticas del desarrollo de postguerra, se implementa el Plan Marshall.

7. Elementos teóricos

Una de las fuentes teóricas básica de esta corriente es la aportación de Thomas Hill Green en sus *Lecturas sobre los principios de la obligación política*, (1879-1880) en la Universidad de Oxford; siendo su postura liberal pragmática de gran influencia en su época.⁸

El alejamiento del modelo económico puro del liberalismo (Estado mínimo que no interviene en economía), comienza con el llamado capitalismo renano⁹ y la construcción del Estado alemán por Otto von Bismarck a finales del siglo XIX, con la influencia, ya que no participación del Partido Socialdemócrata de Alemania. El periodo de entreguerras ve la aparición de la referencia de una revolución proletaria en la Unión Soviética, el corporativismo de los fascismos y un Estado Social en la República de Weimar.

De interés también son los escritos de los economistas de los países escandinavos que implementaron los proyectos que antecedieron a Keynes: Gunnar Myrdal; Bertil G. Ohlin; Erick R. Lindahl; Erik Lundberg y Dag Hammarskjöld, etc. Posiblemente el modelo más adaptado al liberalismo fue el resultado de la política económica inspirada en John Maynard Keynes y llevada a cabo por Franklin Delano Roosevelt en Estados Unidos de América durante la Gran Depresión de la década de los años 30, que fue conocida como *New Deal* o “Nuevo Reparto” en español.

La posguerra de la Segunda Guerra Mundial y la reconstrucción de Europa Occidental dieron oportunidad de extender y profundizar el modelo keynesiano y

⁸ HILL GREEN, Thomas, *Lecturas sobre los principios de la obligación política (1879-1880)*, Universidad de Oxford, Ed. de Rodman, 1964.

⁹ Albert introdujo el termino, diferenciándolo del “neo-americano” (pero refiriéndose principalmente a Alemania y EEUU) como exponentes de “dos lógicas antagónicas del capitalismo en el seno de un mismo liberalismo”. MICHEL Albert, *Capitalismo contra capitalismo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1992.

el Estado de bienestar, siendo buen ejemplo el Reino Unido, donde el Partido Laborista se proponía garantizar el bienestar de la gente *de la cuna a la tumba* en un famoso eslogan. Los antiguos dominios británicos de Canadá y Australia responden al mismo modelo. Igualmente importante es la contribución alemana, la Economía social de mercado. Mientras tanto, en Francia Jean Monnet abogaba por el acercamiento de las naciones. Todas estas aproximaciones dan origen a lo que se ha llamado el modelo europeo de sociedad, contrapuesto al modelo norteamericano.

8. El Estado del Bienestar en Europa

No concurre un solo *modelo social europeo*, como contraposición al modelo social existente en los EE. UU. lo cierto es que la realidad es mucho más compleja. Existen en realidad distintos modelos sociales (es decir, Estados del Bienestar) en el seno de la UE. a pesar de que cada país tiene unas particularidades propias, se pueden distinguir cuatro modelos distintos;¹⁰ a saber: el modelo **nórdico**, en Dinamarca, Noruega, Islandia, Finlandia, Suecia y Holanda. El modelo **continental**, de Austria, Bélgica, Francia, Alemania y Luxemburgo. El modelo **anglosajón**, de Irlanda y Gran Bretaña. El modelo **mediterráneo**, de Grecia, Italia, Portugal y España.

El modelo nórdico. Este modelo, presenta el nivel más alto de protección social y su característica principal es la provisión universal basada en el principio de *ciudadanía*, es decir, que existe un acceso más generalizado, con menos condiciones, a las prestaciones sociales. Este modelo se caracteriza también por un elevado *tax wedge*.¹¹

El modelo continental. Es similar al anterior pero con una mayor proporción de gastos orientados a las pensiones. Se basa en el principio de *seguridad* y en un sistema de subsidios no condicionado a la empleabilidad (por ejemplo en Francia, dónde existen subsidios cuyo único requisito es tener más de 25 años).y los subsidios por invalidez.

El modelo anglosajón. Este modelo está caracterizado por un menor Estado del Bienestar que los anteriores y por una asistencia social de tipo *last resort* más importante. Los subsidios se dirigen en mayor medida hacia la población en edad de trabajar y en menor medida hacia las pensiones. El acceso a los subsidios está condicionado en mayor medida a la empleabilidad (por ejemplo, se condicionan los subsidios a que la persona haya trabajado anteriormente).

¹⁰ SAPIR, A., Globalisation and the Reform of European Social Models, Bruegel, Bruselas, 2005. Accesible por internet.

¹¹ El tax wedge corresponde a los impuestos y contribuciones sociales del empleado y el empleador.

El modelo mediterráneo. Este modelo corresponde a los países que han desarrollado un Estado del Bienestar más tardíamente (años setenta y ochenta). Se trata del modelo social con menores gastos y está fuertemente basado en las pensiones y en unos gastos de asistencia social muy bajos. Existe en estos países una mayor segmentación de los derechos y status de las personas que reciben subsidios, que se refleja en un acceso muy condicionado a las prestaciones.

9. El modelo de *Bismarck* y el de *Beveridge*

Otros autores resumen las anteriores distinciones en dos modelos principales para la procuración de la seguridad pública: el llamado modelo de *Bismarck* y el de *Beveridge*, por sus similitudes con los desarrollados en Alemania a partir de 1881, cuando el canciller Bismarck introdujo el Seguro Social, y el modelo inglés concretado a partir del informe *Beveridge*, a principios de la cuarta década del Siglo XX. Se puede decir que estos modelos orientan el desarrollo de la política social en Europa durante el siglo anterior y que fueron la base para las ideas que sustentaron el desarrollo de las políticas sociales latinoamericanas.¹²

El llamado modelo alemán estableció en Europa el primer sistema amplio de seguridad que lo consolidó jurídicamente en 1884, prescribía provisiones sociales para los trabajadores mediante un sistema de seguros de accidentes y riesgos de salud, que se dirigían hacia preservar las capacidades físicas y mentales de las fuerzas de trabajo como parte del capital nacional. La concepción de la fuerza laboral como riqueza que era necesario salvaguardar, se ampliaba con el principio de que el Estado y la sociedad deberían garantizar protección a las partes más débiles, contra las vicisitudes del trabajo industrial.¹³

En este modelo la protección social fue asumida como una óptica de impulso al desarrollo capitalista y como un instrumento de integración de la clase trabajadora, compatible con las necesidades del mercado y las diferencias de condición socioeconómica. Tales concepciones para la previsión social implicaban: esquemas diferenciales y jerarquizados de protección de los trabajadores; acceso a beneficios sociales considerados como recompensas al trabajo y a los esfuerzos individuales; y formas de apoyo asistencial contempladas como alivios temporales, sustentada en una intención benevolente, en tanto podían ser resueltos los problemas de los pobres mediante el trabajo y el florecimiento de la economía. Esto significaba en la práctica que el Estado limitaba su intervención ante los problemas

¹² KUSNIR, Liliana, *La política social en Europa*, Ed. Porrúa, México, 1996.

¹³ RABINBACH, Anson, en GUADARRAMA, Gloria, *Entre la Caridad y el Derecho*, El Colegio Mexiquense, Toluca, 2001.

de la pobreza, únicamente a los casos que otras instituciones como la familia o la iglesia, no podían brindar la provisión indispensable.

Por su parte, la perspectiva de Beveridge, desarrollada en el Reino Unido, después de la segunda guerra mundial, promovió un arreglo completo de servicios sociales y de seguro en torno a una visión en que el Estado podría, de modo casi universal, asegurar mínimos nacionales de protección para todos los ciudadanos; contra la vejez, la discapacidad, la enfermedad, el desempleo y otras causas de ingreso insuficiente. La suma de estas de estas innovaciones fue el ya citado *Welfare State*, *El Estado benefactor*, término que aludía tanto a la preocupación de los ingleses por los daños causados por la guerra, como a contrastar la intención protectora de sus ciudadanos con las calamidades causadas por el Estado de guerra de la Alemania Nazi.¹⁴

Durante el mismo periodo, otras naciones, particularmente los países escandinavos, establecieron Estados benefactores de pleno empleo, por medio de políticas sociales coordinadas con una fuerte intervención del Estado y programas de administración macroeconómicas dirigidas a los mercados

Las diferentes perspectivas de la protección social contenidos en los modelos de Alemania e Inglaterra, conformaron tendencias de política que fueron vistas tradicionalmente como opuestas, utilizándose incluso para clasificar los distintos regímenes de política social de los Estados nacionales, sin embargo, y no obstante sus diferencias el estudio comparado de las formas en que los Estados construyen sus sistemas de protección social, hace evidente que hoy día en la mayoría de las naciones occidentales, existen ambos enfoques y se encuentran combinados.

El fin del consenso del Estado benefactor. Existen diversos estudios que advierten el papel que los organismos financieros multilaterales en la crisis de los Estados de bienestar. Estos trabajos señalan los aspectos en que los cambios que son interpretados como el fin del consenso sobre el Estado benefactor. Pueden ser referidos en alguna medida, a puntos de vista y condicionamientos de estas organizaciones internacionales, respecto a las prioridades que deben observar los países en sus políticas sociales y económicas; apoyando acciones restrictivas en las políticas sociales y subordinándolas a la actividad económica.¹⁵

¹⁴ SKOCPOL, Theda, *Social Policy in the United States, future possibilities in historical perspective*, Princeton, University Press, Nueva Jersey, 1995, op. cit. en GUADARRAMA, Gloria, *Entre la Caridad y el Derecho*, El Colegio Mexiquense, Toluca, 2001.

¹⁵ PIERSON, Christopher, *Beyond the Welfare state: The new political economy of welfare*, 2ª ed., University Press, Pennsylvania State 1998, y en VILAS, Carlos, "De ambulancias, bomberos y policías: la política social del neoliberalismo) notas para una perspectiva macro", en PINEDA

Como puede observarse, las distinciones entre asistencia social y seguridad social en los términos referidos a los modelos de protección social, se marcan no tanto en la concepción de la protección como en el conjunto de derechos sociales, sino en los mecanismos en que esta puede ser alcanzada. En este contexto se puede afirmar que es con la perspectiva de un sistema amplio y generalizado de protección, garantizado como un derecho para todos los ciudadanos, que la asistencia establece vínculos que se enlazan en torno a su intención protectora de los pobres y compensatoria de las desigualdades.

Conclusión

El gran descubrimiento cultural, a raíz de los derechos económicos y sociales, y después por imitación de los colectivos marginados o de las personas situadas en relaciones sociales de inferioridad, es la invocación de los derechos fundamentales para resolver esos problemas; atribuyendo derechos a esos colectivos específicos, con la finalidad de restablecer la igualdad a través de las técnicas que algunos llaman *discriminación inversa*, pero que también se prefiere llamar *igualdad como diferenciación*, tratando desigualmente a los desiguales, es decir construyendo derechos no para todos sino solo para los que necesitan el restablecimiento de la igualdad. A diferencia de los privilegios medievales que no tenían un objetivo de igualación, sino de trato diferenciado estático a determinados colectivos, no por encontrarse en situación de inferioridad, sino por encontrarse en situación de superioridad, o por pretender alcanzar una situación de superioridad, en los derechos modernos del ser humano, el trato diferenciado pretende conseguir la igualdad, en tanto que en el privilegio medieval, el trato diferenciado pretende conseguir y mantener la desigualdad.¹⁶

Marcela (ed.), *Las Políticas sociales de México en los años noventa*, Instituto Mora-UNAM-FLACSO-Plaza y Valdés, México, 1998.

¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

Bibliografía

- ABENDROTH, Wolfgang, "El Estado de derecho democrático y social", En *El derecho fundamental de igualdad*, MOSQUEDA, Susana (Coord.), Ed. Palestra, Lima, 2006.
- HELLER, Hermann, "El Derecho Constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales", *El derecho fundamental de igualdad*, MOSQUEDA, Susana (Coord.), Ed. Palestra, Lima, 2006.
- HILL GREEN, Thomas, *Lecturas sobre los principios de la obligación política (1879-1880)*, Universidad de Oxford, Ed. de Rodean, 1964.
- KEYNES, John Maynard, *The Economic Consequences of the Peace* (1919) <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/keynes/peace.htm#Ch6> (en Ingles)
- KUSNIR, Liliana, *La política social en Europa*, Ed. Porrúa, México, 1994.
- MANNSORI, Luca y SORDI, Bernardo, *El estado social de derecho en la constitución. En Justicia y administración*, en *El derecho fundamental de igualdad*, MOSQUEDA Susana (Coord.), Ed. Palestra, Lima, 2006.
- MICHEL, Albert, *Capitalismo contra capitalismo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1992.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Pablo de Azcárate, Sarpe, España, 1984.
- OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Ed. Alianza, Madrid, 1990.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- PIERSON, Christopher, *Beyond the Welfare state: The new political economy of welfare*, 2a ed., University Press, Pennsylvania State, 1994.
- PINEDA, Marcela (ed.), *Las Políticas sociales de México en los años noventa*, Instituto Mora-UNAM-FLACSO-Plaza y Valdés, México, 1998.
- RABINBAH, Anson, en *Entre la Caridad y el Derecho*, GUADARRAMA, Gloria, El Colegio Mexiquense, Toluca, 2001.
- SAPIR, A., *Globalisation and the Reform of European Social Models*, Bruegel, Bruselas, 2005. Accesible por internet.
- SKOCPOL, Theda, *Social Policy in the United States, future possibilities in historical perspective*, Princeton, University Press, Nueva Jersey, 1995.
- VILAS, Carlos, "De ambulancias, bomberos y policías: la política social del neoliberalismo, notas para una perspectiva macro", en *Las Políticas sociales de México en los años noventa*, Marcela Pineda (ed.), Instituto Mora-UNAM-FLACSO-Plaza y Valdés, México, 1998.

El proceso de comunicación pública garantizado por la Constitución mexicana

Luz del Carmen Martí Capitanachi*

RESUMEN: *En el presente trabajo la autora presenta un panorama de cuál es el proceso de comunicación pública protegido por la Constitución mexicana, el cual está basado en el principio democrático y protege ampliamente las libertades de expresión, información y prensa.*

Palabras clave: *proceso de comunicación pública, libertad de información*

ABSTRACT: *In this paper the author presents a panorama about the public communication process protected by the Mexican Constitution, which is based on a democratic principle and broadly protects freedoms of expression, information and press.*

Key words: *public communication process, freedom of information.*

SUMARIO: Introducción. 1. El proceso de comunicación pública en el Estado democrático. 2. La comunicación pública en la Constitución mexicana. 3. La Suprema Corte y el proceso de comunicación pública. 4. Las reformas al artículo 6° Constitucional. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

Estamos viviendo actualmente lo que se llama la sociedad de la información, caracterizada por la aparición de una serie de nuevas tecnologías de la información. La sociedad misma ha cambiado sus rasgos distintivos, ya que no puede permanecer ajena a fenómenos como la globalización, y sus impactos económicos, sociales, culturales y políticos. Es en este último aspecto en que los fenómenos informativos, la difusión de la publicidad y de la propaganda, así como una mayor participación política tienen lugar.

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad veracruzana, actualmente con licencia. Consejera del Instituto Veracruzano de Acceso a la Información. Investigadora Nacional nivel I.

El derecho no puede permanecer estático ante estos cambios, por lo que es necesario configurar jurídicamente esta nueva realidad. En efecto, toda decisión sobre lo público en el Estado democrático, toda decisión sobre las cuestiones relativas a la gestión de los asuntos públicos, aquéllas que pueden afectar a los miembros de la comunidad directa o indirectamente, requiere la pre-existencia de procedimientos que permitan la participación de los miembros de la comunidad en la toma de esa decisión. Se requiere de la garantía de la igualdad de condiciones en la participación en la toma de decisiones y de la libertad, tanto en la decisión de participar, como en el modo de hacerlo.

1. El proceso de comunicación pública en el Estado democrático

Este proceso es necesario en el Estado democrático, entre otras razones, porque constituye el presupuesto de la formación de la voluntad política y jurídica de la comunidad, que se traducirá en forma directa o indirecta en una decisión sobre lo público, en un proceso continuo y unitario que repercute en la formación de la voluntad jurídica del Estado.

Tal proceso de comunicación tiene por función asegurar un modelo de comunidad comunicativa a través de la imposición de ciertas reglas sobre la comunicación interindividual que garanticen las condiciones ideales de un debate sobre lo público libre e igual, “pues sólo si ese debate es libre e igual puede afirmarse que quien interviene en él lo hace a título de <<persona-ciudadano>> (interlocutor válido) parte del Estado-comunidad, y no de <<súbdito>> del Estado-aparato.”¹

Cada Constitución debe diseñar un proceso de comunicación pública que proteja la libertad de expresión e información mediante procedimientos para actuar en el marco de la comunicación pública con libertad, en una “comunidad ideal de comunicación” como la propuesta por Habermas,² formada por un conjunto de reglas sobre la forma de acceder a tal proceso y de funcionamiento del mismo para asegurar la libertad y la igualdad de quienes participan en él.³

¹ VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los derechos del público: La revisión de los modelos clásicos de proceso de comunicación pública”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, año 23, Madrid, mayo-agosto de 2003, p. 129.

² HABERMAS, Jürgen, *Acción Comunicativa y razón sin trascendencia*, Ed. Paidós Studio, Barcelona, 2002; *Teoría de la Acción comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1983; *Facticidad y Validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 407 y ss.

³ VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los derechos del público: La revisión de los modelos clásicos de proceso de comunicación pública”, *op. cit.*, p. 129.

El proceso de comunicación pública garantizado por la Constitución mexicana

El liberalismo clásico tenía como preocupación proteger el acceso, en igualdad de condiciones, a cualquier individuo como emisor expresando su opinión o información sobre *lo público*, pero no le preocupaba proteger al receptor de la información. Al incluirse en las constituciones modernas los derechos sociales al lado de las libertades clásicas, y el principio democrático, la titularidad de un derecho fundamental no sólo define una posición individual *frente* al Estado, también protege una determinada posición del individuo en el Estado:

Bajo esta nueva óptica muchas de las constituciones modernas salvaguardan no sólo los derechos de libertad de quien se expresa o informa, sino también la posición jurídica del receptor de esa información frente a las injerencias del poder público o de los particulares[...] Esto obliga al Estado a estar presente en el proceso de comunicación pública no sólo a través de la publicidad de sus normas y la transparencia de sus actos, sino también facilitando él mismo información a la comunidad, impidiendo que otros obstruyan su circulación o, simplemente, protegiendo la esfera privada de la curiosidad ajena. En otras palabras, el Estado se ha transformado en un garante obligado de la libertad individual.⁴

Es importante que el Estado democrático proteja el proceso de comunicación pública para permitir la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos como uno de los requisitos de realización de la democracia. Debe procurarse que en esa protección se incluyan tanto el sujeto activo o emisor de la información, como el sujeto pasivo o receptor, ya que en el moderno proceso de comunicación pública la protección de ese sujeto pasivo, constituye un fundamento para justificar la intervención del Estado en el proceso y en la imposición de restricciones en otros derechos fundamentales, en especial del sujeto activo.

Esto es así porque la libertad de expresión e información relevante socio-políticamente en la actualidad no es la que ejerce de acuerdo a la tradición liberal el “orador en la esquina de la calle”, sino la que ejercen los medios de comunicación, ellos son los que crean las grandes corrientes de opinión. Por ello adquiere relevancia en el proceso de comunicación pública del Estado democrático el receptor de la información, y el funcionamiento de este proceso y su consecución: garantizar el libre e igual acceso de cualquier interesado al debate de los asuntos relativos a la gestión de lo público para poder informarse y, en su caso, opinar y votar.

2. La comunicación pública en la Constitución mexicana

El modelo de comunicación pública consagrado en la Constitución mexicana de 1917 en los artículos 6º referente a la libertad de expresión y libertad de

⁴ *Ibidem*, p. 23.

información y 7° a la libertad de prensa, parte del principio democrático reconocido en el artículo 40 constitucional⁵ al establecer: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, *democrática*, federal....” Este principio democrático es un principio estructural de todo el sistema constitucional mexicano y se hace eficaz en un triple momento que coincide con los tres elementos en que se admite que se realiza la democracia: la fundamentación del poder, el de la participación en el poder, y el de la organización y funcionamiento de los poderes públicos.

En una primera y fundamental dimensión, el principio democrático actúa como principio de legitimación originaria: “significa ello que sólo la referencia al consentimiento fundamental de los gobernados, convertido así en última instancia del poder legitima todo el orden de autoridades del Estado y todo el orden de prescripciones del Derecho, incluida la propia Constitución”.⁶ Así entendido, el principio democrático se confunde con el tema de la soberanía, que de acuerdo al artículo 39 Constitucional sostiene que el poder pertenece en última instancia al pueblo: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. En efecto, el consentimiento a través de la participación de los ciudadanos en la formación del poder es una condición de la legitimidad de origen que determina su organización.

En segundo lugar, el principio democrático opera como principio de participación que postula la necesaria conexión entre el poder y los ciudadanos, que asegura la condición democrática del ejercicio del poder, ya sea en forma de intervención directa de los ciudadanos en las tareas del Estado, o más comúnmente, en la designación de quienes la realizan, como lo señala el artículo 41.

Por último, el principio democrático, como principio de organización del poder, rige la organización y funcionamiento de ciertas instituciones claves para el sistema, como el Congreso de la Unión, y otras organizaciones que sin ser instituciones de carácter público, tienen una clara relevancia en él, como los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones profesionales. En estos dos niveles, el principio democrático existe como *principio de pluralidad*, como *principio mayoritario*, o de decisión de la mayoría, dado que ésta es la regla fundamental de

⁵ La Constitución Mexicana de 1917 fue una de las primeras en incluir el principio democrático.

⁶ GARRORENA MORALES, A., “Voz: Estado Democrático” en *Temas básicos de Derecho Constitucional I, Constitución, Estado Constitucional y fuentes de desarrollo*, ARAGÓN REYES, Manuel (coordinador), Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 110.

El proceso de comunicación pública garantizado por la Constitución mexicana

la democracia, y como *principio de respeto a las minorías*, que permite la existencia del principio de pluralidad que debe presidir el Estado democrático.⁷

Además, en nuestro país, como lo establece el artículo 3° al referirse a la educación que imparta el Estado, se considera a la democracia “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. En estas condiciones, la democracia y los procedimientos a ella asociados, referidos a un núcleo básico de convicciones y criterios como la soberanía popular, competencia por el ejercicio del poder por medio de elecciones periódicas, la participación, el libre debate, así como la limitación del poder público por el constitucionalismo, la publicidad en la actuación de las autoridades, la transparencia y la vigilancia de la sociedad civil de esa actuación, son signos de nuestro tiempo.

Las libertades de expresión, de información y de prensa consagradas en la Constitución mexicana, como las demás garantías individuales, son piezas sustanciales y constitutivas del Estado democrático porque definen el estatuto básico del ser humano y ciudadano mexicano, que consagran un modelo de comunicación pública en el que no son sólo derechos de libertad de expresión, u opinión del emisor en el sentido clásico, sino derechos a recibir cualquier información existente en el proceso de comunicación pública, sea o no democráticamente relevante, porque el principio democrático se realiza mediante la libre recepción de toda la información que circula en el proceso de comunicación.

Este proceso debe estar garantizado en forma abierta y libre para todo aquel que quiera participar en él para opinar o informar, pues sólo así se puede ejercer el derecho correlativo a recibir libremente información. La existencia misma del proceso en estas condiciones de apertura, libertad e igualdad, es lo que realiza el principio democrático, y permite satisfacer el ideal de un público bien informado, capaz de tomar decisiones racionales a través de un proceso comunicativo regido por el principio de la fuerza del mejor de los argumentos.⁸

Dentro de esa libertad de expresión e información es cosa de cada quien elegir la opinión o la información seria y veraz, de entre todas las posibles, incluso están protegidas las referidas al ocio o al entretenimiento, pero también debe caber

⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁸ Cfr. VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los derechos del público: La revisión de los modelos clásicos de proceso de comunicación pública”, *op. cit.*, p. 131.

el derecho a recibir toda la información que el Estado posee y que por ley tiene el deber de difundir.

En la garantía de los derechos del público a recibir información se inserta la garantía del pluralismo informativo y, por lo tanto, de una determinada estructura jurídica del proceso de comunicación pública.

En efecto, esa protección debe comprender además de la posición del emisor, a la manera de las libertades liberales clásicas, la del receptor de opiniones o de información, porque en el proceso de comunicación pública no sólo participan quienes deciden emitir informaciones, sino también el público, que está compuesto por individuos que forman parte de las “generaciones vivas” que ejercen la soberanía. Por eso el proceso de comunicación pública garantizado por la Constitución mexicana debe tener en cuenta la posición jurídica del receptor y la garantía de que la formación de su opinión y voluntad política debe realizarse libremente y en condiciones de igualdad.

Este es el fundamento constitucional de las medidas destinadas a regular las empresas informativas, para corregir las distorsiones que la libre concurrencia del modelo de libre mercado provoca y las repercusiones sobre la pluralidad de la información. En la protección de los derechos del público, de los receptores de la información, se encuentra la justificación de la intervención del Estado.

3. La Suprema Corte de Justicia y el proceso de comunicación pública

La Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de sus interpretaciones ha jugado un importante papel en la construcción de este proceso de comunicación pública, paralelamente a su regulación por las leyes y normas que rigen a la sociedad, reconociendo a la libertades de expresión, información y de prensa como pilares de los Estados democráticos modernos, como enseguida veremos.

El papel de la libertad de prensa en una sociedad que aspira a ser democrática fue resaltado en la sentencia el 20 de febrero de 1933 en el amparo en revisión promovido por Carlos R. Menéndez y Gabriel A. Menéndez Reyes de *El Diario de Yucatán*,⁹ contra actos de diversas autoridades del Estado de Yucatán, en donde se

⁹ Puede consultarse más ampliamente sobre estas resoluciones en VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto, “El Constituyente de 1917, Quinta Época (1° de junio de 1917 al 30 de junio de 1957)”, en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, Ed. Porrúa, México, 2002, pp. 51 y ss.

El proceso de comunicación pública garantizado por la Constitución mexicana

realiza una defensa del papel de la prensa como elemento vigilante de los poderes públicos:

[...] una de las garantías individuales por las que más se ha luchado en nuestro medio social, es la consignada en el artículo 7° de la Constitución General de la República, complementada con lo que señala el artículo 6° del mismo Código fundamental [...] Por este motivo, toda actitud de cualquiera autoridad inclinada a entorpecer la libre manifestación de las ideas, es considerada como contraria a los ideales proclamados por ese gran movimiento revolucionario que lucha por implantar en el país un régimen de más pura justicia social.

Por su parte, la importancia de la prensa en la formación de la opinión pública fue puesta de relieve en la sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte el 12 de abril de 1934, en el recurso de amparo promovido por Agustín Arriola Valadez:

Esta sala no cree inoportuno reiterar su criterio de que la opinión pública, como medio de controlar a los depositarios del poder del Estado, es una garantía social de carácter imprescindible en el régimen democrático, que es el adoptado por nuestra Constitución Política en su artículo 40, y de que la libertad de la prensa es necesaria para que la opinión pública pueda expresarse, de suerte que tal libertad viene a estar ligada íntimamente con el buen funcionamiento de las instituciones políticas y debe reputarse que el artículo 7° de la Constitución General de la República, además de una garantía a favor de los individuos que publican sus ideas por el medio mecánico de la impresión, establece una condición de vida política de gran utilidad colectiva.

En relación a la crítica a los servidores públicos, merece también mencionarse la sentencia de 28 de agosto de 1935, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia con motivo del recurso interpuesto por Agustín Arriola Valadez:

Tratándose de la emisión de las ideas por medio de la prensa, nuestra Carta Fundamental consagra esa garantía en términos muy amplios persiguiendo propósitos sociales fundamentalísimos como son propugnar indefinidamente por el progreso y bienestar de las sociedades, permitiendo a los individuos criticar en forma amplísima todas aquellas instituciones que tiendan a detener el progreso y el bienestar de los asociados [...] por lo demás, esa función social de la emisión libre del pensamiento por medio de la prensa tiene una gran ventaja para las sociedades, como es la de cambiar regímenes que les sean perjudiciales, dándoles posibilidades a los gobernados para que critiquen con la amplitud necesaria los actos de los gobernantes, cuando éstos no se ciñan a las tendencias moralizadoras y benéficas para la sociedad.

En el mismo sentido puede mencionarse la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte el 8 de febrero de 1934 mediante la cual se otorgó el amparo de la justicia federal al periodista veracruzano Juan Malpica Silva del *Diario El Dictamen*, quien había sido condenado por los delitos de difamación y calumnias en perjuicio del Gobernador de Veracruz Adalberto Tejeda:

La persecución de las ideas de crítica, aun en el supuesto de ser equivocadas o apasionadas, la censura no conseguiría más fin que extender y propagar el error o la pasión de los que censuran sin razón los actos de los funcionarios públicos; en tanto que la libre discusión sobre los actos de los propios funcionarios y sobre las doctrinas económicas y filosóficas, que constituyen la acción pública de Poder, entraña asimismo, el debate sobre las críticas enderezadas contra los repetidos funcionarios, sus actos y doctrinas; y en la mayoría de los casos basta sacar a la pública discusión la censuras injustas para que éstas se desvanezcan por sí mismas.

Otro ejemplo de defensa de la Suprema Corte del derecho de crítica a los funcionarios públicos, en este caso el gobernador de Tabasco Tomás Garrido Canabal, lo constituye la sentencia de 2 de octubre de 1941 emitida por la Primera Sala, con motivo del recurso interpuesto por Isidoro Pedrero Focil, en donde se sostiene:

El hecho de protestar públicamente contra la administración pública no constituye sino una forma clara y franca de crítica al Gobierno, y en un régimen republicano como el nuestro, demócrata y popular, esa crítica, si no es hecha en términos injuriosos, no sólo viene a ser un acto punible, sino que debe considerarse como un medio saludable para obtener un buen régimen gubernativo, que se traduce en el bienestar general.

En lo que respecta al derecho a la información, contenido en la frase adicionada en 1977 al artículo 6º Constitucional, “El derecho a la información será garantizado por el Estado”, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia a partir de 1996,¹⁰ al decidir sobre una investigación del caso Aguas Blancas solicitado por el Presidente de la República, en los términos del artículo 97 constitucional, sostuvo una interpretación del artículo 6º muy diferente a lo resuelto por primera vez en el caso Burgoa (en el amparo en revisión 10556/83, en la que basándose en la exposición de motivos de la reforma constitucional, afirmó que el derecho a la información era una garantía social limitada a asegurar la expresión de los partidos políticos por los medios de comunicación).

En este caso parte también de la exposición de motivos de la iniciativa de adición al decir que se trata “de un derecho básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y que contribuirá a que ésta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad”; del dictamen de la Cámara de Diputados tomó “que la información es un factor de primera importancia en las sociedades modernas,” “que si la información no puede comprobarse, la misma ‘cae en la deformación’ y que para lograr la generalización

¹⁰ El seguimiento de todas las resoluciones sobre este tema es posible consultarlas en COSSÍO D., José Ramón, “El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del Poder Judicial de la Federación (1969-2001)”, en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación*, op. cit., pp. 103 y ss.

El proceso de comunicación pública garantizado por la Constitución mexicana

de este aspecto, debe constituirse una garantía social”; del dictamen de la Cámara de Senadores destacó que mediante la reforma al artículo 6° se “eleva a rango constitucional el derecho a la información, que es una de las bases de sustentación de la democracia como forma de vida”:

Tan importante como los acontecimientos concretos y lesionantes de El Vado de Aguas Blancas, resulta el manejo público oficializado de los mismos. Es ahí donde aparece como sumamente preocupante para la sociedad mexicana la persistencia en incurrir en una política falta de ética, de ocultamiento, de engaño y de desprecio a la propia sociedad, por parte de quienes son elegidos o designados precisamente para defenderla y servirla.¹¹

Esta interpretación de la Suprema Corte marca una segunda etapa, en que quedó desligada de la relación entre el derecho a la información y la reforma política, y dejó abierta la posibilidad de que en un amparo posterior se pronunciara sobre la naturaleza del derecho a la información: como una garantía social o garantía individual.

El siguiente pronunciamiento importante se puede encontrar en el Amparo en revisión 3137/98 resuelto el 2 de diciembre de 1999 interpuesto por Bruno F. Villaseñor. La Suprema Corte relacionó los conceptos de violación con el derecho a la información invocado, y en la sentencia realizó una genealogía sintetizada del mismo en los instrumentos internacionales, que va desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, hasta la reforma constitucional de 1977. Señaló los principales aspectos que tal derecho comprende y comenzó a indicar sus alcances así como el señalamiento expreso de sus titulares:

Como garantía constitucional que es el derecho a la información, es patente que su titular es todo aquel sujeto que se encuentra en la situación de gobernado, atendiendo al artículo 1° de la Constitución, en consecuencia, la totalidad del derecho debe considerarse atribuida a cualquier persona jurídica, física o moral, en la medida en que las personas jurídicas son reconocidas por la ley.¹²

Al ser el sujeto pasivo del derecho a la información el Estado, sigue diciendo la resolución, la obligación de informar debe recaer en cualquiera de las entidades en que esa expresión pueda materializarse. Amplió los alcances de dicha garantía

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. III, junio de 1996. “Garantías individuales, (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, establecido por el artículo 6° de la Constitución Federal”, tesis P. LXXXIX/96, núm. de registro 200, aislada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 513.

¹² *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, “Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6° constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y la obligación del Estado a informar verazmente”, tesis P. XLV/2000, Suprema Corte de Justicia, México, p. 72.

constitucional, al establecer que este derecho, vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales.

En cuanto al contenido del derecho, se sostuvo que información: “Es toda aquella que incorporada a un mensaje tenga *carácter público y sea de interés general*, es decir, todos aquellos datos, hechos, noticias, opiniones e ideas, que puedan ser difundidos, recibidos, investigados, acopiados, almacenados, procesados o sistematizados por cualquier medio, instrumento o sistema”.

La información que debe proporcionar el Estado no constituye un derecho absoluto, de ahí que pueda limitarse por tres causas, de acuerdo con esta resolución de la Corte: el interés nacional e internacional, los intereses sociales y por el respeto a los derechos de tercero:

El derecho a la información... no es absoluto, sino que, como toda garantía, se encuentra sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como “reserva de información” o “secreto burocrático”. En estas condiciones, al encontrarse obligado el Estado, como sujeto pasivo de la citada garantía, a velar por dichos intereses, con apego a las normas constitucionales y legales, el mencionado derecho no puede ser garantizado indiscriminadamente, sino que el respeto a su ejercicio encuentra excepciones que lo regulan y a su vez lo garantizan, en atención a la materia a que se refiera; así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados.¹³

Lo que es necesario resaltar de esta resolución en relación al derecho a la información es, por una parte, el avance que significó la definición de sus titulares y de establecer quiénes eran los sujetos obligados y, de manera general, su contenido. Por lo que respecta a los obligados, lo circunscribió a la parte del derecho a la información que se refiere sólo a la información pública gubernamental.

También es cuestionable que la Corte se extendiera en lo relativo a los límites del derecho, a cargo de la autoridad, “contenidos en la propia Constitución”, sin

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Pleno, TXI, abril 2000, tesis P. LX/2000, p. 74.

El proceso de comunicación pública garantizado por la Constitución mexicana

haber avanzado más ampliamente en la construcción del derecho a la información para todos los ciudadanos.

En marzo del 2000¹⁴ en la sentencia engrosada del amparo en revisión 2099/99 promovido por Evangelina Vázquez Curiel, el Pleno de la Suprema Corte en lo que respecta al derecho a la información cita los diversos instrumentos internacionales que nuestro país ha ratificado y transcribe las principales tesis que hasta el momento se han sustentado por la Corte, por lo que constituye una síntesis del criterio de la Corte en relación al tema:

[...]luego, nada se niega a su conocimiento o se le comunica carente de veracidad, bajo ninguna de las perspectivas en que puede entenderse el derecho a la información que como garantía social, política e individual consagra el invocado artículo 6° constitucional.

4. La reforma al artículo 6° Constitucional

El 6 de junio de 2006, se reformó el artículo 6° de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental para adicionarle el principio de máxima publicidad¹⁵ ya de acuerdo al principio democrático, la publicidad debe ser la regla o principio general, en tanto que la reserva o secreto es la excepción, que sólo resulta aceptable en la medida en que constituya un instrumento indispensable y debidamente justificado para la protección de intereses legítimos.

A cuatro años de vigencia de la ley federal y de las leyes de las entidades federativas, la asimetría en la regulación del derecho de acceso así como de los órganos garantes, provocó que se reformara la Constitución General de la

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, “Derecho a la información y garantía de audiencia. Los artículos 48 de la Ley de la CNDH y 104 de su Reglamento interno, no los violan porque, aun cuando establecen como facultad discrecional la expedición de documentos y copias, no la prohíben”, tesis P.XLVI/2000, Ponencia del ministro Juan Díaz Romero, México, Suprema Corte de Justicia, p. 74.

¹⁵ 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.

República y en el artículo 6°¹⁶ se establecieran los principios y bases que hicieran posible que el derecho a saber de los mexicanos transitara de manera homogénea. Vencido el plazo de las adecuaciones de las legislaciones locales el pasado mes de julio, la mayoría de los estados hizo las adecuaciones necesarias a sus textos, no así la ley federal.

Reflexión final

La construcción de este proceso de comunicación pública tan importante para la vida democrática de los mexicanos, ha durado más de treinta años, y a ello ha contribuido de manera importante tanto nuestro documento fundamental como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, pero es partir de las reformas recientes al artículo 6° Constitucional que se irá delineando el derecho a la información, en especial el derecho de acceso a la información pública, como un componente real del Estado democrático al que todos aspiramos.

¹⁶ Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos. IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos. VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes. (Adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007).

**El proceso de comunicación pública garantizado
por la Constitución mexicana**

Bibliografía

- COSSÍO D., José Ramón, "El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del Poder Judicial de la Federación (1969-2001)", en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, Ed. Porrúa, México, 2002.
- GARRORENA MORALES, A., "Voz: Estado Democrático" en *Temas básicos de Derecho Constitucional I, Constitución, Estado Constitucional y fuentes de desarrollo*, ARAGÓN REYES, Manuel (coordinador), Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Acción Comunicativa y razón sin trascendencia*, Ed. Piadós Studio, Barcelona, 2002.
- _____, *Facticidad y Validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998.
- _____, *Teoría de la Acción comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1983.
- Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Pleno, TXI, abril 2000, tesis P. LX/2000.
- Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. III, junio de 1996. "Garantías individuales, (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, establecido por el artículo 6° de la Constitución Federal", tesis P. LXXXIX/96, núm. de registro 200, aislada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, "Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6° constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y la obligación del Estado a informar verazmente", tesis P. XLV/2000, Suprema Corte de Justicia, México.
- Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, "Derecho a la información y garantía de audiencia. Los artículos 48 de la Ley de la CNDH y 104 de su Reglamento interno, no los violan porque, aun cuando establecen como facultad discrecional la expedición de documentos y copias, no la prohíben", tesis P. XLVI/2000, Ponencia del ministro Juan Díaz Romero, México, Suprema Corte de Justicia.
- VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto, "El Constituyente de 1917, Quinta Época (1° de junio de 1917 al 30 de junio de 1957)", en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, Ed. Porrúa, México, 2002.
- VILLASVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "Los derechos del público: La revisión de los modelos clásicos de "proceso de comunicación pública", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, año 23, Madrid, mayo-agosto de 2003.

El derecho romano en el contexto del modelo educativo integral y flexible

Socorro Moncayo Rodríguez*

RESUMEN: Este ensayo plantea la necesidad de revisar la experiencia educativa Derecho Romano tanto en el ámbito internacional como local para proponer una metodología, acciones, estrategias de aprendizaje y de enseñanza que conlleven a una modificación de la forma tradicional de enseñanza a una enseñanza centrada en el aprendizaje del estudiante, en la que se privilegie, fundamentalmente, el conocimiento significativo.

Palabras clave: estrategias didácticas, aprendizaje, enseñanza del derecho.

ABSTRACT: This essay explains the need to review the Roman Law's educational experience both internationally and locally to propose a methodology, actions, learning and teaching strategies that lead to a modification of the traditional method of learning to one centered around the student, in which significative knowledge is fundamentally privileged.

Key words: didactic strategies, learning, teaching law.

SUMARIO: Introducción. 1. Reforma en la educación superior, una preocupación en el ámbito internacional. 2. El Modelo Educativo Integral y Flexible de la Universidad Veracruzana en la Facultad de Derecho. 3. Situación que guarda la experiencia educativa Derecho Romano en el Nuevo Programa Educativo. 4. Estrategias para la enseñanza-aprendizaje del Derecho Romano. Conclusiones. Bibliografía

Introducción

El presente trabajo parte de la inquietud, que a nivel internacional, nacional y local, se ha manifestado, por establecer nuevos paradigmas en la educación superior, que impacten los programas educativos y en particular las experiencias educativas que los integran. En esta perspectiva se inserta la preocupación por establecer cuales deban ser las acciones a realizar, en el ámbito de la asignatura de Derecho Romano, tanto en el campo internacional como en el local, para modificar su enseñanza, dando un viraje, de la enseñanza tradicional a una enseñanza centrada en el aprendizaje.

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

En esta dinámica, se hace referencia primero al Espacio Europeo de Educación Superior y al Modelo Educativo Integral y Flexible (MEIF) implementado por la Universidad Veracruzana, posteriormente se analiza la ubicación de la experiencia educativa Derecho Romano en el nuevo Programa Educativo y se identifican los rubros que de acuerdo con este nuevo programa se deben atender y resolver, realizado de este modo importantes cambios en su enseñanza. Finalmente se hace referencia a la selección de las estrategias que se consideran adecuadas para fortalecer la enseñanza-aprendizaje de esta área del derecho.

1. Reforma en la educación superior, una preocupación en el ámbito internacional

Frente a los cambios económicos, sociales, culturales y políticos por los que transitan las sociedades contemporáneas, con motivo del fenómeno de la globalización, la educación superior, en los niveles internacional, nacional y local, intenta establecer nuevos parámetros con los que se pretende introducir modificaciones y adecuaciones de los programas educativos, así como de las experiencias educativas que los conforman.

En el contexto internacional, llama la atención el llamado Proceso de Bolonia, que se origina en mayo de 1998 en la Sorbona, donde los Ministros de Educación de Francia, Alemania, Italia y Reino Unido firmaron una *Declaración*, promoviendo la creación y desarrollo de un “Espacio Europeo de Educación Superior”, considerándose éste como un primer paso para el establecimiento de nuevas políticas para la enseñanza superior en Europa. El 19 de junio de 1999 se celebra una segunda Conferencia de la que nacerá la *Declaración de Bolonia*, con una mayor participación que la precedente reunión, la suscribieron 30 Estados europeos, algunos de la Unión Europea y otros del Espacio Europeo de Libre Comercio, del este y centro de Europa; a ésta le siguieron la primera conferencia de seguimiento que se celebró en Praga en mayo de 2001, admitiéndose otros países como integrantes del proceso, después se realiza en Berlín en 2003 y posteriormente tiene lugar la conferencia en Bergen, Noruega, los días 19 y 20 de mayo de 2005 con la participación de 45 países y finalmente se realizó en Londres, en el mes de mayo de 2007. La próxima conferencia de Ministros de Educación Superior se realizará en Benelux (la unión de tres países, Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo) los días 28 y 29 de abril de 2009. Como propósitos para el 2010 se plantean: el establecimiento de un Espacio Europeo de Educación Superior basado en los

principios de calidad y transparencia, conservar el patrimonio y la diversidad cultural y contribuir a la construcción de una sociedad basada en el conocimiento.¹

La *Declaración de Bolonia* establece las bases para la construcción del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), cuya organización gira en torno a varios principios, tales como calidad, movilidad, diversidad y competitividad.

En esta perspectiva, la asignatura derecho romano no ha permanecido indiferente frente a los cambios que el proceso Bolonia establece, y se han debido modificar algunos aspectos de la enseñanza de este derecho.² Así tenemos, que como el sistema de créditos se basa en el aprendizaje de los estudiantes a diferencia del sistema anterior que tomaba como punto de partida la enseñanza, el profesor debe abandonar la clase magistral en la que asumía un rol protagónico y activo, utilizaba el pizarrón explicando de manera ordenada los temas que conformaban el programa, en tanto que el alumno asumía una actitud más bien pasiva, tomando apuntes y ocasionalmente interrumpiendo al maestro con alguna inquietud o duda. La evaluación también era acorde al sistema tradicional, basándose fundamentalmente en la presentación de pruebas finales escritas u orales.³

Para la adaptación del derecho romano al EEES, será necesario incorporar en su enseñanza los siguientes aspectos: horas teóricas, horas prácticas, seminarios, trabajo individual autónomo, trabajo colaborativo, utilización de metodologías en el aula: control de lecturas, debates, discusión, etc., tutorías, elaboración de portafolios. De la misma manera la evaluación deberá ser un proceso que tome en consideración todos estos elementos: exámenes, asistencia, participación, tareas individuales o colectivas, de tal suerte que se considere tanto la parte teórica como la práctica.

2. Modelo Educativo Integral y Flexible de la Universidad Veracruzana en la Facultad de Derecho

Es oportuno mencionar que la Universidad Veracruzana, con la finalidad de dar respuesta a las nuevas exigencias de la educación superior, ha iniciado un proceso

¹ <http://www.bologna-bergen2005>

² ALBA FERRÉ, Esther, "La adaptación del derecho romano al EEES" en actas de las *II Jornades Internacionals d'Innovacion Universitaria: 'El reto de la convergencia europea'*, Universidad Europea de Madrid, 21-23 de septiembre de 2005. <http://www.upf.edu/bolonya/bulletins/2006/gen2/arees.htm>

³ GUERRERO LEBRÓN, Macarena, "Experiencias desarrolladas en el ámbito de la asignatura Derecho Romano" en actas de *Jornadas de trabajo sobre experiencias piloto de implantación del crédito europeo en la Universidad Andaluza*, Cádiz, 19 al 21 de septiembre de 2006. http://www.uca.es/orgobierno/rector/jornadas/lista_temas.html

de transformación institucional con la implementación del Modelo Educativo Integral y Flexible (MEIF), el cual ha sido incorporado en la mayoría de las dependencias que la integran.

El objetivo general del MEIF, es ofrecer a los estudiantes “una formación integral y armónica: intelectual, humana, social y profesional”.⁴

La formación integral pretende desarrollar de manera equilibrada y armónica diversas dimensiones de la persona, que la conduzcan a formarse en lo intelectual, humano, social y lo profesional; en esta perspectiva el nuevo modelo deberá propiciar que los estudiantes tiendan a desarrollar procesos educativos, informativos y formativos.

El MEIF, se sustenta en tres ejes integradores: teórico, heurístico y axiológico que servirán para orientar los trabajos hacia la construcción de los nuevos *currícula* de la Universidad Veracruzana. El eje teórico se refiere a las formas de aproximación al conocimiento, el eje heurístico busca el desarrollo de habilidades procedimientos y procesos que nos permiten de manera razonable solucionar un problema y el axiológico pretende que la educación del estudiante se centre en los valores.

En este contexto la Facultad de Derecho de la propia universidad ha venido trabajando desde hace varios años para alcanzar su incorporación al MEIF, el proyecto de reforma del programa educativo fue sometido a la consideración de la Junta Académica para su discusión y análisis, habiéndose aprobado en el mes de julio de 2008.

3. Situación que guarda la experiencia educativa Derecho Romano en el Nuevo Programa Educativo

El Derecho romano se considera⁵ una asignatura fundamental para la formación del estudiante de la Licenciatura en Derecho, en virtud de que hace grandes aportaciones desde la perspectiva teórica, histórica, educativa y por que no decirlo, también práctica.

⁴ BELTRÁN CASANOVA, J., BRAVO REYES, L. y otros, *Nuevo modelo educativo para la Universidad Veracruzana*, Universidad Veracruzana, Xalapa, 2000, p. 35.

⁵ El Derecho Romano constituye el elemento primordial del Sistema Romanista que comprende una serie de legislaciones nacionales de Europa, América, Asia y África. El sistema jurídico mexicano pertenece a este gran sistema, véase al respecto Cfr. René David, *Los sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Ariel, Madrid, 1992, p. 20 y ss.

El Derecho Romano en el recién aprobado programa de estudios, encuentra lugar en dos experiencias educativas, una denominada Derecho Romano, que forma parte del área de formación básica en el rubro de iniciación a la disciplina, otra denominada Instituciones de Derecho Privado Romano, que se incorpora al área disciplinaria. La primera revisa la estructura constitucional romana, las fuentes, el desarrollo histórico de este derecho, las concepciones romanas del derecho y algunas instituciones estrechamente ligadas a la perspectiva histórica del derecho; En tanto que la segunda experiencia aborda la temática de los derechos patrimoniales, son precisamente los derechos reales y las obligaciones las instituciones que con mayor presencia encuentran en la codificación civil mexicana federal y estatal, por lo que esta experiencia educativa puede hacer aportaciones importantes para la formación del estudiante de la licenciatura, en estas áreas del conocimiento jurídico.

Es de observarse que los saberes teóricos que antes estaban distribuidos en Derecho Romano I y Derecho Romano II no sufren grandes modificaciones, sin embargo atendiendo a que el nuevo modelo educativo está centrado en el aprendizaje y en las competencias, resultó prioritario trabajar en las adecuaciones de estas asignaturas a las nuevas exigencias y necesidades.

En principio se revisó el programa de Derecho Romano, quedando pendiente para su posterior concreción el contenido de Instituciones de Derecho Privado Romano.

Los rubros que se atendieron en el nuevo programa institucional de la asignatura Derecho Romano y la metodología empleada en este ejercicio fue la siguiente:

- En primer lugar se revisó el programa de la asignatura, haciéndole serias modificaciones, para ello se utilizó el formato propuesto por la propia universidad. Se analizaron y transformaron los objetivos generales, tratando de identificar en ellos la unidad de competencia (general) de la materia
- Fue necesario reflexionar sobre el listado de saberes que debían incorporarse, haciendo la distinción entre los teóricos, heurísticos y axiológicos. En relación a los teóricos, no hubo mayor dificultad, pues estaban plenamente identificados en el programa anterior, quizá es necesario todavía hacer una reagrupación más sintetizada de los mismos. Pero básicamente los contenidos son los mismos. En relación a los heurísticos hubo necesidad de construirlos de inicio, tratando de identificar los haceres en cada uno de los temas o unidades, del mismo modo que los axiológicos implicaron la identificación de los valores que serán fomentados a

través de esta experiencia educativa. Lo anterior permitirá identificar las competencias específicas.

- También fue necesario determinar las estrategias metodológicas que deberían aplicarse en los diversos ordenes de saberes, tanto de aprendizaje (línea del tiempo, ilustraciones, mapas conceptuales, reportes de lectura, resúmenes, bitácora, elaboración de preguntas, solución de casos, lectura dirigida, síntesis e interpretación de escritos, plenaria, debates, seminarios, películas y videos, investigación individual y colectiva, carpeta de evidencias, uso de las nuevas tecnologías, etc.), como de enseñanza (exposición con apoyo tecnológico, elaboración de guías, preguntas intercaladas, coordinar: debate, discusión, plenaria, etc., organización de grupos colaborativos, modelaje, asignación de tareas, uso de las nuevas tecnologías, etc.).
- Finalmente, se establecieron criterios claros de evaluación, que involucren las diferentes evidencias de desempeño (exámenes parciales, tareas individuales y en equipo, asistencia y participación, ensayo, etc.), los criterios de desempeño (puntualidad, pertinencia, claridad, pulcritud congruencia. suficiencia, etc.), así como los porcentajes atribuidos a cada una de las evidencias.
- Este ejercicio conllevó a tener una idea más o menos clara, del **que** se quería alcanzar con esta asignatura y del **como** se lograría.

4. Estrategias para la enseñanza aprendizaje del Derecho Romano

En relación a las estrategias de aprendizaje⁶ validadas que pueden incorporarse en los diversos temas que integran los contenidos, destacan las siguientes:

- Aplicación de un cuestionario al inicio del curso que arroje los conocimientos previos que los estudiantes tienen sobre la materia en cuestión, este ejercicio conduce a la búsqueda de mapas en el Internet para ubicar geográficamente los sitios de interés. Esta práctica es susceptible de utilización en varios momentos del desarrollo de la temática (países que conforman las diversas familias de derecho, incrementos de territorio de Roma: monarquía, república, imperio, invasiones bárbaras, división del Imperio en Occidente y Oriente, territorio bajo Justiniano, etc.).

⁶ Sobre las estrategias didácticas véase DÍAZ-BARRIGA ARCEO, Frida y HERNÁNDEZ ROJAS Gerardo, *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo*, Ed. Mc Graw-Hill, México, 2005, p. 137 y ss.; VÁZQUEZ VALERIO, Francisco, *Modernas estrategias para la enseñanza*, t. II, Ed. Euro-México, México, 2006, p. 329.

- Reportes de lectura, en su gran variedad, también pueden ser aplicados en los diferentes temas:
 - Reseñas
 - Mapas conceptuales
 - Fichas de trabajo
 - Resúmenes
 - Cuadros sinópticos
 - Cuadros comparativos, entre las instituciones del propio derecho romano y entre instituciones del derecho romano e instituciones del derecho civil mexicano.
- En relación a la lectura, da buenos resultados la lectura previa del tema a discutir, haciéndose ésta en casa o bien unos minutos en el aula, durante la clase, antes de iniciar la unidad temática. Ello permite poner en práctica otras estrategias como: la plenaria, lluvia de ideas, debate, etc.
- Elaboración de una línea del tiempo, lo que implica, revisión de la bibliografía, reflexión, análisis, síntesis y creatividad, es útil para recuperar información
- De igual modo resulta atractivo, que al finalizar la parte de historia externa del derecho romano, se elabore un dibujo, donde el estudiante manifieste lo que le representa o significa el Derecho Romano. Aquí también se pone en evidencia la creatividad, reflexión, análisis, síntesis y aplicación de los conocimientos adquiridos. Sin duda habrá sorpresas agradables. Se recomienda realizar, para complementar la actividad, una galería con todas las aportaciones y se realicen las explicaciones e interpretaciones de cada uno de los dibujos por parte de sus autores. Esta actividad refuerza los conocimientos previamente adquiridos, permite establecer relaciones con otras materias y fomenta una actitud de respeto, apertura y tolerancia.
- Elaboración de acordeón para aquellos temas que requieren el uso de la memoria, puesto que implica la necesidad de reducir a mínimas expresiones muchos conceptos.
- Organizar equipos para fomentar el trabajo colaborativo, haciendo actividades durante la clase y extractase, en esta última, se sugiere que los estudiantes agrupados en equipos investiguen a elección libre temas no incluidos en el programa con la finalidad de enriquecer el contexto general de Roma, los temas pueden ser por ejemplo: religión, arquitectura, ejército, educación, dinastías, etc.

- Análisis de película
- Investigación individual, elaboración de un ensayo preferentemente sobre el último tema del programa, cuya revisión se ve limitada a unas cuantas líneas generales.
- Bitácora

En relación a las estrategias de enseñanza validadas, se sugieren las siguientes:

- Exposición del maestro (con uso del pizarrón, libros y documentos, materiales y medios electrónicos).
- Coordinación de diversas actividades: plenaria, lluvia de ideas, lectura dirigida, debate, exposición de equipos, etc.
- Elaboración de preguntas
- Elaboración de guía para presentación y análisis de película
- Elaboración de exámenes objetivos
- Ilustraciones
- Coordinación de equipos
- Bitácora
- Elaboración de guía para la elaboración del ensayo

Conclusiones

La asignatura de Derecho Romano debe adecuarse al nuevo modelo educativo para dar respuesta a las necesidades y retos que la sociedad contemporánea plantea. Es fundamental proponer una nueva forma de enseñanza-aprendizaje, que rompa con los viejos esquemas de enseñanza rígida, tradicional, memorista e informativa y que se centre en el aprendizaje del estudiante, cuya finalidad no sea la simple adquisición de contenidos, sino que esté capacitado para adquirir

habilidades, destrezas y competencias que le permitan construir permanentemente su propio conocimiento, es decir que se traduzcan en una formación para la vida.

Bibliografía

- ALBA FERRÉ, Esther, "La adaptación del derecho romano al EEES" en actas de las *II Jornades Internacionals d'Innovacion Universitaria: 'El reto de la convergencia europea'* Universidad Europea de Madrid, 21-23 de septiembre de 2005.
<http://www.upf.edu/bolonya/bulletins/2006/gen2/arees.htm>
- BELTRÁN CASANOVA, J., BRAVO REYES, L. Y. y otros, *Nuevo modelo educativo para la Universidad Veracruzana*, Universidad Veracruzana, Xalapa, 2000.
- DÍAZ-BARRIGA ARCEO, Frida y HERNÁNDEZ ROJAS Gerardo, *Estrategias docentes para un aprendizaje significativo*, Ed. Mc Graw-Hill, México, 2005
- GUERRERO LEBRÓN, Macarena, "Experiencias desarrolladas en el ámbito de la asignatura Derecho Romano" en actas de *Jornadas de trabajo sobre experiencias piloto de implantación del crédito europeo en la Universidad Andaluza*, Cádiz, 19 al 21 de septiembre de 2006.
- RENÉ DAVID, *Los sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Ariel, Madrid, 1992.
- VÁZQUEZ VALERIO, Francisco, *Modernas estrategias para la enseñanza*, t. II, Ed. Euro-México, México, 2006.

Páginas Web

- http://www.uca.es/orgobierno/rector/jornadas/lista_temas.html
<http://www.bologna-bergen2005>

El futuro en México de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa

Josefa Montalvo Romero*

RESUMEN: Hoy en día se cuestiona con mucha insistencia la pertinencia o no de la obligación del empleador de dar participación a sus trabajadores de las ganancias obtenidas por la empresa. Las nuevas tendencias organizacionales se inclinan a posturas más horizontales entre sus miembros. Estas técnicas demandan una colaboración más estrecha entre trabajador y empresario, de modo que el propio trabajador se identifique con la empresa. Es decir, que el trabajador se refleje también en el doble objetivo de conseguir una empresa más rentable cuyo producto sea de la mejor calidad posible.

Palabras claves: Utilidades, empresa, trabajo.

ABSTRACT: Today, the need of the employer's obligation to pay utilities to his employees from the earnings obtained by the enterprise is questioned insistently. The new organizational tendencies tend to favor more horizontal postures between their members. These techniques demand a tighter collaboration between employee and employer, in a way that the employee can identify himself with the enterprise. Meaning that the employee also reflects himself in the double objective of making a more profitable enterprise with the best quality products.

Key Words: Utilities, enterprise, work.

SUMARIO: 1. Concepto y procedimiento de la participación de utilidades en México. 2. Cambios propuestos. 3. La participación de los trabajadores, no solo en las utilidades, como una necesidad empresarial. Reflexión final. Bibliografía.

1. Concepto y procedimiento de la participación de utilidades en México

* Doctora en Derecho, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Profesora Perfil Promep e Investigadora de Tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Desde la Constitución de 1917, se estableció el derecho de los trabajadores a participar de las utilidades generadas por la empresa. Sin embargo esta obligación del patrón se reglamento hasta 1963 cuando se establecen reglas para fijar el importe y hacer el reparto individual.

La participación de utilidades consiste en el pago que los patrones deben hacer a sus trabajadores, de una parte de las ganancias que obtengan en cada ejercicio fiscal. Este derecho no convierte a los trabajadores en socios de las empresas, porque solamente tienen derecho a una parte de las ganancias y no les afectan las pérdidas, como sucede con los socios.

El derecho a participar de las ganancias que obtiene una empresa o patrón de acuerdo con su declaración fiscal por la actividad productiva o servicios que ofrece en el mercado, es un derecho constitucional irrenunciable que tienen todos los trabajadores que laboren en forma personal, subordinada y perciban un salario.

Para la Organización Internacional del Trabajo, la Participación de utilidades es el sistema de remuneración por el cual el empleador confiere participación al conjunto de sus trabajadores en las ganancias líquidas de la empresa además de pagarles su salario normal.¹

Mario de la Cueva² señala que la participación en las utilidades “es el derecho de la comunidad de trabajadores de una empresa a percibir una parte de los resultados del proceso económico de producción y distribución de bienes y servicios.

La naturaleza de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa ha sido considerada desde diferentes aspectos:

- Como una sociedad
- Un contrato de trabajo
- Una convención *sui generis*
- Un elemento del salario

En opinión de Santos Azuela³ y tomando en cuenta la importancia de la participación de utilidades en el proceso productivo se considera que la misma no debe excluirse del salario. Considera el autor que dicha figura encuadra dentro de los complementos salariales y de manera específica dentro de los llamados

¹ Organización Internacional del Trabajo, WWW/.ilo.org.

² DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1975, p. 330.

³ SANTOS AZUELA, Héctor, *Derecho del Trabajo*, Ed. McGraw- Hill, México, 1998, p.236.

complementos de vencimiento periódico mayores del mes. De esta manera la participación de utilidades es salario, tanto si constituye una parte o la totalidad de la retribución al patrón.

Además, esta participación de utilidades es un instrumento fundamental para contribuir a la redistribución de la riqueza y a la justicia social, y un mecanismo importante que estimula la productividad al considerarse una retribución al esfuerzo de los trabajadores.

Acertadamente apunta José Manuel Lastra Lastra⁴ que para asegurar un espíritu de cooperación en los objetivos de la empresa, más intensa de la que exige el contrato de trabajo, los empleadores atribuyen al personal una parte de los recursos económicos obtenidos por la empresa.

La función de la Comisión Nacional de Participación de Utilidades da comienzo con la publicación de un llamado a los patrones y a los trabajadores, por parte del presidente de la Comisión, para que presenten los estudios y observaciones que deseen. Para ese fin, abre un periodo de ocho meses para que su secretaría técnica realice los estudios necesarios, que el consejo de la propia comisión le indique. Transcurrido dicho término o concluidas las investigaciones, se fijará un mes de plazo para que la Comisión emita la resolución que determina el porcentaje de utilidades que deberán repartirse.⁵

Actualmente están obligados a participar de sus utilidades todos los patrones, sean personas físicas o personas morales que tengan a su servicio trabajadores asalariados, con las siguientes excepciones:

- Las empresas de nueva creación, durante el primer año de funcionamiento;
- Las empresas de nueva creación, dedicadas a la elaboración de un producto nuevo, durante los dos primeros años de su funcionamiento;
- Las empresas de industria extractiva, de nueva creación, durante el periodo de explotación;
- Las instituciones de asistencia privada, reconocidas por las leyes, que con bienes de propiedad particular ejecuten actos con fines humanitarios de asistencia, sin propósitos de lucro y sin designar individualmente a los beneficiarios;
- El Instituto Mexicano del Seguro Social y las Instituciones públicas descentralizadas con fines culturales, asistenciales o de beneficencia;

⁴ LASTRA LASTRA, José Manuel, *Derecho Sindical*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 276.

⁵ *Ibidem*, p. 243.

- Las empresas que tengan un capital menor del que fije la Secretaría del Trabajo y Previsión Social por ramas de la industria.

Al finalizar cada ejercicio fiscal, el patrón está obligado a presentar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito público su declaración anual al impuesto sobre la renta, para lo cual cuenta con un plazo que se vence el 31 de marzo de cada año.

En esta declaración, debe también el patrón hacer constar cuál es el importe de la participación en las utilidades a que globalmente tendrán derecho los trabajadores, para lo cual debe seguir las siguientes reglas:

La Ley Federal del Trabajo obliga al patrón a entregar una copia de su declaración a los representantes de los trabajadores, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que hizo el pago. Esta obligación tiene el propósito de que los trabajadores se enteren de cuanto les corresponde por concepto de reparto de utilidades y como luego el patrón a fijar el importe total para que, si no están de acuerdo presenten su objeción ante la Secretaría de Hacienda dentro de los 30 días siguientes.

Independientemente de lo anterior, el patrón está obligado a pagar a sus trabajadores, la participación de utilidades que corresponde a cada uno de ellos y debe realizarlo antes del último día de mayo.

La Ley Federal del Trabajo en su afán de hacer más equitativo el reparto, señala que el monto total de la utilidad repartible se divida en dos partes exactamente iguales; el 50% se repartirá a los trabajadores en función de los días trabajados por cada uno de ellos, y el otro 50% se les repartirá en función del total de salarios recibidos por cada trabajador. De esta manera, los trabajadores de salario más bajo, tienen derecho, en cuanto a la mitad de la utilidad repartible, a la misma proporción que los trabajadores de salarios más altos.

Con la finalidad de evitar que el pago de las utilidades se concentre en los más altos empleados, que por lo regular son los mejor remunerados, la ley excluye del derecho de participar en las utilidades a los directores, administradores y gerentes de la empresa.⁶

⁶ Así lo señala el artículo 127, fracción I de la Ley Federal del Trabajo.

Conviene tener presente que cuando no se han reclamado las utilidades a que tienen derecho los trabajadores, por ejemplo, los ausentes del trabajo o quienes ya dejaron de prestar sus servicios en la empresa o han fallecido, es necesario esperar una año a partir de la fecha en que tuvieron derecho al reparto que es el mes de mayo de cada año, para concluir que se trata de utilidades no reclamadas.

Finalmente la ley dispone que la participación de utilidades no deberá computarse como parte del salario. Las cantidades a favor de los trabajadores por concepto de participación de utilidades no prescriben en beneficio de la empresa, de manera que se acumulan al monto de utilidades que se deban repartir para el año siguiente.

2. Cambios propuestos

El escenario en el que se inscribe el intento de reformas al marco jurídico en materia de trabajo en nuestro país, inicia a finales del 2002 cuando el PRD y la Unión Nacional de Trabajadores presentan su proyecto de reformas, seguido de un proyecto de nueva Ley Laboral acordada entre las organizaciones patronales y las del Congreso del Trabajo con la mediación de la Secretaria del Trabajo y Previsión Social (STyPS).

Diversos son los cambios que se han señalado para modificar el artículo 123 constitucional. En especial el tema de la participación de utilidades de los trabajadores en la empresa ha sido objeto de distintos análisis por muy variados organismos.⁷ (El proyecto Abascal deja intacto el tema de salarios y de participación de utilidades).

Por citar alguno, mencionaremos las propuestas de reforma sugeridas por la Unión Nacional de Trabajadores (UNT)⁸ que de manera general exponemos.

Se Plantea la substitución de la Comisión Nacional de los salaros mínimos integrada en forma tripartita por un Instituto Nacional de los Salarios mínimos, la productividad y el reparto de utilidades, de carácter federal, organizado como organismo publico descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio facultado para hacer los estudios necesarios para proponer a la cámara de diputados, los salarios mínimos; axial como las bases normativas y los mecanismos adecuados para la implementación de programas y mecanismos de productividad

⁷ El llamado Proyecto Abascal no propone modificaciones al tema de participación de utilidades.

⁸ Anteproyecto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia laboral, Junio 2002.

por ramas, cadenas productivas y empresas comprendidas, así como su medición y las proporciones de participación de los trabajadores en sus beneficios; para estudiar, diseñar, proponer y coadyuvar en la implementación de los mecanismos nacionales adecuados para la mejoría cualitativa y cuantitativa del empleo y el reparto equitativo de las utilidades de los empleadores entre los trabajadores, que podrá auxiliarse de equipos especializados de asesoría económica y técnica por rama de actividad que considere indispensables para el mejor desempeño de sus funciones, cuya integración y funcionamiento se deberá establecer en la Ley Federal del Trabajo.

Respecto de la aclaración que se hace en el inciso f) relativo a que la participación de utilidades por parte de los trabajadores no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de la empresa, el proyecto deroga dicho inciso por considerarlo un obstáculo para que las organizaciones de los trabajadores participen en la negociación bilateral de las cuestiones colectivas e individuales derivadas de las relaciones de trabajo; igualmente se considera que la disposición limita la creación de espacios y mecanismos de participación de los trabajadores para la adopción de nuevos procedimientos de trabajo y tecnologías que incrementen la productividad y la calidad.

De manera más reciente, los senadores del grupo parlamentario del partido verde ecologista presentaron el 12 de diciembre del 2006, una iniciativa con proyecto de decreto mediante el cual se adicionan diversas disposiciones a la Ley del Impuesto sobre la renta y de la Ley Federal del Trabajo.⁹

En la exposición de motivos se plantea la problemática de muchas personas morales que teniendo grandes márgenes de utilidad, constituyen empresas de servicios a donde trasladan la contratación y administración de toda su planta laboral, para no tener que dar cumplimiento al reparto de utilidades entre los integrantes de esta, quedando excluidos de la participación de utilidades que se generan mediante el trabajo subordinado que realizan.

En una primera parte la iniciativa propone reformar la Ley del Impuesto Sobre la Renta, para que las personas morales que lleven a cabo la contratación y administración de su planta laboral a través de una empresa de servicios u otra persona moral creada específicamente para este fin, estén obligadas a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, bajo las siguientes modalidades:

⁹ Iniciativa que adiciona la Ley del ISR y la Ley Federal del Trabajo, Gaceta del Senado, No. 37, Año 2006, presentada el 12 de diciembre del 2006.

El futuro en México de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa

1. La persona moral que otorga la prestación de servicios para la contratación y administración de la planta laboral, debe ser una subsidiaria de la empresa generadora de grandes utilidades que la contrata con la finalidad de excluir a sus empleados de dicha prestación.
2. Los socios o alguno de los socios de la empresa que contrata a la persona moral prestadora de servicios para la administración de la planta laboral debe tener una participación mayoritaria en ésta última; o
3. La persona moral que contrata la prestación de servicios para la administración de su planta laboral y la persona moral que otorga dichos servicios deben acumular sus ingresos en una sola declaración para efectos del pago del impuesto sobre la renta.

En una segunda aparte y de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, están obligados a participar de sus utilidades, todas las unidades económicas de producción o distribución de bienes o servicios y en general, todas las personas físicas o morales que tengan trabajadores a su servicio, sean o no contribuyentes del impuesto sobre la renta.

Para este efecto las autoridades del trabajo han establecido una serie de criterios que en la práctica se aplican pero que la iniciativa considera importante incluir en la Ley Federal del Trabajo para dar mayor claridad al proceso de la participación de utilidades y son los siguientes:

- Las empresas que se fusionen, traspasen o cambien su nombre o razón social, tienen obligación de repartir utilidades a sus trabajadores, por no tratarse de empresas de nueva creación, ya que iniciaron sus operaciones con anterioridad al cambio o modificación de sus nombres o razones sociales;
- En las empresas que tengan varias plantas de producción o distribución de bienes o servicios, así como diversos establecimientos, sucursales, agencias u otra forma semejante, cuyos ingresos se acumulen en una sola declaración para efectos del pago del impuesto sobre la renta, la participación de las utilidades a los trabajadores se hará con base en la declaración del ejercicio y no por los ingresos obtenidos en cada unidad económica.
- Las asociaciones o sociedades civiles constituidas sin fines de lucro, que obtengan ingresos por la enajenación de bienes distintos a su activo fijo o presten servicios a personas distintas de sus miembros, siempre que dichos ingresos excedan del 5% de sus ingresos totales, tienen la obligación de repartir las utilidades a sus trabajadores por estos conceptos.

- Las sociedades cooperativas que tengan a su servicio personal administrativo y asalariado que no sean socios, cuyas relaciones de trabajo se rigen por la Ley Federal del Trabajo, tendrán obligación de participar a esos trabajadores de las utilidades que obtengan.

Con estas medidas, los legisladores consideran poder apaliar las prácticas irregulares por parte de algunos patrones y fortalecer el derecho de los trabajadores a una participación justa de las utilidades generadas por la empresa.

3. La participación de los trabajadores, no solo en las utilidades, como una necesidad empresarial

Para nadie es nuevo que la organización de la empresa ha evolucionado a través del tiempo, puesto que ahora se considera conveniente, por parte de los empresarios, la implicación del trabajador con los objetivos de la empresa. Pero no solo la empresa ha cambiado. La sociedad en general ha modificado su estructura gracias, en gran parte, al establecimiento de lo que antes se denominaba Estado de Bienestar y que ahora se ha venido a definir como sociedad de bienestar, por ser ella misma quien procura esa situación.

Dentro del contexto exclusivo de la propia empresa, las nuevas tendencias organizacionales tienden hacia posturas más horizontales entre los miembros de la empresa. Estas técnicas demandan una colaboración más estrecha entre trabajador y empresario, de modo que el propio trabajador se identifique con la empresa. Es decir, que el trabajador se refleje también en el doble objetivo de conseguir una empresa más rentable y cuyo producto sea de la mejor calidad posible. Por eso, en esas técnicas presentan como necesario aumentar la responsabilidad del trabajador y su compromiso para con la empresa. Para que esto sea así, no es posible seguir en la dinámica de enfrentamiento entre trabajadores y empresario, sino que, por el contrario, se debe estrechar su colaboración, fruto de ese compromiso. Estas técnicas organizativas conciben a la empresa como un equipo compuesto por directivos y trabajadores. Lo que es bueno para el empresario lo es en la misma medida para el trabajador.¹⁰

Existen diversas formas de participación, Antonio Aragón identifica cinco:

- Participación en beneficios económicos y otro tipo.

¹⁰ ARAGÓN SÁNCHEZ, Antonio, *Gestión de los Trabajadores en la Empresa: situaciones y desafíos, en La Participación de los Trabajadores en la Empresa*, Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco-Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2003, p.13.

El futuro en México de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa

- Participación en la propiedad (asalariados accionistas).
- Participación de los trabajadores en la toma de decisiones de gestión.
- Participación en la mejora de las condiciones de trabajo y reconstrucción del contenido de puestos y tareas.
- La integración total del trabajador a la empresa mediante la calidad total y la construcción del proyecto de empresa.¹¹

La participación es un factor motivador que debe tener dos elementos necesarios: que sea voluntaria y que el trabajador tome parte en los resultados que se obtengan como consecuencia de la misma, de lo contrario podría argumentarse una manipulación.

Son varias las ventajas que pueden derivarse del uso de la participación, por ejemplo:

- Aumento de la tasa de productividad y mayor calidad del producto, como consecuencia de un mayor esfuerzo y atención personales por parte de los subordinados.
- Reducción de la rotación de personal, del ausentismo y del retraso.
- Disminución del número de conflictos laborales y mejora en las relaciones de directivos con trabajadores y sindicato.
- Mayor disposición para el cambio como consecuencia de la participación de los subordinados en el proceso de decisión que ha dado como resultado los cambios.
- Los objetivos se clarifican y son compartidos.
- El trabajador siente que su puesto de trabajo se enriquece y le da un mayor contenido, y de esta forma contribuye a su desarrollo personal.¹²

Reflexión final

Nos encontramos en un momento de tránsito desde unas formas productivas ligereadas por el fordismo hacia el postfordismo, esto nos obliga a no conformarnos con tratar de encajar en las nuevas realidades tenemos que reconocer que un paradigma caduca y que otro, muy diferente, se expande. Todavía no sabemos bien hacia donde vamos pues las contradicciones entre fordismo y postfordismo y entre modernidad y posmodernidad no se aclaran. Sin embargo, la transformación ya esta aquí, en nuestras economías y en nuestras sociedades y hay que enfrentarla con nuestra mejor herramienta: el trabajo.

¹¹ *Ibidem*, p.23.

¹² *Idem*.

Bibliografía

- Anteproyecto de Reformas a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en materia laboral de la Unión Nacional de Trabajadores, Junio 2002.
- ARAGÓN SÁNCHEZ, Antonio, "Gestión de la Participación de los Trabajadores en la Empresa: situaciones y desafío", en *La Participación de los Trabajadores en la Empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- AYESTARÁN, Sabino, "Metodología para la facilitación de una cultura participativa", en *La Participación de los Trabajadores en la Empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1975.
- Iniciativa que adiciona la Ley del ISR y la Ley Federal del Trabajo, Gaceta del Senado, No.37, Año 2006.
- LASTRA LASTRA, José Manuel, *Derecho Sindical*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- Ley Federal del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. www.ilo.org.
- SANTOS AZUELA, Héctor, *Derecho del Trabajo*, Ed. McGraw – Hill, México, 1998.

Las estructuras institucionales y la agenda digital en México

Ma. Teresa Montalvo Romero*

RESUMEN: *Sí bien, la adopción de las tecnologías de la información y comunicación impacta la vida de los ciudadanos mejorando el acceso y la eficiencia de los Servicios Públicos y creando espacios de transparencia, tan sólo es posible a través de un acuerdo de Estado que establezca una agenda nacional hacia una sociedad del Conocimiento. En este sentido, la Cámara de Diputados del Congreso de la Federación ha creado la Comisión Especial para la Promoción del Acceso Digital a los Mexicanos, Esta Comisión junto con la Asociación Mexicana de Internet (Amipci, A.C.) han enfocado su trabajo hacia la elaboración de un proyecto de ley que permita la creación de una agenda digital nacional. Esto permitirá el desarrollo de estructuras de S.I.C. y de gobierno Digital, para facilitar la inclusión de todos los ciudadanos en la red.*

El trabajo enfoca su análisis en los siguientes elementos que consideramos debe cuidar la propuesta que será presentada en fechas próximas:

- a) Derecho y acceso a la información y la protección de datos*
- b) La planeación como parte medular de las*

ABSTRACT: *Considering that the adoption of information and communication technologies impacts the lives of citizens improving access and efficiency in public services and creating spaces of transparency, it is only possible through an agreement of State that establishes a national agenda towards a knowledge society. To this purpose, Mexican Congress has created the Special Commission for Promoting Digital Access to Mexicans. This commission along with the Mexican Internet Association (Amipci A.C.) have focused their attention towards the making of a law that permits the creation of a national digital agenda. This will allow the development of SIC structures and digital government, to ease the inclusion of all citizens in the net.*

This work focuses its analysis in the following elements, which we think should be considered in the proposal that will be presented in days to come.

- a) Law and information access and data protection.*
- b) Planning as the core of public politics.*
- c) Knowledge society and infrastructure*
- d) Institutionalality*

* 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.

políticas públicas

c) La Sociedad del conocimiento y la infraestructura

d) Institucionalidad

e) La agenda digital en el gobierno electrónico en México, como reflexión final.

Palabras claves: Gobierno electrónico-agenda digital.

e) *Digital agenda in electronic government as a final reflection.*

Key Words: *Electronic government, digital agenda.*

SUMARIO: 1. El proyecto de agenda digital para México. 2. Derecho a la información y protección de datos. 3. La planeación como parte medular de las políticas públicas. 4. La Sociedad del conocimiento y la infraestructura. 5. Institucionalidad. 6. La agenda digital en el gobierno electrónico en México, como reflexión final. Bibliografía.

1. El proyecto de agenda digital para México

El gobierno electrónico es una de las herramientas que los gobiernos federales y estatales en nuestro país han implementado para prestar sus servicios y cumplir con sus objetivos a un número mayor de la población. Es dentro de este esquema que a partir de la actual legislatura federal en México, se ha propuesto por la Comisión Especial para la Promoción del Acceso Digital a los Mexicanos a través del diputado Carlos Torres y por la Asociación Mexicana de Internet (Amipci, A.C.), tienen la intención de presentar la Agenda Digital de México, la cual representaría según los autores, la visión general del acceso de los mexicanos a la sociedad de la información.

Por lo señalado, sobre todo por el diputado Torres, esta agenda vendría a sistematizar todos los esfuerzos que en materia de gobierno electrónico se ha realizado en el ámbito federal, tendría las funciones de un inventario de los programas digitales, que conlleve a no duplicar esfuerzos en los sistemas que se encuentran inmersos dentro de las políticas públicas federales y estatales, como lo son el plan nacional de desarrollo, los planes sectoriales y en cada uno de los planes de desarrollo de las entidades federativas.

En México, tenemos a partir del gobierno de Vicente Fox Quezada (2000-2006), un sistema denominado e-México, el cual tiene como objetivo propiciar, conducir e integrar los esfuerzos necesarios con la finalidad de incluir a la mayoría de la población dentro de la sociedad de la información y el conocimiento, mediante el desarrollo de tres ejes rectores o estrategias principales: Conectividad, Contenidos y Sistemas.

La conectividad mediante la instalación de Centros Comunitarios Digitales y el desarrollo de las redes satelitales de conectividad de e-México, que ofrecen servicios electrónicos a través del acceso a equipos de cómputo e Internet, permitiendo a la población en general beneficiarse de los contenidos que se ofrecen en la red mundial.

Los Contenidos Digitales representan para la población datos, información, conocimientos, capacitación, trámites y servicios digitales en general. Destacan temas de importancia para toda la sociedad y que son los relacionados a educación, salud, economía, ciencia y tecnología, industria, turismo y gobierno principalmente y que en respuesta a los resultados del Foro de Consulta Ciudadana fueron enmarcados en cuatro grandes rubros que fueron consolidados como los pilares del Sistema Nacional e-México: e-Aprendizaje, e-Salud, e-Gobierno y e-Economía.

El sistema se aplica a través de la participación digital, modelo diseñado e Instrumentado por la Coordinación del Sistema Nacional e-México para iniciar el despliegue de la sociedad de la información y el conocimiento en México, para lograr la colaboración y participación de los distintos actores de la Sociedad. Incluye la experiencia en proyectos similares en el resto del mundo, en un afán de cooperación y apoyo con el entorno externo, el SNe-México ha venido desarrollando, casi desde su nacimiento, una serie de proyectos en conjunto con otras instituciones, organismos y asociaciones latinoamericanas y mundiales, con el propósito de incluir las mejores prácticas internacionales.

Para coadyuvar en este esfuerzo el 9 de diciembre del 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo para crear la Comisión Intersecretarial para el Desarrollo del Gobierno Electrónico, con el objetivo de establecer una coordinación de carácter formal y multisectorial la cual impulse el desarrollo del gobierno electrónico en la Administración Pública Federal, atendiendo en sí las recomendaciones del estudio sobre e-gobierno en México por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE.

Todavía no contamos con alguna versión de la iniciativa que se presentará, pero consideramos que deberá tomar en cuenta aspectos, que son básicos para adecuarla al marco jurídico mexicano.

2. Derecho a la Información y protección de datos

En México, el 11 de junio de 2002 entra en vigor la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental que es reglamentaria del artículo sexto constitucional, para su aplicación se crea el 12 de junio del 2003 el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, que tiene como objetivo promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades, la creación de estas instituciones han creado toda una serie de modificaciones en el desarrollo de la administración pública y en general en los tres poderes de la unión, ya que ha surgido la necesidad de ver con más detalle la protección de datos personales para no violar la protección integral de la vida privada.

Alrededor del derecho a la información existen una serie de derechos inmersos mismos que a continuación enumeramos: 1. Derecho a que los ciudadanos conozcamos a través de los portales electrónicos de cada una de las instituciones gubernamentales sus indicadores de gestión; 2. El derecho de los ciudadanos a acceder a la información, a través de solicitudes que se realicen a las autoridades responsables de la misma; 3. El derecho a la protección de los datos personales de los ciudadanos que se encuentran en manos de las autoridades, para esto, las autoridades clasifican la información en pública, restringida y confidencial.

Como parte de la protección al derecho de intimidad y a la protección de datos, en el artículo 16 de norma fundamental se hace alusión a que nadie puede ser molestado en su persona, familia o bienes si no es por orden de autoridad competente, además de establecer lo referente a la intervención de las comunicaciones y a la protección de datos

En opinión de Acuña Llamas, también dentro de estas reformas que se hicieron al artículo 6° constitucional, se contienen cinco reservas de ley, mismas que significan que solamente mediante ley se atenderán los siguientes aspectos:

1. Los fundamentos que armonizando el principio de la máxima publicidad- como regla- con razones de interés público -como excepción- hagan posible la clasificación de la información para su reserva temporal;
2. La protección de los aspectos de la vida privada y de los datos personales en posesión de los sujetos obligados;
3. La determinación de los mecanismos y los procedimientos para el acceso de la información y para la revisión de las respuestas incompletas o que deniegan la información solicitada;

4. El procedimiento de publicidad de la información relativa a la entrega de recursos –por parte de los sujetos obligados- a las personas físicas y morales, y
5. La previsión de sanciones para los comportamientos que impliquen la inobservancia de los mandatos sobre acceso de información pública.¹

Aunado a lo anterior, Acuña hace referencia al trabajo de Ernesto Villanueva, el cual identifica los 17 indicadores que el derecho comparado exige tengan las leyes de acceso a la información para establecer parámetros de medición de las acciones de los sujetos obligados en relación con las funciones establecidas en el marco normativo, mismos, que explican las deficiencias que las leyes en la materia tienen tanto a nivel federal y estatal, en nuestro país, los cuales son indispensables para poder identificar aquellos aspectos que dentro del gobierno electrónico el derecho a la información debe considerar:

1. Sujetos obligados
2. Definiciones e interpretación
3. Cultura de la transparencia
4. Información de oficio
5. Límites al derecho de acceso a la información
6. Versiones públicas
7. Máxima publicidad
8. Prueba de daño
9. Gratuidad de la información
10. Periodo de reserva
11. Formas de solicitud de acceso a la información
12. Habeas data
13. Órgano garante
14. Afirmativa ficta
15. Vías de impugnación y definitividad
16. Formas de control de la ley
17. Ámbito temporal de validez²

3. La planeación, como parte medular de las políticas públicas

¹ ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, “Las órbitas del derecho a la información en México. A propósito de la reforma del artículo 6° constitucional”, *Derecho comparado de la Información*, Ed. UNAM, México, enero-junio 2008, p. 8.

² *Ibidem*, p. 41.

La figura de la planeación en México está plasmada en el artículo 26 constitucional, en lo que conocemos como garantías individuales, y dentro de la clasificación académica en las garantías sociales "... por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1º de la propia ley fundamental" SCJN (Séptima época: 65).

La planeación debe traducirse en un conjunto orgánico de objetivos y medios cuantitativamente evaluados y adaptados unos a otros que interesan a todo el sistema y a sectores fundamentales, con determinación de recursos, instrumentos, horizontes temporales y su desagregación en etapas y atribución de tareas y responsabilidades para los principales agentes sociales.³

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cita en su artículo 26:

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación

Las garantías sociales tienen por objeto proteger los derechos y los intereses de grupos sociales específicos o de grupos social y económicamente débiles, a diferencia de las otras garantías que protegen al individuo.

En el mundo moderno de hoy está comprobado que la planeación es un procedimiento que se debe aplicar en todos los sistemas democráticos, y que la elaboración del plan nacional de desarrollo debe ser un ejercicio de democracia participativa de los diversos sectores sociales.

En México en 2005 se crea la Comisión Intersecretarial para el desarrollo del gobierno electrónico, coordinado por la Secretaría de la función pública, actualmente en el Plan Nacional de desarrollo 2007-2012 sus cinco ejes rectores: 1. Estado de derecho y seguridad; 2. Economía competitiva y generadora de empleos; 3. Igualdad de oportunidades; 4. Sustentabilidad ambiental y 5. Democracia efectiva y política exterior responsable, se encuentran permeados por estrategias o líneas de acción, tendientes al gobierno electrónico, como por ejemplo: a) desarrollar sistemas de información y comunicaciones de alta tecnología para el combate a la delincuencia; b) Se consolidará el sistema único de Información criminal para concentrar y compartir datos relevantes del fenómeno delictivo; c) promover la adhesión de actores en todos los niveles de gobierno y de la sociedad para el diseño y desarrollo de estrategias que faciliten el uso de las tecnologías de información y comunicación; d) Promover el desarrollo de infraestructura

³ KAPLAN, Marcos, *Estudios de Derecho Económico*, núm. 5, Ed. UNAM, México, 1986, p. 19.

tecnológica de conectividad que permita alcanzar una penetración superior al 60% de la población, consolidando el uso de la tecnología de los servicios en cualquier lugar desarrollando contenidos de interés y de alto impacto para la población; e) Modernizar el marco normativo que permita el crecimiento de las telecomunicaciones, el uso y desarrollo de nuevas tecnologías y la seguridad sobre el uso de la información; los servicios y las transacciones electrónicas.

4. La sociedad del conocimiento y la infraestructura

La sociedad del conocimiento o también conocida como la sociedad de la información, es la que está marcando la pauta para el desarrollo de los Estados, actualmente este proceso se inicia en el ámbito económico donde se hace indispensable el desarrollo de las nuevas tecnologías.

Aquí es importante señalar que para hablar de estos temas y lo que representa deben hacerse algunas distinciones en cuanto a señalar que si bien es cierto este concepto conlleva el uso de las tecnologías en beneficio de las actividades de la población, sobre todo en el ámbito de las comunicaciones para el intercambio de información, también es cierto que lo anterior debe de ir de la mano del desarrollo de país y del nivel educacional y cultural de la sociedad en la cual se va a desarrollar o aplicar.

Decidimos explicar estos dos rubros de manera conjunta, porque estamos convencidos que los buenos deseos en la que la mayoría de las veces se convierten los programas o las declaraciones estipuladas en las políticas públicas denominadas en nuestro país planes de desarrollo, a veces se encuentran muy alejadas de la realidad no únicamente en sentido del conocimiento sino también de la situación económica, la cual juega un papel primordial en la sociedad de la información o del conocimiento y la infraestructura bajo la cual esa sociedad funcionará.

Comencemos por dejar claro una vez más que para que funcionen estas redes de información debemos estar convencidos de varias cosas para su uso, mencionaremos las más relevantes: seguridad, certidumbre, manejo claro y amable, acceso fácil, entre otras.

Como todos sabemos estos términos se utilizaron primeramente en el ámbito económico, para referirse a los mercados mundiales abiertos y fueron adoptados sobre todo por los organismos internacionales en materia de comercio para acelerar los procesos de intercambio de bienes y de servicios, así que digamos que lo difícil es como se crean los mecanismos y las estructuras para poder hacer

eficientes y eficaces estos sistemas en la vida diaria de la población mexicana y poder otorgar esa seguridad, certidumbre y demás cosas arriba mencionadas para su aplicación y cerrar la brecha digital.

Ahora lo interesante aquí es preguntarnos ¿tenemos la infraestructura en México?, pondremos algunos datos, para poder resolver el cuestionamiento.

El INEGI⁴ (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) presentó la encuesta nacional sobre disponibilidad y uso de tecnologías de la información en los hogares mexicanos desde el 2001 al 2007 (mes de marzo), de esta información tomamos lo referente a aquellos hogares que cuentan con equipamiento de tecnología de la información y comunicaciones por tipo de equipo, esta estadística nos sirve porque es ahí donde se inicia la aplicación de la sociedad de la información y si en nuestro país menos del 30% de los hogares tienen una computadora, por ende se torna difícil el uso de las nuevas tecnologías y todavía más se complica pensarla como una forma de acceso a la información.

La infraestructura debe ser un factor relevante que no hay que perder de vista, si bien existen los famosos kioscos (centros de contacto ciudadano) que se han ido estableciendo en puntos estratégicos del territorio mexicano que tienen como objetivo acercar a la población a las nuevas tecnologías y sobre todo en el caso del gobierno electrónico permitir el acceso de los servicios públicos al mayor número de personas, cubriendo con esto los nuevos parámetros para la facilitación y simplificación administrativa.

5. Institucionalidad

Las Instituciones juegan un papel determinante ya que es en ellas donde el e-gobierno tiene a su principal agente y donde se tiene que generar la cultura institucional electrónica, concebir la capacitación y formación del funcionario público con competencias para ejercer sus funciones dentro de la modalidad electrónica, lo cual representa una ampliación de la visión y misión institucional.

Es pertinente hacer alusión a la crisis que actualmente sufren las instituciones en el ámbito global, pero sobre todo en México donde una serie de problemas (corrupción, lentitud procesal, manejo de influencias, etc.) dificultan la credibilidad de que gozan las instituciones y la certidumbre que pueden ofrecer a los ciudadanos.

⁴ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=tinfl96&c=5585> (octubre 2008).

Como vimos anteriormente dentro de los planes de desarrollo tanto federal como estatal, se han creado algunas estrategias que permiten implementar el uso de las nuevas tecnologías para el ejercicio de la función pública, considerando todos los contrastes identificados en los diversos niveles.

Sin embargo, hay que dejar claro que si bien hay un gran esfuerzo por ejercer de manera electrónica, esto no substituye a las funciones tradicionales de las instituciones gubernamentales, pero si se puede traducir en una reducción de costos en áreas operativas, para invertir más en áreas estratégicas.

6. La agenda digital en el gobierno electrónico en México, como reflexión final

El gobierno electrónico debe desarrollarse en tres ámbitos:

- Servicios al ciudadano: mejorando la relación de servicio del gobierno al ciudadano, empresa e inversionista, mediante el uso intensivo de tecnologías de la información y comunicaciones, que permita prestar un servicio eficiente y eficaz. Un gobierno sin paredes, puertas ni horarios.
- Gestión pública: mejorando la gestión integral (mejoramiento de procesos) de los servicios, con el uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicaciones, mejorando la productividad del servicio. En un ambiente de trabajo integrado y colaborativo.
- Participación ciudadana: permitiendo desarrollar mecanismos apoyado en las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones, que capaciten al ciudadano a ejercer un rol activo en la toma de decisiones en los distintos niveles de la administración pública. Permitiendo abrir nuevos espacios y formas de participación, profundizando las prácticas democráticas.⁵

Tomando en consideración estos tres ámbitos, es pertinente hacer patente la relevancia de crear la agenda digital y con esto tratar de sistematizar y conjuntar todos los esfuerzos que de manera desordenada y dispersa se han realizado en los tres niveles de gobierno, para ello y solamente a manera de ejemplo citaremos algunos casos de gobierno electrónico a nivel federal y de algunas entidades federativas:

⁵ CINVESTAV, *Gobierno electrónico*, Coordinación General de Servicios de Cómputo Académico Centro de Investigación y Estudios Avanzados del IPN. <http://www.cinvestav.mx/Portals/0/cgsca/E-Gobierno.pdf> (10 de julio 2008).

E-México: dividido sobre todo en cuatro grandes rubros federales: de aprendizaje, salud, gobierno y economía. Esta información se presenta a través del portal ciudadano de México, pero también cada entidad federativa tiene su portal, de los centros comunitarios digitales y de los Kioscos (Centros de contacto ciudadano).

CIAPEM: Comité de Informática de la Administración Pública Estatal y Municipal A.C.

Podemos mencionar algunos ejemplos de sistemas que se han realizado dentro del gobierno electrónico: a) convenio de coordinación y colaboración entre los Estados de Coahuila-Zacatecas y Coahuila-Michoacán; b) Ley sobre el uso de medios electrónicos y firma electrónica avanzada para el Estado de Hidalgo; c) SACI sistema de atención ciudadana del Municipio de Córdoba; d) SNIAS sistema Nacional de información sobre la asistencia social; e) INFONAVIT, moderno y eficiente para los trabajadores con innovación tecnológica y humana para mejorar la calidad en el servicio; e) las bibliotecas digitales.

Todos estos ejemplos, dentro del formato de agenda digital estarán enfocados a cubrir las mismas necesidades o servicios públicos en cada uno de los ámbitos, pero el objetivo será estar sistematizados y organizados de tal manera que permitan su uso y consulta de una manera ágil y clara para la ciudadanía.

A partir de la agenda digital, se tendrá que hacer una reingeniería a lo establecido hasta la fecha, que implique el reconocimiento de las deficiencias encontradas en los procesos electrónicos y a decir de Alejandro Pisanty⁶ la agenda digital para México requiere articular cuando menos los siguientes temas: ICT4D (TICs para el desarrollo, en español), informática, industria electrónica, telecomunicaciones; regulación tecnológica, de contenidos y de mercados; competencia, inversión pública, política pública; Sociedad de la Información, Sociedad del Conocimiento, educación, investigación, desarrollo; política industrial, política editorial del Estado, políticas para el país y para el Estado; políticas para el gobierno federal, estatal y municipal; políticas públicas para la innovación, clusters, desarrollo regional, competitividad en sus múltiples acepciones y ámbitos, y muchos más.

En conclusión, la agenda digital para México sería el primer paso para lograr la meta de ser un país digitalmente desarrollado, que incida en el crecimiento y bienestar de la población.

⁶ PISANTY, Alejandro, *¿Qué se debe articular en una "agenda digital" para México?*, http://www.politicadigital.com.mx/nota.php?id_rubrique=14&id_article=431&color=4b188d (2 de julio 2008).

Bibliografía

- ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, "Las órbitas del derecho a la información en México. A propósito de la reforma del artículo 6° constitucional", *Derecho comparado de la Información*, Ed. UNAM, México, enero-junio 2008.
- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Séptima Época, Pleno, T III, parte SCJN, tesis 65, p 65, IUS: 390955
- BRÜNNER, José Joaquín, *Globalización Cultural y posmodernidad*, Ed. FCE, Chile, 1998.
- CINVESTAV, *Gobierno electrónico*, Coordinación General de Servicios de Cómputo Académico Centro de Investigación y Estudios Avanzados del IPN.
<http://www.cinvestav.mx/Portals/0/cgsca/E-Gobierno.pdf> (10 de julio 2008).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- GARCÍA DE LA CRUZ, José Manuel, "La globalización económica", *Sistema Económico Mundial*, Ed. Thomson, Madrid, España, 2005.
- IANNI, Octavio, *Teorías de la Globalización*, 3ª ed., Ed. siglo XXI-UNAM, México, 1998.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática
<http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=tinfl96&c=5585> (20 de julio 2008)
- KAPLAN, Marcos, *Estudios de Derecho Económico*, núm. 5, Ed. UNAM, México, 1986.
- _____, *Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución*, Ed. UNAM, México, DF, 2000.
- LUNA LEAL, Marisol, "Medios de Comunicación y democracia. A propósito de elecciones en México", en *Globalización, Derechos humanos y sociedad de la información*, UMSNH, México, 2007.
- PISANTY, Alejandro, *¿Qué se debe articular en una "agenda digital" para México?*,
http://www.politicadigital.com.mx/nota.php?id_rubrique=14&id_article=431&color=4b188d (2 de julio 2008)
- VILLARREAL, René, *Hacia una nueva economía de mercado*, Ed. Castillo, México, 1998.

Una lectura a las críticas del escepticismo ético desde la visión de Ronald Dworkin

Arnaldo Platas Martínez*

RESUMEN: En la actualidad la separación entre Ética y Derecho se ha ido estrechando, una de las explicaciones se encuentra en la penetración de la sociedad democrática en todas las esferas del individuo. Ronald Dworkin ha sido uno de los autores de mayor relieve en percibir el fenómeno, ya que desde los años setenta ha instaurado una lucha contra el positivismo no necesariamente desde la perspectiva del Derecho Natural. En el presente trabajo lo que se intenta analizar es la dimensión del escepticismo en la moral y el derecho, como una configuración que no tiene paralelo en las sociedades modernas, y que además permite establecer que la ética tiene fuertes vínculos con la construcción y la aplicación de las normas de derecho en cualquier sociedad contemporánea que se denomine racional y democrática. El análisis del escepticismo permite verlo no como un movimiento uniforme sino a través de dos de sus dimensiones el interno y el externo al propio sujeto que predica juicios de valor.

Palabras clave: ética, filosofía del derecho, teoría del derecho y moral

ABSTRACT: At the present time the separation between Ethics and Law has been narrowing, one of the explanations is found on the penetration of democratic society in all of the individual's spheres. Ronald Dworkin has been one of the most distinguished authors in perceiving the phenomenon, because since the seventies, he has proclaimed a fight against positivism, not necessarily from the perspective of Natural Law. What is intended to analyse in this paper is the dimension of skepticism in morals and law, as an unparalleled configuration in modern societies and allowing to establish that ethics have a strong bond with the construction and application of the norms of the law in any contemporary society that designates itself as rational and democratic. The analysis of skepticism allows us to look at it not as a uniform movement but through two of its dimensions, internal and external to the subject predicting value judgements.

Key words: ethics, law philosophy, moral and law theory

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

SUMARIO: Introducción. 1. Contra el escepticismo externo. 2. El escepticismo interno. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

En la actualidad la ética se ha convertido en una cuestión de fundamentación de la vida pública. El viejo problema kantiano de la ética refundida en lo más profundo de la autonomía se ha dejado atrás, y su espacio lo ocupa una relectura de la visión kantiana de la comunidad como espacio de la ética. La dimensión de la libertad, y por supuesto de la ética, no puede ser entendida desde la perspectiva de que la misma tiene solamente un discurso hacia lo privado y la construcción de la misma tiene que hacerse en todos los espacios de esa misma órbita. Ronald Dworkin tiene una propuesta interesante al respecto, sin dejar de lado la posición de polemista, en su más reciente publicación¹ donde plantea una serie de cuestiones de la vida pública muy llamativas, desde la perspectiva de la política y derecho que son de vital importancia en el actual debate de lo jurídico.

Ronald Dworkin se ha declarado, en el terreno de la ética, objetivista y no-fundacionalista. Para entender la acepción que autoreclama el autor norteamericano es preciso establecer su perspectiva respecto del escepticismo,² que tiene una profunda raíz en la filosofía norteamericana. Ya que lo toma como punto de partida para la explicación del objetivismo, postura que no habrá de abandonar ni en los años recientes.

Así, la doctrina en cuestión tiene una de las más viejas tradiciones en la filosofía occidental, se le puede situar desde Grecia con uno de sus mejores exponentes, como Pirrón de Elis³ quien negaba que las “cosas son”, y en consecuencia se tiene que dudar de todo y todo se encuentra sujeto a la no credibilidad de lo que enunciamos. Ninguna verdad puede ser tomada como auténtica, a menos que se quiera afirmar una falacia.

La historia del escepticismo es larga y polémica en cuanto a la construcción de la realidad por parte del sujeto, fundamentalmente en lo que respecta a la dimensión de la política y al derecho como fuentes fundamentales de cimentación de valores, lo que nos lleva al terreno de la ética. En este plano no es solamente de interés en el planteamiento que ahora analizamos, es una cuestión que trasvasa a

¹ DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, New Jersey, 2006.

² Para una lectura más amplia de la historia del Escepticismo ver LANDESMAN, Charles and MEEKS, Roblin, *Philosophical Skepticism*, Blackwell Publishing, Malden MA., 2003.

³ BARRY STROUD, *The Significance of Philosophical Skepticism*, Clarendon Press, Oxford, 1984.

toda la teoría política moderna, se puede decir con John Schwarzmantel⁴ que el problema central de la teoría política moderna se encuentra en un debate importante acerca de los valores que sostienen a todos los movimientos políticos y la lucha por sus derechos. El escepticismo, en consecuencia, se ha convertido en una doctrina dominante en el mundo de las ciencias sociales, de un gran influjo en los teóricos de los derechos “dispersos”.⁵

De manera general el escepticismo se puede clasificar en una doble dimensión. El primero sostiene que “es un error en el juicio moral realizar ciertos tipos de evaluación o crítica moral”.⁶ A este escepticismo se suele llamar interno. Y constituye una interiorización debido a que se trata de que lo que pone en duda es la parte interna del discurso ético, o la fundamentación del discurso. En esta clase de escepticismo la irresolución se localiza en el contenido de la regla moral, puesto que carecemos del fundamento necesario para conocer el contenido de la propia norma. En fin, como dice Honderich “... la gente cree sinceramente que la moralidad es superflua porque el libre albedrío es una ilusión, y por lo tanto, debe rechazar las constricciones morales en sí mismas y renunciar a criticar a los otros por comportarse deshonestamente o de modos que otras personas encuentran moralmente malvados”.⁷

Por su parte el escepticismo externo se coloca fuera del discurso moral o ético, en su caso. Lo que se trata de demostrar en tal formulación consiste en que no es posible acercarse de ninguna manera a forma alguna de expresión de contenido falso o verdadero sobre los enunciados de la moral. En el caso presente esta clase de escepticismo nos lleva a una construcción del relativismo en todo el sentido de la moralidad, del discurso de la misma.

Las dos formulaciones han tenido sus consecuencias en el desarrollo de las tesis morales, pero es importante destacar que hay una serie de elementos que confluyen para enunciar y hacer justificable la propia posición respecto de los problemas que enfrentan las sociedades modernas; y que además, se han convertido en una serie de problemas que no tienen solución pronta dado el debate que ha irradiado en todos los sentidos de las concepciones sobre derecho o política.

⁴ JOHN SCHWARZMANTEL, *Citizenship and Identity: Towards a New Republic*, Routledge, New York, 2002, p. 19.

⁵ Quizá la afirmación de objetivismo comunitarista no se la más apropiada, pero nos permite llevar a cabo un esbozo lo más cercano a lo que quiere explicar el propio Dworkin.

⁶ HONDERICH, Erich, *Encyclopedia Oxford de Filosofía*, p. 323.

⁷ *Idem*

Por ello, Dworkin orienta todas sus baterías en el sentido de quebrar al escepticismo que se ha enseñoreado entre los más destacados moralistas del siglo XX. De manera principal los argumentos de nuestro autor se encuentran orientados hacia los escépticos internos. Y lo hace debido a dos razones. La primera de ellas se encuentra en la idea de que el escepticismo externo solamente toca los linderos del discurso ético, en cambio el interno lo que hace es socavar los cimientos del discurso ético de cualquier comunidad, puesto lo que pone en duda es el discurso ético.

Es por ello que habremos de desarrollar nuestra exposición tomando en cuenta en primer lugar el esquema general del escepticismo externo, para después desarrollar algunas ideas críticas sobre las categorías del conocimiento y de la propia relatividad del mismo.

1. Contra el escepticismo externo

Lo que hace el autor de los *“Derechos en serio”* es contrarrestar dos de los principales argumentos del escepticismo. El primero de ellos es su aparente neutralidad, esto es, no contra la argumentación propia de los juicios éticos, sino contra el realismo que sostiene a los juicios éticos que desarrollan un determinado estatus al interior de la sociedad. Y la segunda de las ofensivas de Dworkin se dirige contra la idea de que no es posible argumentar en materia de juicios éticos para quienes sostienen su verdad o falsedad fuera del discurso ético.

Dworkin inicia su discusión haciendo una separación que hacen los escépticos externos. La separación de los dos discursos resulta interesante. El primero de ellos se encuentra en lo que propiamente pudiéramos llamar discurso moral, a través del cual emitimos nuestros juicios morales y aquél, que en términos más técnicos pudiéramos llamar discurso ético.⁸ Éste último pertenece a un discurso de carácter secundario sobre el cual existe una discusión sobre el estatus o dimensión filosófica de los juicios.

En primera instancia, nos encontramos frente a la situación de cómo los objetivistas asumen la idea de “objetividad” de los juicios morales que emitimos a lo largo de nuestra vida. De esta forma, dice nuestro autor, que los escépticos, ven en los dos niveles de discurso una relación casi inmediata, y que no es posible llegar a la separación. Ya que al asumir la “objetividad” implica calificar de objetivos a los juicios morales, adicionalmente a los que hemos llamados como

⁸ Al tomar en cuenta la diferencia entre Moral como disciplina de vida y la Ética como ciencia.

juicios éticos. De esta forma, lo que sucede al final de cuentas, en la opinión de los escépticos, es que se lleva a cabo una doble calificación de los juicios, cuando el segundo corresponde a un ámbito distinto, del discurso, adicional a la estructura epistémica en que nos estemos desarrollando. De esta manera lo que sucede es que estamos desplazando el discurso meramente moral hacia un contexto donde las concepciones políticas o éticas, en su caso, son enunciados que corresponden a afirmaciones o negaciones que entran en el contexto del discurso ético y en consecuencia que no se les puede predicar validez o invalidez, verdad o falsedad, punto muy importante en la discusión actual sobre la penetración del lenguaje en las propias concepciones de vida.

En su respuesta Ronald Dworkin afirma que los calificativos “objetivo”, “verdadero o falso” no tiene otro sentido que el de enfatizar un determinado juicio moral, pero de ninguna manera lo que hace es sostener posiciones sobre el discurso político de determinada sociedad; no se trata, bajo ninguna circunstancia de establecer afirmaciones de carácter ideológico, que solamente sirven como parámetros para demostrar la idoneidad de los juicios morales. En consecuencia las afirmaciones que llevan implícito el carácter de objetividad, o el subrayado conectado a la misma, bajo ninguna circunstancia expresan que tales elementos existan como estructuras objetivas en un mundo real, o en su caso sólo existen relativamente en relación con los o sujetos que afirman el juicio. De esto tendremos algunas consecuencias que resulta ser importantes en la discusión sobre los dos niveles discurso del que estamos involucrados.

Una de las primeras consecuencias es la negación metafísica de que existan criterios de validez o invalidez sujetos necesariamente a un discurso objetivo a partir de concepciones netamente objetivistas, como las propuestas por Platón o en su caso por algunos filósofos de la Edad Media, como elemento primordial de la estructura a la que debemos asociar nuestra propia concepción o nuestros juicios morales, en su caso.

Una segunda consecuencia a la que debemos estar atentos es que en los dos niveles del discurso en que nos encontramos el juicio moral representa solamente una afirmación de la colectividad sobre ciertas características de comportamiento de los sujetos, pero que no significa que se encuentren de manera permanente en la sociedad y que la misma puede cambiar de acuerdo a las condiciones del consenso o de la interacción de los sujetos.⁹

⁹ O bajo ciertas premisas de la argumentación social.

Nuestro autor lleva a cabo una distinción bastante importante en cuanto a las proposiciones morales; de esta forma, distingue entre *E-propositions* de *I-propositions*, las cuales pueden resumirse de la siguiente manera: las primeras (*E-propositions*) corresponden a las que son externas y neutrales sobre los juicios morales; en tanto que las segundas (*I-propositions*) son aquellas cuya única función consiste en enfatizar el carácter moral de los juicios, pero que bajo ninguna circunstancia pueden llevar el discurso moral a otro nivel o fusionarlos con los otros temas, o en su caso trasladarse a otros terrenos que no corresponden necesariamente a la primera parte discursiva. Por tanto, cuando hablamos de *I-propositions*, lo que estamos haciendo es llevar establecer una relación de dependencia de éstos hacia las primeras, que lo que hacen es solamente determinar un elemento adicional pero bajo ninguna circunstancia estamos en presencia de un segundo nivel de discurso, o en su caso trasladándolos a una segunda línea de argumentación, que tenga un discurso diferente al enunciado por las *E-propositions*. Una de las consecuencias importantes en esta línea que sigue Dworkin es intentar demostrar con ésta su clasificación de las proposiciones que el discurso moral es único y que no toma prestado ningún otro elemento que se encuentre relacionado con otra estructura epistémica.

El segundo de los argumentos que desarrolla el autor norteamericano resulta atractivo debido a las consideraciones siguientes, y que forma parte de la polémica que aparece desde el siglo XVIII. Si los escépticos rechazan de origen las *I-propositions* lo que hacen en primera instancia es rechazar las líneas argumentales de las *E-propositions*, y en consecuencia se encuentran adoptando una forma de moral, ya que lo que hacen es aceptar en la misma línea argumental que no existen nada que sea moralmente incorrecto. Pero surge la paradoja, dado que las *I-propositions* son en realidad un discurso fundante o dependiente, lo que sucede es que tiene que resolverse con el fundamento de las *E-propositions* lo que nos lleva al terreno del discurso moral, y por tanto, los escépticos caen en la afirmación moral que estaban negando desde el principio.

Un segundo momento en el que se desarrolla es aquel en el cual se puede llegar a la afirmación a través de la cual estamos en presencia de lo que podría denominarse un escepticismo relativista; el cual se manifiesta a través de que los juicios morales no pueden ser calificados como verdaderos o falsos, ya que los mismos se determinados culturalmente, y que en consecuencia, solamente suelen recibir tal denominación cuando los elementos de las culturas son invariables. Pero esa tesis, al final de cuentas tiene que resolverse dentro del ámbito del terreno de la moral, porque implica un espacio en el cual debemos ocuparnos en primera instancia porque los sujetos tienen que tomar decisiones en lo que respecta a su propia dimensión moral.

Lo que sucede en el fondo de tal situación es que los escépticos terminan por asumir una posición normativa en el discurso moral, ya que al afirmar la no credulidad de la afirmación moral, en el fondo del discurso lo que están haciendo es calificando el discurso moral dentro del contexto del discurso de los hábitos morales de esa cultura en la que se desarrolla.

2. El escepticismo interno

El verdadero problema para los realistas se encuentra en el llamado escepticismo interno que como ya quedó anotado se presenta al interior del discurso moral. Se considera un escéptico moral a que el que manifiesta que no es posible ofrecer una respuesta correcta a la valoración moral, puesto que se ven involucrados elementos que no se pueden conocer en todos sus ingredientes, o en su caso no hay certezas suficientes al respecto, porque no tenemos a la mano los elementos indispensables para hacer esos juicios de valor. En ese sentido hay que tomar en cuenta algunas cuestiones importantes para situar al problema en su exacta dimensión.

En la afirmación anterior hay dos elementos que pueden ser utilizados por separado como los argumentos centrales de los escépticos internos. El primero de ellos lo podemos denominar como argumento de incertidumbre, y al segundo, como de indeterminación. Cada uno de ellos los habremos de analizar por separado. Pero siguiendo la clasificación que establece Dworkin y que apuntamos líneas arriba, para el efecto de no perder las fórmulas al respecto habremos de seguir con el esquema que plantea el autor a que hicimos mención. Una clasificación adicional diseñada por Dworkin se encuentra determinada con las *U-Propositions*; a la cual le da el significado de que es una proposición con una respuesta correcta. Lo que está diciendo el autor norteamericano es que no existe una respuesta equivocada, que la respuesta se encuentra en un determinado umbral de incertidumbre que impide llegar a la respuesta adecuada. Pero, a su vez, esta clase de escepticismo es notoriamente subjetivo, lo que nos lleva de inmediato a replantear el esquema de manera relativa, puesto que el sujeto declara no tener la respuesta adecuada (positiva o negativa), lo cual no contradice la idea de que no exista una opción para otros sujetos de encontrar la respuesta pertinente.

La otra manifestación de escepticismo se halla en cuanto al objeto, ya que el mismo rebasa la capacidad de los sujetos al calificársele como inconmensurable, con lo cual se está diciendo que en medida del objeto no existe una respuesta adecuada en ese momento. En consecuencia, lo que sucede, al final de cuentas, es que dimensionamos el ámbito de lo que podría denominarse como sujeción al

juicio de los valores, y no necesariamente a la naturaleza no dimensionable del objeto que se está tratando de aceptar como tal.

En ambos casos, tanto el de la incertidumbre como el de la indeterminación nos conducen de manera necesaria al espacio de la moral donde se discuten los puntos sustantivos, y por tanto, entramos al discurso de la misma, y dejamos de lleno el problema relativo a la construcción del contenido del discurso ético.

Una de las conclusiones que pueden obtenerse es la que expresa Lourdes Santos al decir que el escepticismo en materia moral solamente puede expresarse desde la perspectiva sustantiva, lo que trae como resultado entrar propiamente en el realismo. “expresándolo en una formulación provocativa, y ya en el terreno de la discusión moral, podríamos decir que el escepticismo en cuestiones morales solo puede formularse desde presupuestos no escépticos, desde las posiciones morales sustantivas. Los argumentos escépticos relevantes presuponen pues, de forma más o menos subrepticia, premisas morales; el escepticismo – que solo puede formularse coherentemente escepticismo interno- se asienta en realidad sobre alguna concepción moral sustantiva”,¹⁰ lo que puede afirmarse en palabras del mismo Dworkin: “es común entre los filósofos ridiculizar, como incompletos o dogmáticos, los argumentos escépticos. Afirmar que quienes toman partido pasan por alto la verdad obvia que sobre el problema no existe: una única respuesta correcta. No se detienen en considerar si tienen argumentos sustantivos para esa posición, que es igualmente sustantiva, y cuando lo hacen, si esos argumentos no podrían ser también ridiculizados como vagos, no convincentes o basados en instintos o incluso en afirmaciones en la misma línea”.¹¹

Bajo lo que anteriormente mencionado, lo que podemos derivar es que en la dimensión de la ética hay papel muy importante de irracionalidad en cuanto a los juicios de valor; no se sostienen, como lo habría querido Kant por el fundamento racional, a través de ciertos consensos, que son producto natural de una serie de elementos subjetivos, siendo que la mayor parte de ellos no están caracterizados por la objetividad racional.

Por ello es importante comentar que la posición de Dworkin se encuentra determinada por una serie de factores del entorno en el que se mueve. En primer lugar, estamos en presencia del debate que sostuvo con Hart sobre el cual ha de asentar un fuerte golpe a la idea de una sola respuesta, pero adicionalmente es importante en el sentido de considerar una serie de elementos que se encuentran

¹⁰ SANTOS PÉREZ, L., *Liberalismo e Igualdad. Una aproximación a la Filosofía Política de Dworkin*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 291.

¹¹ DWORKIN, Ronald, *Objectivity and Truth. You'd better rethink it*, Clarendon, New York, 2007, p. 19.

en el centro del debate contra los escépticos que tienen un fuerte compromiso con el positivismo. Ambas cuestiones a las cuales el autor norteamericano ha hecho importantes críticas como ha quedado asentado en las líneas anteriores.

Conclusión

Con las premisas anteriores estamos en presencia de una serie de argumentos que hacen que las posturas escépticas pierdan toda su dimensión de supuesta objetividad y sean consideradas como una reformulación de las propias dudas que existen en las sociedades contemporáneas.

Dworkin ha llamado la atención en el debate y creo que es posible obtener mejores resultados en el análisis de las sociedades en cuestión si se abandonan las tesis escépticas.

Arnaldo Platas Martínez

Bibliografía

- DWORKIN, Ronald, *Objetivity and Truth. You"d better rethink it*, Clarendon, New York, 2007.
- HONDERICH, Erich, *Encyclopedia Oxford of Philosophy*, Oxford Press, New York, 2004.
- LANDESMAN, Charles and MEEKS, Roblin, *Philosophical Skepticism*, Blackwell Publishing, Malden, MA., 2003.
- SANTOS PÉREZ, L. *Liberalismo e Igualdad. Una aproximación a la Filosofía Política de Dworkin*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- STROUD, Barry, *The significance of Philosophical Scepticism*, Clarendon, Press Oxford, 2002.

El precio del honor

Mónica Victoria Ruiz Balcázar*

RESUMEN: En el presente capítulo, nos ocupamos del daño moral que se puede causar al honor y prestigio de las personas y la forma en que este puede resarcirse mediante una indemnización económica subrayando que el honor en el Estado de Veracruz no tiene precio.

Se exploran el daño moral que se puede causar a un bien intangible como es el honor que resulta un concepto ambiguo, por corresponder a un criterio subjetivo e individual de cada sujeto de derecho, además de referirse a un tiempo y espacio determinado.

Palabras claves: precio, honor, daño moral, responsabilidad civil, hechos ilícitos civiles.

ABSTRACT: In the present article, we took care of the moral damage that can be caused to the honour and prestige of the people and the form in which it can be made up for by means of an economic indemnification emphasizing that the honor in the State of Veracruz does not have price.

We explored the moral damage that can be caused to an intangible good as the honour that becomes an ambiguous concept, to correspond to subjective and individual criteria of each subject of the law, besides from referring to a determinate space and time.

Key words: price, honor, moral damage, civil responsibility, illegal civil facts.

SUMARIO: Introducción. 1. Planteamiento del problema. 2. Marco jurídico. 3. Hechos ilícitos. 4. Responsabilidad civil. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

El 13 de abril del año 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*¹ un decreto cuya vigencia inicia a partir del día siguiente de su publicación, y a través del cual se derogan los artículos 350 al 363 del Código Penal Federal vigente que regulaban

* Doctora en Derecho Público. Académico de Carrera de tiempo completo de la Facultad de Derecho en el Sistema de Enseñanza Abierta en la región Coatzacoalcos de la Universidad Veracruzana.

¹ Cfr. *Diario Oficial de la Federación* de fecha 13 de abril 2007. <http://www.dof.gob.mx/index.php> Consultado el 13 de abril 2007.

los delitos de difamación y calumnia, y se adicionan los párrafos, sexto con cuatro fracciones, séptimo y octavo al artículo 1916 y el párrafo tercero, al artículo 1916 Bis del Código Civil Federal, para incorporar algunos criterios en la reparación del daño moral.

Así, se reabre el debate sobre los límites que condicionan la libertad de expresión y el derecho a la información cuando en abuso de los mismos se atenta en contra del derecho a la vida privada, el honor, el decoro y el prestigio de las personas.²

El decreto ha sido celebrado con beneplácito por el gremio de los periodistas porque al derogar los tipos penales mencionados a quienes más se beneficia es a quienes ejercen esa profesión, puesto que prácticamente les otorga una especie de fuero.

Adicionalmente a la despenalización de las conductas de difamación y calumnia, la reforma establece que la reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun cuando no sea correcta, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde la información siempre y cuando cite la fuente, lo que por una parte puede vulnerar el honor de los particulares, y por otra confronta el secreto profesional.

Cabe señalar la dudosa constitucionalidad de la adición anterior, puesto que el artículo 6º constitucional, al establecer la libertad de expresión y garantizar el derecho a la información señala que éstas serán objeto de inquisición judicial o administrativa cuando se ataquen los derechos de tercero, y el artículo 7º al regular la libertad de prensa establece como uno de sus límites el respeto a la vida privada.

El decreto en cuestión, suprime los únicos delitos contra el honor contemplados en el Código Penal Federal y que consistían en los tipos penales de difamación y calumnia. De esta forma se pretende resarcir los daños que se causen a las personas por un abuso en el ejercicio de la libertad de expresión e información o de imprenta, a través de una obligación pecuniaria.

1. Planteamiento del problema

² “Las expresiones injuriosas o calificativos innecesarios para expresar un juicio o relatar hechos constituyen un abuso de la libertad de expresión e información”. Cfr. MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen, *Democracia y derecho a la información*, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 118.

El precio del honor

En el Estado de Veracruz aún existen los denominados delitos contra el honor, subsistiendo los tipos penales de difamación³ y calumnia,⁴ por ésta razón legislativa es válido señalar que en la entidad veracruzana el honor no tiene precio.⁵ Por ello comunicar a una o más personas, la imputación que se haga a otra, física o moral, de un hecho falso, determinado o indeterminado, que cause o pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio o exponerle al desprecio; o imputar a una persona un hecho determinado calificado por la ley como delito, si este es falso, se sanciona con prisión y multa, sin que se contemple reparación del daño moral.

Por su parte el Código Civil veracruzano en vigor tampoco contempla la indemnización por concepto de daño moral, ni algún concepto sobre el mismo, a diferencia del Código Civil Federal que al respecto establece:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.

La acción de reparación de daños no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación

³ Artículo 191 en el que se impone de seis meses a cuatro años de prisión y multa hasta de cuarenta días de salario por difamación. Y para el caso que el hecho sea cierto se requiere que el sujeto activo haya actuado con la intención de causar deshonra, descrédito, perjuicio o exponer al desprecio al sujeto pasivo. El artículo 192 establece que no se aplicará sanción a quien manifieste: I. Opinión técnica sobre alguna producción literaria, artística, científica o industrial. II. Juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta, si probare que actuó en cumplimiento de un deber, por interés público, por razones humanitarias o proporcionando informes a la autoridad, o III. Si el hecho imputado está declarado por sentencia firme. Cfr. *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*, Ed. Cajica, México, 2008, p. 76.

⁴ Artículos 193, 194 y 195. Cfr. *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*, op. cit, pp. 76 y 77.

⁵ La idea de precio debe considerarse siempre en función del dinero, ya que entre sus funciones tiene la de ser un satisfactor de aceptación general que sirve de medida de valor de los demás satisfactores. Cfr. DOMÍNGUEZ VARGAS, Sergio, *Teoría económica*, 17ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996, p. 66.

de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes.

En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.⁶

Así también la misma legislación establece que no están obligadas a reparar el daño moral las personas que ejerzan sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones del artículo 6º y 7º de la Constitución Federal de la República Mexicana.⁷

No obstante, a nivel federal,⁸ en el Distrito Federal⁹ y en el Estado de Baja California,¹⁰ las conductas que tipificaban la difamación y la calumnia han desaparecido de los Códigos Penales para dar lugar a un hecho ilícito de naturaleza civil y como consecuencia ha nacido la obligación de reparar el daño moral cometido, de esta forma se genera responsabilidad civil, derogando los tipos penales cuyo fin era la sanción pública y no privada de las conductas antisociales consistentes en difamar o calumniar a las personas.

En virtud del pacto federal para algunas entidades sigue vigente en los códigos penales el derecho que tienen las personas a solicitar se ejercite la acción penal para proteger su derecho a preservar su patrimonio moral, y en otras se deberá demandar en su caso la responsabilidad civil para reparar el daño moral sufrido.

Conforme con lo anterior, algunos congresos locales legislaron que los ataques ilícitos a la vida privada, el decoro y el prestigio de las personas se repriman mediante la sanción penal ya que el daño que sufren los difamados o calumniados es invaluable, pero otras legislaturas establecieron que esta

⁶ Vid artículo 1916 del Código Civil Federal vigente en la República Mexicana.

⁷ 1916 bis. *Idem*.

⁸ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de abril 2007., *op. cit.*, nota 1.

⁹ Cfr. "Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal". Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el día 19 de mayo del año 2006. <http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=1246> Consultado 13 abril 2007.

¹⁰ El Congreso local del Estado de Baja California aprobó por mayoría despenalizar los delitos de difamación y calumnia en asuntos de interés público o por señalamientos relacionados con conductas o desempeño de servidores públicos. De esta manera, los asuntos se canalizarán a los juzgados civiles, y en caso de proceder se aplicarán sanciones económicas para la reparación del daño pero los acusados no pisarán la cárcel. www.jornada.unam.mx/2007/03/03/index.php?section=estados&article=027n4est. Consultado el 13 de abril 2007.

intromisión ilegítima si tiene precio, lo cual se traduce en una indemnización y en su caso en la publicación de la sentencia.

El problema es desde luego conceptual. Definir lo que es la vida privada, el honor, el prestigio y el decoro de las personas es el núcleo del asunto. Encontramos que para algunos sectores de la sociedad la vida privada, el honor y el prestigio al ser parte del patrimonio moral no tienen equivalente en dinero, motivo por el cual no puede pagarse ni restituirse a su estado anterior si ha sido vulnerado, mientras que para otros la trasgresión puede ser reparada mediante una indemnización equivalente al daño moral, la cual consiste en hacer entrar al patrimonio del ofendido un sucedáneo o sustituto por la depreciación sufrida.

Se puede distinguir entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen. El primero es el derecho que tiene la persona a la reputación o a la fama como resultado de las relaciones sociales, en cambio el derecho a la intimidad es la aspiración del individuo al aislamiento e inclusive al anonimato. Por su parte el derecho a la imagen es exigible cuando su reproducción se haga sin el consentimiento del titular del mismo.¹¹

Por otra parte hay que puntualizar que el Código Penal del Estado de Veracruz establece como delitos contra el honor la difamación y la calumnia sin distinguir exactamente entre los conceptos de honor, vida privada, intimidad personal y familiar e imagen que en el derecho privado han sido catalogados como derechos de la personalidad.¹²

No obstante y para efectos del presente artículo, lo que nos interesa destacar es que si en el Estado de Veracruz se hiciera una reforma semejante a la que en fecha reciente ha llevado a cabo el Congreso Federal derogando los tipos penales comentados, para convertirlos en ilícitos civiles, entonces uno de sus efectos podría consistir en la impunidad pues en caso de insolvencia económica el demandado no podría ser sancionado en forma alguna. Por el contrario, si la legislación penal veracruzana mantiene los tipos penales señalados la consecuencia sería continuar con procesos jurisdiccionales que distraen la atención del Poder Judicial para atender asuntos en los que se ven involucrados bienes jurídicos tutelados de

¹¹ FIX-FIERRO, María Cristina, "El derecho al honor como límite a la libertad de expresión", en *Derecho Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Año 1, Núm. 3, México, 2006, pp. 127 y ss.

¹² Para una consulta a fondo véase el análisis conceptual de MARTI CAPITANACHI, Luz del Carmen, "Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derechos humanos", en *Letras Jurídicas*, Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V., Año 4, Núm. 8, México, Julio-Diciembre 2003, pp. 239 y ss.

superior importancia. Por lo tanto el Congreso local tendrá que discutir el camino que Veracruz seguirá al respecto.

2. Marco Jurídico para proteger el derecho a la vida privada y al honor

Los instrumentos que regulan la protección de las personas para el ejercicio del derecho a la personalidad son de carácter internacional, y nacionales entre los cuales encontramos normas federales y locales, debido a que estos comprenden la facultad que tienen los individuos para no ser molestados, por persona alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público, para oponerse a la reproducción identificable de sus rasgos físicos sobre cualquier soporte material sin su consentimiento y el respeto a la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social que se identifican con la buena reputación y la fama.¹³

Los de carácter internacional son aquéllos que regulan lo relativo a la protección del patrimonio moral contra las injerencias arbitrarias a la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia, los ataques a la honra, reputación, la dignidad; y de los cuales México es parte, los encontramos en los Tratados que se describen a continuación:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948,¹⁴ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vigente desde el 23 de marzo de 1976¹⁵, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual fue

¹³ Fracción V del artículo 7 de la “Ley de Responsabilidad Civil para la protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal”, *op. cit.*, nota 6.

¹⁴ Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> Consultada 10 abril 2007.

¹⁵ Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. México forma

suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, conocido como Pacto de San José,¹⁶ y en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.¹⁷

En relación al marco jurídico nacional lo encontramos en los artículos 6º, 7º y 16 constitucionales.¹⁸ Las limitaciones para la manifestación de las ideas, según se

parte de este Pacto desde el 23 de marzo de 1981. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm Consultado 10 abril 2007.

¹⁶ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> Consultado 10 de octubre 2008.

¹⁷ Artículo 16; 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm Consultado 10 octubre 2008.

¹⁸ Artículo 6º.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el estado. Artículo 7º. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito. Las leyes orgánicas dictaran cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores,

desprende del artículo 6º antes transcrito, y en la cual se permite constitucionalmente la inquisición judicial o administrativa se da en los casos siguientes:

- a) Cuando se ataque a la moral.
- b) Cuando se ataquen los derechos de terceros.
- c) Cuando provoque algún delito.
- d) Cuando perturbe el orden público.

En el caso del artículo 7º que regula la libertad de imprenta, las limitaciones son:

- a) El respeto a la vida privada
- b) El respeto a la moral
- c) El respeto a la paz pública

Por su parte el artículo 16 también protege la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

Cómo puede observarse de los preceptos comentados, el único criterio objetivo existente para definir cuando se ha hecho un uso indebido de la libertad de expresión o el derecho a la información es cuando la misma legislación ordinaria tipifica la comisión de un delito en contra del honor de las personas, pues en caso contrario ninguno de los artículos constitucionales mencionados delimita cuales son los ataques a terceros o a la vida privada. En el caso de Veracruz no se cuenta con una ley secundaria que precise en que consiste el derecho a la vida privada o la afectación de terceros con motivo o en abuso del derecho a la información y la libertad de expresión.

Cabe mencionar que sólo la Ley de Imprenta contiene un catalogo que define los ataques a la vida privada de la manera siguiente:

Artículo 1o.- Constituyen ataques a la vida privada:

I.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía,

“papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos. Artículo 16. Primer Párrafo: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Párrafo Noveno: Las comunicaciones privadas son inviolables. Cfr. DELGADO MOYA, Rubén, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 22ª ed., Ed. Sista, México, 2008, p. 21 y ss.

El precio del honor

fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses;

II.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren;

III.- Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos;

IV.- Cuando con una publicación prohibida expresamente por la Ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños o en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.¹⁹

Respecto a la Ley antes citada la Cámara de Diputados desde el 6 de diciembre del año 2007 aprobó con una mayoría de 334 votos a favor, un voto en contra y una abstención, un proyecto de decreto que deroga los artículos 1º y 31, mencionando en la Exposición de Motivos la necesidad de derogar los delitos de imprenta en correlación con la desaparición de los delitos de difamación y calumnias en el Código Penal Federal, así como con las hipótesis legales contempladas en las reformas al Código Civil Federal para resarcir el daño moral como consecuencia de la responsabilidad civil en que incurre cualquier infractor que atente contra el honor o reputación de las personas.²⁰

De igual manera la Exposición de Motivos alude al artículo 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión que en efecto señala que la protección a la reputación de las personas debe estar garantizada únicamente a través de sanciones civiles, tal como ya ocurre en el Código Civil Federal.

El problema es que la ley comentada fue despachada por el entonces Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, Venustiano Carranza, por lo que se ponen en duda las facultades que ejercitó, en virtud de que según los artículos sexto y decimosexto de la Constitución sólo al Congreso de la Unión le correspondía expedir las leyes relativas a Garantías Individuales en la sesión ordinaria que se celebraría el 1º de septiembre de 1917.

¹⁹ Cfr. Ley sobre delitos de imprenta, *Diario Oficial de la Federación* del 12 de abril de 1917. Consultada el 5 de noviembre 2008 en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/250/32.htm?s=>

²⁰ El decreto fue turnado a la Cámara de Senadores para los efectos constitucionales. *Vid. Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados Número 2396-II del 4 de diciembre 2007, disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071204-II.html> Dictámenes de primera lectura. Consultada el 5 de noviembre 2008.

Otra objeción consiste en que la ley de imprenta fue expedida el día 9 de abril de 1917, publicada el día 12 y en vigencia desde el día 15 del mismo mes y año, fechas en que la Constitución Política Mexicana ya había sido promulgada pero aun no tenía fuerza obligatoria, motivo por el cual, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, Venustiano Carranza, señaló que se limitaba la vigencia de ese ordenamiento entre tanto el Congreso de la Unión reglamenta los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República, y la cual nunca ha sido expedida.

Así encontramos que la ley estaba regulando el artículo 6º y 7º constitucionales que aun carecían de obligatoriedad, en virtud que la Constitución entró en vigencia el día 1º de mayo del año de 1917.

No obstante lo anterior, la ley sobre delitos de imprenta sigue vigente por no haberse expedido ninguna en forma posterior para regular la materia, aunque desde luego la vigencia de la misma no significa que se actualice en el derecho positivo mexicano.

En sentido inverso la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis aislada ha sostenido la constitucionalidad de la mencionada ley, tal como se desprende de la tesis que se transcribe:

DELITOS DE IMPRENTA. CUANDO LA CONDUCTA ATRIBUIDA AL QUEJOSO QUEDE COMPRENDIDA TANTO EN UNA NORMA GENERAL, COMO EN UNA ESPECIAL, DEBE PREVALECCER ÉSTA. Si la conducta que se atribuye al quejoso (calumnias) queda comprendida en una norma general (artículo 36, fracción I, del Código Penal Federal), pero al propio tiempo existe un ordenamiento especial que prevé, tipifica y sanciona esa clase de conductas, es indudable que debe prevalecer éste, de conformidad con lo ordenado por el artículo 6o. del Código Penal Federal. Ello es así, en virtud de que se encuentra vigente la Ley sobre Delitos de Imprenta, reglamentaria del artículo 7o. de la Constitución Federal, promulgada el doce de abril de mil novecientos diecisiete, que enumera los delitos en que pueden incurrir quienes, a través de las publicaciones que realizan mediante la imprenta, cometen ese tipo de conductas.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito. Amparo en revisión 174/99.31 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Jáuregui Quintero. Secretario: José Martín Morales Morales. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, noviembre 2001, página 501. Tesis XXIV. Tesis aislada. Materia Penal.

Por otra parte, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental limita el derecho a la información cuando se vinculen con datos personales.²¹

Artículo 3º. II. Datos personales: La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad.

De igual forma, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, garantiza los derechos a la intimidad y a la privacidad de los particulares.²²

Así, encontramos que derogar los delitos de difamación y calumnia nos lleva al tema de los hechos ilícitos que se examinan a continuación.

3. Hechos ilícitos

Ilícito es el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres,²³ por lo que si una persona obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.²⁴

La doctrina también denomina como cuasidelitos aquellos actos ilícitos que sin tener la categoría legal de los denominados delitos por no ser castigados por la legislación penal, si son sancionados por la ley civil.²⁵

²¹ Los datos personales se consideran información confidencial en los supuestos que señala la fracción II del artículo 18 de la misma ley, y los cuales se encuentran protegidos dentro del mismo ordenamiento, dando lugar en su caso a responsabilidades administrativas con independencia de las sanciones civiles o penales que correspondan. Cfr. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio 2002.

²² Vid artículo 2º de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, *Gaceta Oficial del Estado*, 27 de febrero 2007.

²³ Cfr. Artículo 1830 del Código Civil Federal. Consultado el 5 de noviembre 2008 en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/1844.htm?s=>

²⁴ Artículo 1843 del Código Civil vigente en el Estado de Veracruz, idéntico al artículo 1910 del Código Civil Federal. Cfr. *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*, Ed. Cajica, Puebla, México, 2008, p. 536.

²⁵ Cfr. OLAVE IBARRA, Olaf Sergio, *Obligaciones y contratos civiles*, 9ª ed., Ed. Banca y Comercio, México, 2005, p. 20.

Los elementos que integran los hechos ilícitos son la antijuricidad, la culpa y el daño. El primer elemento en términos generales se refiere a cualquier conducta que contraviene lo establecido en las reglas jurídicas. Esta conducta puede violar normas expresas o principios generales del derecho, la conducta puede ser por acción u omisión, en el caso que se comenta se debe tratar de trasgresión a normas civiles generales o particulares, y puede ser formal o material.

El segundo elemento consiste en la culpa. Esta puede ser intencional en cuyo caso la doctrina civil la reconoce como dolo, o sólo resultado de la imprudencia, el descuido o torpeza denominándosele culpa en sentido estricto.

El tercer y último elemento consiste en el daño. Tratándose del daño moral este puede ser entendido como la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afecciones, creencias, honor o reputación, o el menoscabo en su autoestima, como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado.

Respecto a la posibilidad de resarcir el daño moral se distinguen tres corrientes legislativas:

1. La que niega en forma absoluta la posibilidad de resarcir el daño moral, ya que reparación significa la restauración de la situación que prevalecía antes del daño sufrido, por lo tanto el daño nunca podrá ser reparado en vista de la imposibilidad de borrar sus efectos. Tal como ocurre con los delitos de difamación y calumnia que aparecen en el Código Penal del Estado de Veracruz.

2. La corriente que asegura que el daño moral es resarcible siempre que coexista con un daño de tipo económico, en cuyo caso la reparación será proporcional al daño económico resentido. Lo anterior se actualiza en los supuestos legales contemplados en los artículos 1849 y 2049 del Código Civil veracruzano, que a la letra dicen:

Artículo 1849.- Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familiar, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en éste artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1861.

Artículo 2049.- Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se apruebe que el responsable destruyó o deterioro la cosa con el

objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte de (*sic* ¿del?) valor de la cosa.²⁶

Como puede observarse el código civil vigente en el Estado de Veracruz debe actualizar la protección en los casos que se provoque un daño moral, ya que no sólo no define el concepto sino que además subordina la responsabilidad civil por daño moral a un daño físico, lo que en el caso de vulneración a la vida privada, que no se materializa físicamente, deja en estado de indefensión.

3. La que considera que el daño moral puede ser resarcido con independencia de todo daño económico. Esta es la postura adoptada en la reciente reforma que adiciona el Código Civil Federal vigente en la República Mexicana desde el 14 de abril del año 2007.²⁷

3. Responsabilidad civil

La consecuencia de provocar un daño civil, es la obligación de reparar el mismo y esta respuesta obligada es lo que se denomina responsabilidad civil.²⁸ Existe cuando los daños sean provocados como resultado de hechos ilícitos o por un riesgo creado y se traduce en una indemnización.

Las formas de indemnizar consisten en restablecer el estado que guardaban las cosas antes de provocar el daño, y en caso de no ser posible se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente por la afectación que consiste en pagar una cantidad de dinero.²⁹

²⁶ *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*, op. cit., p. 578 y 579.

²⁷ Estas posturas ya eran analizadas desde los años 50' por los hermanos Mazeaud, quienes compartían la idea de que el daño moral puede repararse con independencia de los daños económicos. Para una consulta a fondo puede consultarse MAZEAUD, Henry y León y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, traducción de ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO, Luis, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959-1965.

²⁸ Responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito, o por la creación de un riesgo. *Apud.*, BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5º ed., Ed. Oxford University Press, México, 2003, p. 206.

²⁹ Según un autor la indemnización por daño moral concedidas por las Salas del Tribunal Supremo en España, se encuentran inspiradas por la máxima: "*Las penas con pan son menos*", ya que la indemnización por daño moral perseguiría así compensar los perjuicios que su beneficiario o beneficiarios sufren en su vida personal como son el dolor físico y sufrimiento psíquico, y sociofamiliar, entendida como su capacidad de comunicarse o relacionarse afectivamente, pues suponen la pérdida o deterioro de bienes que se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales. *Vid.* GÓMEZ POMAR, Fernando, "El daño moral" en *Revista InDret. Working papers*, núm. 3, Julio-Septiembre 2004. <http://www.indret.com/cas/home.php?ed=64&Idioma=cas> Consultado el 16 de abril 2007.

En el Estado de Veracruz la reparación del daño moral no se encuentra contemplada en el Código Penal ya que como se ha mencionado con antelación este previene una sanción corporal y una pecuniaria consistente en una multa pero no en la reparación del daño a favor del ofendido, y el Código Civil por su parte hace depender la reparación del daño moral de la existencia de un daño patrimonial, además de limitar su cuantía a la tercera parte, tal como se desprende de la lectura de los preceptos siguientes:

Artículo 1849. Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1861.

Artículo 2049. Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte de valor de la cosa.³⁰

Sin duda el honor de las personas es un bien no patrimonial y en consecuencia de difícil valuación, pero asimismo es un valor fundamental de los seres humanos que requiere ser tutelado por el Estado para impedir su violación impune. No obstante, hasta hoy la forma de tutelar la abusiva invasión a la privacidad de las personas en la entidad veracruzana es la represiva, mediante la sanción penal correspondiente.

La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida.

Así también y aun cuando originalmente el Código Napoleónico, en el cual se funda nuestro Código Civil Federal, la responsabilidad extracontractual o subjetiva al igual que la contractual están fundadas en la idea de culpa no puede negarse el avance de la teoría de la responsabilidad civil al abandonar la idea de la culpa y reconocer que el daño moral debe ser reparado con independencia del daño material, centrando la atención en la víctima y no en la búsqueda de culpables.³¹

³⁰ Código Civil vigente en el Estado de Veracruz, pp.538 y 579.

³¹ CRUZ MEJÍA, Andrés, "La responsabilidad civil en el Código Napoleón. Las Bases de su estructura dogmática", *Revista de Derecho Privado*, nueva época, Año IV, Núm. 11, mayo-agosto, México, 2005, pp. 19 a 48.

El precio del honor

La reparación del daño moral debe desalentar la idea que es más barato el pago de la indemnización que evitar la conducta dañosa. Por ello se señalan algunas directrices expuestas en el derecho comparado para su cuantificación:

a) Debe considerar la naturaleza de la ofensa, que implica tomar en cuenta la deformación del hecho y la gravedad de las imputaciones especialmente si se hace a través de una nota periodística.³²

b) El prestigio de la víctima que indican los antecedentes curriculares ya que la lesión a la integridad moral, a la honorabilidad, a la reputación personal y a la profesional es más agravante cuanto más empeño y dedicación haya puesto la víctima en el desarrollo de esas cualidades.

c) Las circunstancias personales de la víctima. Esto porque la indemnización del daño moral busca resarcirlo por lo que es pertinente centrar la atención en la víctima.

d) El nivel de difusión de la noticia periodística. Se debe examinar la difusión por la cantidad de ejemplares que se venden de una publicación ofensiva, más los lectores que se detienen a mirar los títulos destacados. Es decir se evalúa el medio por el cual se causa el daño, según su mayor o menor difusión.

e) El carácter reparador de la indemnización. La finalidad es que el pago resulte un atenuante del daño ocasionado proporcionando en compensación placeres y ventajas para subsanar la situación padecida, lo cual expresa que la sanción no puede ser considerada punitiva para el agravante pero tampoco debe ser irrisoria para el agraviado.

f) Debe ser desalentadora de las conductas nocivas ya que debe inducir a la población e inclusive a las empresas a adoptar mecanismos que prevengan la producción de daños.³³

Reflexión final

Si en el Estado de Veracruz se optará por derogar los tipos penales que describen las conductas consideradas como difamación y calumnia clasificados como delitos

³² CÉSAR RIVERA, Julio, GIATTI, Gustavo y ALONSO, Juan Ignacio, "La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen", *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año IV, Núm. 7-8, México, enero-diciembre 2007, pp. 371-398.

³³ *Idem*.

contra el honor de las personas entonces se beneficiaría al Estado y también los particulares involucrados en los mismos.

El Estado se beneficiaría porque a los juzgados penales se les podría descargar de procesos jurisdiccionales por ilícitos menores que muchas veces los distraen del conocimiento de otros delitos en que el bien jurídico tutelado es de mayor importancia; tal como también ocurre cuando se encarga al Poder Judicial el conocimiento de asuntos que son susceptibles de ser solucionados en otras instancias.³⁴

Así también el Estado descongestionaría sus cárceles, hoy denominados centros de readaptación social en los que prevalece una sobrepoblación, y entre los que se encuentran delincuentes menores, dejando de ser una pesada carga económica para el Estado.

Por otra parte, los particulares también se podrían beneficiar con la medida, en virtud de que su libertad no será limitada por el mal uso de su derecho a la libertad de expresión, pues en caso de abuso del mismo sólo podrán ser demandados por un ilícito civil en el cual deberán responder por el daño moral causado.

³⁴ Conviene algunos ejemplos: Costa Rica es el país de América Latina con más jueces por 100.000 habitantes. Estos resuelven una cantidad astronómica de casos. Sucede que las infracciones de tránsito son casos judiciales en Costa Rica y el infractor debe comparecer judicialmente. Estos casos representa la mitad de los asuntos judiciales de Costa Rica. Esto probablemente viene de la época en que habían pocos automotores y los jueces estaban bastante desocupados, pero no tiene sentido en la sociedad actual.

Todos los demás países que conozco han hecho de las infracciones de tránsito un procedimiento administrativo y sólo son judiciales los casos en que los conductores están en verdadero conflicto con las víctimas de los accidentes o con la administración por la imposición de una sanción administrativa. Otro ejemplo: Giraldo analiza la congestión que en Colombia causó la judicialización de las faltas policiales y Pérez Perdomo la que causó en Venezuela la judicialización de los despidos laborales. Estos casos de Colombia y Venezuela muestran que lo que conocen los sistemas judiciales está determinado por decisiones políticas que frecuentemente se toman por aplicación de principios, por capricho o por cualquier otro motivo, pero que generalmente no se evalúa el impacto que puede tener en los sistemas de administración de justicia. En consecuencia, qué debe ser judicial y qué no -y cuál es el foro apropiado para cada tipo de conflicto- es una decisión de política judicial enormemente importante. PÉREZ PERDOMO, Rogelio, "Reforma judicial y control del presupuesto", en *Reforma Legal y Judicial y Control de la Corrupción en América Latina y el Caribe*, Documento presentado en el Programa de educación para Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, del 23 de mayo al 3 de julio del 2002. http://info.worldbank.org/etools/library/view_p.asp?lprogram=5&objectid=109192 Consultado el 16 de abril 2007.

El precio del honor

La dificultad se presentaría para quienes siendo víctimas de ese ilícito civil no obtuvieran indemnización por el daño moral sufrido, en virtud de la insolvencia que presente el demandado pues al derogar los tipos penales de difamación y calumnia, la responsabilidad civil en que se incurra sólo es una fuente de obligaciones que se traduce en una deuda de carácter civil por la cual nadie puede ser aprisionado según se desprende del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bibliografía

- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5º ed., Ed. Oxford University Press, México, 2003.
- CÉSAR RIVERA, Julio, GIATTI, Gustavo y ALONSO, Juan Ignacio, “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año IV, Núm. 7-8, enero-diciembre, México, 2007.
- CRUZ MEJÍA, Andrés, “La responsabilidad civil en el Código Napoleón. Las Bases de su estructura dogmática”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, Año IV, Núm. 11, mayo-agosto, México, 2005.
- DELGADO MOYA, Rubén, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 22ª ed., Ed. Sista, México, 2008.
- DOMÍNGUEZ VARGAS, Sergio, *Teoría económica*, 17ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996.
- FIX FIERRO, María Cristina, “El derecho al honor como límite a la libertad de expresión”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Año 1, Núm. 3, México, 2006.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, “El daño moral”, *Revista InDret. Working papers*, núm. 3, Julio-Septiembre 2004.
<http://www.indret.com/cas/home.php?ed=64&Idioma=cas>
- MAZEAUD, Henry y León y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, traducción de ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO, Luis, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959-1965.
- MARTI CAPITANACHI, Luz del Carmen, *Democracia y derecho a la información*, Ed. Porrúa, México, 2007.
- _____, “Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derechos humanos”, *Letras Jurídicas*, Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V., Año 4, Núm. 8, México, Julio-Diciembre 2003.
- OLAVE IBARRA, Olaf Sergio, *Obligaciones y contratos civiles*, 9ª ed., Ed. Banca y Comercio, México, 2005.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “Reforma judicial y control del presupuesto”, *Reforma Legal y Judicial y Control de la Corrupción en América Latina y el Caribe*, Documento presentado en el Programa de educación para Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, del 23 de mayo al 3 de julio del 2002.
http://info.worldbank.org/etools/library/view_p.asp?lprogram=5&objectid=109192

Legislación

Código Civil Federal, <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/1844.htm?s=>

El precio del honor

- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, Puebla, México, Ed. Cajica, 2008.
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, Puebla, México, Ed. Cajica, 2007.
- Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de abril 2007.
<http://www.dof.gob.mx/index.php>
- Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados Número 2396-II del 4 de diciembre 2007, disponible en
<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071204-II.html>
Dictámenes de primera lectura.
- Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, *Gaceta Oficial del Estado del 27 de febrero 2007*.
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio 2002.
- Ley sobre delitos de imprenta, *Diario Oficial de la Federación* del 12 de abril de 1917.
- Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal, Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el día 19 de mayo del año 2006.
<http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=1246>
- www.jornada.unam.mx/2007/03/03/index.php?section=estados&article=027n4est
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vigente desde el 23 de marzo de 1976. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

Tesis aislada

DELITOS DE IMPRENTA. CUANDO LA CONDUCTA ATRIBUIDA AL QUEJOSO QUEDE COMPRENDIDA TANTO EN UNA NORMA GENERAL, COMO EN UNA ESPECIAL, DEBE PREVALECER ÉSTA. Tribunal Colegiado del Vigésimo

Cuarto Circuito. Amparo en revisión 174/99.31 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Jáuregui Quintero. Secretario: José Martín Morales Morales. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, noviembre 2001, página 501. Tesis XXIV. Tesis aislada. Materia Penal.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

Yesenia del Carmen Trejo Cruz*

RESUMEN: El presente artículo, tiene como objetivo dar a conocer los lineamientos que deben observarse en la celebración de los Tratados Tributarios Internacionales, para evitar la doble imposición en materia hacendaria y garantizar la seguridad jurídica de los sujetos fiscales participantes. Los Estados en sus relaciones internacionales buscan la interacción de sus sistemas normativos internos, con la creación de normas específicas, que serán aplicadas en sus respectivos territorios, por medio de un convenio internacional en materia tributaria.

México y España participan de estos escenarios al signar el Convenio Tributario para impedir la doble imposición en materia de renta y patrimonio, así como para la eliminación del fraude y la evasión fiscal.

Palabras Clave: Derecho fiscal internacional, convenio tributario internacional, renta, patrimonio, derecho tributario interno.

ABSTRACT: This article has the objective to show the guidelines that must be observed in the celebration of International Tax Treaties, to avoid the double imposition in taxing matter and guaranteeing juridical security of the tax payers involved.

The states, in their international relationships seek the interaction of their internal normative systems with the creation of specific norms, that will be applied in their territories, by means of an international convention in taxing matter.

Mexico and Spain participate in these scenarios by signing the Tax Convention to prevent the double imposition in the matters of rent and heritage, as well as the elimination of fraud and tax evasion.

Key Words: International Tax Law, international tax convention, rent, heritage, internal tax law.

SUMARIO: Introducción. 1. Aspectos generales de los convenios fiscales internacionales. a) Superioridad del Derecho Tributario Internacional por mandato constitucional. b) Superioridad del Derecho Comunitario frente al

* Licenciada y Doctora en Derecho Fiscal, Investigadora de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y del Colegio Nacional de Profesores e Investigadores en Derecho Fiscal y Finanzas Públicas, A. C.

Tratado Internacional. 2. Derecho tributario internacional. 2.1 Convenios para evitar la doble imposición internacional. 2.2 Principios de aplicación a los convenios tributarios internacionales para evitar la doble imposición. 2.3 Doble imposición tributaria. 2.4 Causas que produce la doble imposición. 2.5 Medidas para evitar la doble imposición internacional. 2.6 Convenios para evitar la doble imposición internacional. 3. Consideraciones al convenio internacional para evitar la doble tributación: España-México. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En el presente trabajo de investigación se tiene como finalidad conocer los lineamientos que se deben observar en el marco de los Convenios Internacionales para evitar la doble imposición.

Los escenarios internacionales de los países cada vez están más cerca debido a las relaciones económicas y políticas que celebran, por medio de la constitución de los Tratados Internacionales, situación que permite una interrelación de diversos Sistema Jurídicos, de manera implícita en esas relaciones internacionales económicas y de mercado.

La actuación del Derecho en estos escenarios cobra importancia, al establecer por medio de normativas a cada sujeto miembro de los convenios, los supuestos y márgenes de acción y limitación conjunta.

En el caso de la materia tributaria, se observa un constante acercamiento entre naciones por este fin, en la celebración de tratados que les permitan el desarrollo de sus relaciones comerciales y económicas. Así como las implicaciones que ello tiene en los Sistemas Tributarios de cada país.

En este orden de ideas los Convenios Tributarios Internacionales, representan un instrumento central para la interrelación recíproca entre países, independientemente de su vinculación cultural, histórica, idioma, etc.

La temática a desarrollar dentro de la presente investigación, se hará en función a los aspectos que se deben considerar en la celebración de los Convenios Tributarios Internacionales (que sirven de plataforma), para pasar al estudio específico del contenido del Convenio celebrado por España y México, cuyo fin es evitar la doble tributación, en el tráfico jurídico y comercial de las personas, bienes, capitales, servicios y consumo.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

En este se observarán los gravámenes objeto de dicho convenio y los elementos específicos correspondientes a cada Sistema Tributario.

1. Aspectos generales de los convenios fiscales internacionales

El desarrollo y efectos de los actos de los Estados en el ámbito nacional implican, una correlación también en los escenarios internacionales, debido a su interrelación con otros países.

Ante esta reciprocidad, los países deben conocer de antemano cuál es el comportamiento por asumir en los sujetos participantes; para el logro de los fines predeterminados en dichas relaciones de colaboración mutua.

En este sentido afirma Pérez González,¹ “que el Derecho Internacional respeta el principio de la autoorganización interna de los Estados, traducido éste como los principios de soberanía y no intervención.”

La soberanía de los Estados constituye un elemento a destacar en el marco de las relaciones internacionales, en el entendido de respeto a la constitución jurídica interna de cada Estado miembro. Esta soberanía constitucional se hace latente en Estados de composición Federal, -como es el caso de México- y en Estados Compuestos -como España-.

Cita el autor Remiro Brotons,² que las relaciones internacionales de los países soberanos por medio del Derecho Internacional, “dan paso a la cooperación entre sujetos con intereses comunes interdependientes en la satisfacción de sus compromisos con sus pueblos respectivos”.

El derecho internacional por lo tanto, adquiere matices propios de acuerdo a las relaciones específicas en cada convenio, en donde se aprecien la reciprocidad y ayuda mutua de las partes, por lo tanto señala Iñaki³ que “el Derecho Internacional de coexistencia ha dado paso a un derecho de cooperación.”

¹ PEREZ GONZALEZ, Manuel y PUEYO LOSA, Jorge, “Las Comunidades Autónomas ante el orden internacional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, p. 24

² REMIRO BROTONS, Antonio, “La estructura compleja del estado y la atribución de competencias en el ámbito de las relaciones internacionales”, Artículo 149.1.3 de la Constitución, en la obra colectiva de ALZAGA VILLAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XI, Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 623.

³ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico*, IVAP, Madrid, 1986, p. 13.

En cuanto a la titularidad para el desarrollo del Derecho Internacional, la doctrina ha estudiado los planteamientos relativos de que solo el Estado es titular de estas potestades o se hacen extensivas a sus demás entes territoriales. A este respecto consideramos oportuno el comentario de la autora Mangas Martín,⁴ al señalar que “el ámbito del tratado recaiga sobre materias de competencia exclusiva de algunas de sus entidades territoriales”.

El desarrollo y evolución del Estado en conjunto, involucra a todas sus partes en su actuación internacional, “lo que se ha acentuado desde el momento en que las entidades territoriales infraestatales han mostrado mayor preocupación por intervenir en el ámbito de las relaciones internacionales”.⁵

Lo que debemos destacar de acuerdo a los comentarios anteriores, es que las relaciones internacionales se encuentran reconocidas *a priori* en el Texto Constitucional de los Estados partes, cita Pérez Calvo,⁶ que la competencia exclusiva del Estado se debe al principio de unidad, traducida como “personalidad jurídica única del Estado en el ordenamiento jurídico internacional y la del interés general que afecta al conjunto del Estado”.

En este orden de ideas, las acciones que en los ámbitos internacionales efectúe el Estado por mandato constitucional, siempre van a tener una repercusión positiva o negativa al interior de sus respectivas jurisdicciones, en razón de que serán los entes públicos de la Administración Federal, Estatal y Municipal, así como los particulares; los que recibirán la incidencia interna de los acuerdos internacionales.

Los convenios de doble imposición tienen como finalidad:

1. Eliminar la doble imposición
2. Luchar contra la no-imposición
3. Eliminar la discriminación por motivo de nacionalidad

Estos principios al formar parte del Derecho Tributario Internacional, tienen que ser vistos por las partes en la celebración de los convenios fiscales internacionales.

⁴ MANGAS MARTIN, Araceli, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 219.

⁵ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El marco constitucional de la acción exterior*, en RODRIGUEZ, Jaime, *Curso de derecho público de las comunidades autónomas*, Ed. Montecorvo, España, 2003, p. 621.

⁶ PEREZ CALVO, Alberto, *Estado Autonómico y Comunidad Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 629.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

El Doctor Philippe menciona que los Tratados Internacionales, que se celebren con un país tercero y un Estado miembro de la Unión Europea, deberán de tomar en consideración para su constitución, los siguientes apuntamientos al margen de una prelación normativa:

- a) Superioridad del Derecho Internacional.
- b) Superioridad del Derecho Comunitario.
- c) Alcance de las grandes libertades del Tratado de la Unión frente a los convenios bilaterales.
- d) La articulación entre convenio bilateral y derecho europeo para los contribuyentes individuales.
- e) Articulación entre el convenio bilateral y derecho europeo para las empresas.

De acuerdo al Derecho Constitucional interno de cada país, se guarda cierta prioridad al Derecho Tributario internacional, pues el texto constitucional, establece una prelación normativa que se debe observar para dar cumplimiento a la celebración de tratados internacionales y su debida incorporación a los Sistemas Tributarios internos de los Estados participantes en ellos.

Bajo este orden de ideas podemos señalar que el Derecho Tributario Internacional guarda cierta superioridad sobre el sistema normativo impositivo, (se reconoce expresamente en los textos constitucionales, como es el caso de las constituciones española y mexicana), y se establece su superioridad frente a las demás leyes que integran el sistema jurídico.

a) Superioridad del Derecho Tributario Internacional por mandato constitucional

El Tratado Internacional, con fundamento en la concepción dualista, su incorporación en el sistema jurídico interno se realiza por conducto de su celebración. Así el texto constitucional español, en su artículo 96, establece:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

En la Constitución mexicana, (al igual que su homóloga española), en su artículo 133 determina la superioridad de los Tratados Internacionales, frente a las demás leyes del sistema jurídico mexicano, dándosele inclusive un carácter

preferencial, frente a las leyes federales secundarias. Situación que ha sido criticada por especialistas en materia constitucional, como el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela y Jorge Carpizo Magregor; quienes han manifestado sus teorías a favor, son los versados de la academia de Derecho Internacional, como Leonel Pérez-Nieto Castro.

El tratado como fuente de derecho interno, representa diversos aspectos, pues en un sentido general, éste muestra un “carácter subsidiario frente a la ley” al momento de que los órganos del Estado en el desempeño de sus funciones aplican en primer orden la ley concreta, pero en el caso específico de los tratados para evitar la doble tributación, éstos tienen que ser observados como norma primaria entre ellas; pues debe considerarse que la celebración de los Tratados Internacionales Tributarios, será de acuerdo a las normas internas de las partes, en acatamiento a la certeza y seguridad jurídica para los sujetos participantes.

b) Superioridad del Derecho Comunitario frente al Tratado Internacional

1. Ambos ordenamientos poseen competencias diversas.
2. El Tratado tiene como finalidad evitar la doble imposición.
3. El Derecho Comunitario tiene como fin realizar un mercado interior.
4. El Derecho Comunitario se puede decir que goza de cumplimiento efectivo.
5. El Derecho Comunitario determina su jerarquía frente a otras normas de los Estados miembros, por medio de las resoluciones del Tribunal de Justicia.
6. El Tratado tiene una observancia específica dentro del sistema jurídico interno de los países, a pesar de su alcance prioritario frente a las demás leyes.

El Derecho Comunitario como derecho originario de la Comunidad Europea, tiene como antecedente un Tratado Internacional, con características diversas a las que se encuentran en los convenios bilaterales internacionales, por lo tanto:

1. El Derecho Comunitario se encarga de uniformar o armonizar los tributos, que constituyen el objeto sobre el cual recae la celebración de los tratados.
2. Con el Derecho Comunitario, se busca la unificación de los derechos arancelarios.
3. Realiza la armonización de los impuestos indirectos.
4. Su armonización no recae en materia de impuestos directos.
5. Existe una gran intervención del Tribunal de Justicia en materia de impuestos directos, por las razones siguientes:

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

- a) A petición de los particulares-contribuyentes y de los tribunales nacionales.
- b) Con la finalidad de garantizar el respeto y cumplimiento del Tratado por las legislaciones tributarias de cada país.
- c) Para dotar al contribuyente de mayor protección jurídica en su país y toda la Comunidad Europea.
- d) La finalidad de la jurisprudencia del Tribunal y Tratado de la Comunidad Europea, es dar cumplimiento al principio de no discriminación.

El principio de la no discriminación, considerado como un concepto propio de la OCDE y en atención al artículo 24 del Tratado de la Unión Europea establece:

Los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que no sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del artículo 1º, la presente disposición es también aplicable a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes.

De acuerdo al precepto anterior, la protección otorgada a los nacionales de un Estado miembro, se hace extensiva a los sujetos no residentes de éstos. Aspecto que se considera del todo favorable para la celebración de acuerdos internacionales, para brindar un trato equitativo y no discriminatorio en los sujetos que sean nacionales de un Estado tercero.

- e) El convenio bilateral tiene como finalidad consagrar aquellos supuestos que puedan consistir en una doble imposición.
- f) El Derecho comunitario a pesar de poseer un nivel superior a las normas del derecho interno, tiene además un carácter subsidiario frente a éste.
- g) La competencia sobre la cual descansan los Tratados Internacionales Fiscales son:
 - 1. Sujetos en los que va a incidir el objeto del tratado.
 - 2. Impuestos
 - 3. Ámbito espacial (delimitación territorial)
 - 4. Definiciones
 - 5. La Potestad para la imposición del pago de la renta.
 - 6. Métodos para eliminar la doble imposición: Exención-Imposición, No Discriminación, Intercambio de información.
- h) El Derecho Comunitario tiene como contribución evitar los tratamientos discriminatorios: Compensación entre ventajas y desventajas tributarias.
- i) Asegurar las libertades del Tratado de la Comunidad Europea:

1. Libertad de circulación de Trabajadores
2. Libertad de Establecimiento
3. Libertad de prestación de Servicios
4. Libertad de circulación de capitales.
5. Ciudadanía europea.⁷

De los elementos antes enunciados, existe un mayor número de ventajas que pueda ofrecer el Tratado de la Comunidad Europea en materia tributaria, con relación a los Tratados Internacionales Tributarios, cuya finalidad se reduce a pocos aspectos, en razón de su vigencia determinada, como contraposición al Tratado de la Comunidad Europea; el cual comprende además del factor económico, aspectos que van más allá de un convenio internacional para evitar la doble imposición; sobre todo en el caso de seguridad jurídica y defensa de los ámbitos jurídicos y patrimoniales de los nacionales de los países miembros.

2. Derecho tributario internacional

El derecho como norma jurídica tiene como finalidad reglar las relaciones interpersonales en sociedad, en sectores determinados y actividades que se produzcan entre si.

De acuerdo al Doctor Alfredo García Prats,⁸ el Derecho Internacional Tributario en el siglo XX se ha formado en función del residente y no residente.

Este autor señala que la residencia es una barrera que restringe la libertad de comercio por medio de una medida tributaria, pues actualmente la base de los impuestos directos es la capacidad económica o de pago, en este sentido el impuesto se traduce en una carga que restringe la actividad y la acción de los sujetos fiscales.

Los residentes pagan en función de la identidad y vinculación territorial con su país, la renta al ser territorial se traduce en una ganancia obtenida en un lugar determinado.

Parafraseando al autor citado, decimos que el Impuesto Sobre la Renta obedece a los nacionales, porque reciben la protección de su país, así como los

⁷ MARCHESSOU, Philippe, *Derecho Tributario Internacional y Derecho Tributario europeo*, Universidad Robert-Schuman, Estrasburgo, Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, España, Conferencia del día 13 de febrero de 2008.

⁸ GARCIA PRATS, Francisco Alberto, *Armonización fiscal comunitaria*, Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, España, Conferencia del día 12 de febrero de 2008.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

servicios, carreteras, puentes. Y cuando se trata de un Convenio para evitar la doble imposición el Impuesto Sobre la Renta deja de ser territorial y pasa a convertirse en personal.

Así el Derecho Tributario Internacional, no implica la doble imposición, pues sería un error confundirlos, sin embargo el primero se realiza por medio de instrumentos jurídico-tributarios como los Convenios para evitar la doble imposición.

Por lo tanto, la política fiscal de un país significa potencializar el sistema tributario, para obtener mejores condiciones de vida de sus habitantes. En tal virtud, los Estados ya no pueden planear una política fiscal aislada, con fines sólo hacia su interior; por el contrario deben de buscar las mejores condiciones y ventajas para sus nacionales.

El Derecho Tributario Internacional por lo tanto, se forma de la integración de las normas específicas del ámbito tributario, para ser aplicadas en espacios internacionales. Es decir, se trata de un derecho que integra los sistemas jurídicos de los Estados participantes:

- a) El internacional, derivado de la conflictividad producida por el enfrentamiento de distintas soberanías nacionales;
- b) El tributario, que califica la materia en la que los conflictos internacionales van a generarse: la potestad tributaria de los diversos Estados.⁹

Vistos los dos enfoques anteriores del Derecho al Tributario, podemos considerar que el contenido de éste, siempre estará ligado a normas tributarias de carácter interno y las reglas aplicables del Derecho Internacional como tal. Esta diversidad en su contenido, puede dar lugar a problemas específicos en su aplicación, al ser homologadas ambas materias en un solo derecho, y fusionar los sistemas jurídicos correspondientes.

Para Buhler, el contenido del Derecho Internacional Tributario comprende dos aspectos:

- a) Derecho Internacional Tributario en sentido estricto: normas de conflicto de origen internacional.
- b) Derecho Internacional Tributario en sentido amplio: dichas normas de origen internacional más las normas nacionales que constituyan normas de conflictos.¹⁰

⁹ DEL ARCO RUETE, Luis, *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1977, p. 21.

¹⁰ BUHLER, *Principios de Derecho Internacional Tributario*, en Del Arco Ruete, *op. cit.*, p. 21.

Con la creación del Derecho Tributario Internacional, se retoman las funciones del Poder Tributario estatal, para su desarrollo internacional.

Sainz de Bujanda,¹¹ señala una concepción más amplia acerca del contenido del Derecho Tributario Internacional, como sistema jurídico que se integra por los convenios y otras fuentes.

El Derecho Tributario Internacional esta constituido por el conjunto de normas de Derecho Interno que disciplinan relaciones jurídicas tributarias cuyos elementos -personales, reales o formales- quedan insertos dentro del ámbito de eficacia de ordenamientos jurídicos de diversos Estados. El Derecho Internacional Tributario constituye en cambio, una rama del Derecho Internacional cualificada por la naturaleza tributaria de las relaciones entre Estados que en ese Derecho se regulan.

Consideramos que la terminología no constituye un factor determinante para precisarlo en nuestro estudio y brindarle más tiempo, pues como se observa de la opinión del autor anterior, el Derecho Tributario Internacional implica siempre los elementos del Derecho tributario interno y los elementos y principios del Derecho Internacional, independientemente de la eficacia de los ordenamientos que implica su contenido, pues a nuestro juicio éstos son elementos de observancia práctica y cumplimiento del Convenio respectivo.

Por lo tanto se destaca a los Convenios para evitar la doble imposición, como fuente de Derecho Tributario Internacional, que se caracteriza por estar comprendido por normas de conflicto que delimitan la soberanía tributaria de los Estados.

El Derecho Internacional Tributario, regulado como tal dentro del Derecho Tributario nacional, debe atender un mercado internacional, distinguiendo:

- a) La creación de convenios que retomen las normas de aplicación territorial de los impuestos del sistema tributario de cada país objeto del acuerdo.
- b) Incluir los elementos de los tributos, así como las definiciones que permitan un mejor cumplimiento del acuerdo fiscal internacional, como sería la nacionalidad, residencia.
- c) Establecer con precisión las disposiciones que tiendan a evitar la doble imposición para dar cumplimiento a las figuras tributarias como la deducción de impuestos, del país extranjero y la exención del pago de rentas hechas en el extranjero.

¹¹ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, 10ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 57.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

- d) El cumplimiento al reconocimiento de no sujeción a tributo, en determinadas personas y rentas como elementos del convenio, en atención al principio de reciprocidad o cortesía internacional.

Ante estos aspectos, las partes deben estar de común acuerdo para determinar los elementos que permitan un buen cumplimiento del Convenio internacional, y los sujetos contribuyentes, puedan gozar de igualdad de trato al tenor del tratado internacional.

Al mismo tiempo y además de la obligación de las autoridades internas de los Estados contratantes, se tendrán que tomar las medidas legislativas correspondientes para homologar o integrar el convenio a la legislación interna, por medio de la modificación a las leyes específicas en las que se de la incidencia del convenio, y que en términos de Sainz de Bujanda estas adecuaciones legislativas constituyen parte del Derecho Internacional Tributario.

De esta forma se puede decir que los convenios tendrán como finalidad brindar un trato equitativo, en la búsqueda de obtener mejores condiciones para ambos países partes.

En relación a lo anterior, el artículo 25 del modelo convenio de la OCDE, en su párrafo tercero establece el deber para las autoridades de los respectivos países en vigilar el óptimo cumplimiento del tratado celebrado, en la forma siguiente:

Las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver, mediante acuerdo amistoso, las dificultades o disipar las dudas que surjan por la interpretación o aplicación del presente convenio. También podrán ponerse de acuerdo para tratar de evitar la doble imposición en los casos no previstos en el mismo.

2.1 Convenios para evitar la doble imposición internacional

Los Convenios para eliminar la doble imposición internacional “son acuerdos internacionales entre Estados, de carácter bilateral o multilateral, que tienen como objetivo garantizar a los contribuyentes la eliminación de la doble imposición internacional, mediante la renuncia a un ámbito de soberanía fiscal por parte de las partes signatarias.”¹²

¹² MONTOLYA LOPEZ, María del Prado, “Los convenios para evitar la doble imposición internacional”, *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla la Mancha, Madrid, 2005, p.39.

Los Tratados Tributarios internacionales, cuya finalidad se traduce en evitar la doble imposición internacional, su desarrollo se remonta a las normas del derecho convencional, actúan como un medio para garantizar el cumplimiento de las disposiciones fiscales en el ámbito internacional.

A continuación destacamos algunos aspectos propios a su naturaleza jurídica:

1. Ámbito de aplicación

- a) Geográfico, representa el ámbito espacial de aplicación de los acuerdos celebrados para su debido cumplimiento al interior del territorio de los Estados contratantes, en función al ejercicio del Poder Tributario que detentan como entes públicos en sus países soberanos. Se puede decir que el tratado es un acuerdo inspirado en la igualdad de las partes, se realiza en forma extraterritorial o supranacional, y debe ser integrado en los respectivos sistemas jurídicos tributarios de los Estados. Es decir, se trata de una norma externa cuya observancia y cumplimiento le dan el carácter de norma interna.
- b) Temporal, se refiere a la entrada en vigor del Convenio, tal como si se tratase de una ley de carácter interno, en este ámbito se indica la vigencia y duración de dicho acuerdo internacional así como su terminación por medio de la denuncia que se presente.

En cuanto a la entrada en vigor de los Convenios Internacionales para evitar la doble imposición, el Convenio tipo de la OCDE, da a las partes la libertad para que ellos fijen la fecha de inicio y duración del mismo, de acuerdo al artículo 29.

La fecha en que comienzan a surtir efecto el convenio puede implicar efectos retroactivos o prospectivos e incluso no ser la misma para los distintos tributos.¹³

- c) Subjetivo, agrupa al conjunto de personas que se ven involucradas en el convenio, en razón de que serán ellos quienes detenten las cargas tributarias, en virtud del giro de sus actividades como contribuyentes. Independientemente que se tenga una residencia o sólo se perciban rentas del otro país contratante.

Este ámbito, es muy importante, porque en razón de su precisión se puede determinar un cumplimiento efectivo del Convenio para evitar la imposición, y al mismo tiempo se les estará garantizando sus respectivos derechos y garantías como nacionales de cada país.

¹³ *Ibíd.*, p. 29.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

En el caso de España, con los convenios que ha suscrito, toma el modelo de la OCDE, y define con similitud a éste, el ámbito subjetivo.

- d) Objetivo, hace referencia a los tributos materia del convenio, los cuales deberán ser mencionados, y determinar el tipo de impuestos de que se trate, para ambos países, por ejemplo para los años 1943, México seguía el método enumerativo de los modelos de Convenio de la Sociedad de Naciones, sobre un convenio bilateral para evitar la doble imposición en materia de Impuesto Sobre la Renta. Actualmente, en la determinación del ámbito objetivo se sigue el método de la doble vía de la definición general y la enumeración de impuestos, establecida por el convenio de la OCDE en su artículo 2º.

2. Interpretación

Cuando los autores se refieren a la interpretación de los convenios internacionales para evitar la doble imposición, consideran que se remontan al problema de la bipolaridad del Derecho Internacional Tributario, (antes señalado), y que al tratarse de normas tributarias internas que adquieren un contenido dual, se considera que en materia de interpretación se deberá atender a los métodos que se sigan en materia tributaria al interior de cada país.

Así el Derecho Tributario interno hará la remisión a la legislación tributaria que contenga la regulación de los métodos interpretativos, en el caso de España, aplica la reglas comunes al Derecho Tributario interno, reguladas en el contenido de la Ley General Tributaria y en el caso de México, las reglas de interpretación serán las establecidas en el Código Fiscal de la Federación.

Si la finalidad de un Tratado Tributario internacional es evitar la doble imposición, haciendo menos gravosa la tributación de un impuesto en especial, y al mismo tiempo se pueda cumplir con el intercambio jurídico y comercial de los nacionales de los países contratantes; se recomienda observar las siguientes precisiones:

- a) La interpretación de un Convenio para evitar la doble imposición no puede generar una imposición más gravosa que la que resultaría de la aplicación interna del derecho nacional tributario.
- b) Como corolario de la anterior proposición cabe afirmar que la aplicación de un convenio no puede interpretarse en el sentido de restringir de alguna forma los beneficios fiscales reconocidos por la legislación interna de un Estado.

La interpretación de los Convenios para evitar la doble imposición, posee características distintas, que los hace requerir del empleo de reglas especiales que no coinciden con las internacionales y propiamente internas.

Por lo tanto se sugiere que los países establezcan ciertos acuerdos al margen del Convenio, con fundamento a la interpretación doméstica que se haga en los preceptos tributarios de sus respectivas normativas, bajo este orden, la necesidad de articular una interpretación común posee dos grandes implicaciones:

- a) Emplear un lenguaje fiscal internacional (común) en los convenios.
- b) Se debe tomar en cuenta la interpretación común que quisieron establecer los países en la elaboración del tratado, como los materiales empleados sobre los lineamientos seguidos por la OCDE.¹⁴

2.2 Principios de aplicación a los convenios tributarios internacionales para evitar la doble imposición

La celebración de Convenios Tributarios Internacionales, obliga a los Estados contratantes a observar ciertos principios que conduzcan a un mejor cumplimiento de los objetivos establecidos en aquél.

La incorporación de tales principios permite a las partes contar con lineamientos predeterminados que orientan la creación del Convenio, lo cual les brinda mayor certeza jurídica, así el apego a estos principios les evita incurrir en excesos u omisiones.

- a) Principio del deslinde de soberanías fiscales

Este principio tiene como finalidad dar una armonización a las legislaciones tributarias de los Estados Contratantes, desde el punto de vista de su derecho territorial, para evitar la doble imposición internacional.

Con el presente principio se trata de resolver también los problemas que puedan surgir, en atención a la soberanía tributaria de cada Estado, por la falta de cumplimiento a los supuestos normativos que eviten la doble imposición. De esta forma las autoridades de los Estados contratantes están obligadas a definir los criterios para precisar la sujeción a tributo por los contribuyentes y evitar la doble imposición.

¹⁴ Vid. MARTIN JIMENEZ, Adolfo J. y CALDERON CARRERO, José Manuel, "Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: Naturaleza, efectos e interpretación," *Convenios Fiscales Internacionales*, CISS, Valencia, 2005, p. 39.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

Luis del Arco señala que la falta de precisión de los parámetros que identifiquen la sujeción a los supuestos normativos tributarios, (dentro del Convenio Tributario Internacional), puede ocasionar los siguientes conflictos:

1. Conflictos positivos, cuando se da existencia a la doble imposición internacional.
2. Conflictos negativos, se trata de una baja o falta imposición tributaria.

En este orden de ideas el comentado principio implica también el estudio relativo a la falta de lineamientos a observarse en la celebración de Convenios Tributarios Internacionales, para una mejor armonización e integración de los sistemas jurídicos tributarios involucrados. Ejemplo de ello es el caso de la armonización fiscal que se comenzó a gestar en la todavía llamada Comunidad Económica Europea, pues de esta forma sólo se dan “limitaciones parciales en la definición del ámbito territorial de los impuestos de cada sistema fiscal nacional para reducir al mínimo los supuestos de superposición de éstos.”¹⁵

b) Principio de la no discriminación

Se trata de un principio de aplicación general en el Derecho Internacional, que tiene como finalidad impedir un trato discriminatorio a los sujetos fiscales en quien se aplique el Convenio Tributario Internacional.

El contenido de este principio se apoya en el concepto de establecimiento permanente, y la generalidad de impuestos a que puedan estar sometidos, (siendo objeto del Convenio), aunque se trate principalmente de los impuestos que recaen sobre las rentas y el patrimonio, a efectos de evadir la doble imposición internacional.

El artículo 24, párrafo 1º del modelo de convenio de la OCDE, señala en los siguientes términos el principio de la no discriminación:

Los nacionales de un Estado contratante, no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto ni obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquéllos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de este otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones. No obstante lo dispuesto en el artículo 1º, la presente disposición se aplica también a las personas que no sean residentes de un Estado contratante o de los dos Estados contratantes.

¹⁵ DEL ARCO RUETE, Luis, *op. cit.*, p. 41.

A pesar de la existencia del presente principio para salvar la no discriminación, la doctrina considera que este no se cumple en forma objetiva, pues en la práctica se hacen diferencias de trato e imputación tributaria distintas entre las partes, como en el caso de sociedades y los establecimientos permanentes.

c) Principio de la reciprocidad internacional

El contenido de este principio estriba en determinar que las reglas del convenio se hagan por igual para los Estados contratantes, y ambos tengan las mismas obligaciones recíprocamente.

Los estudios a este respecto consideran que dicho contenido no se cumple al pie de la letra, a pesar de que tomen como ejemplo el modelo de Convenio de la OCDE, para evitar la doble imposición.

Entre las razones que podrían determinar una falta de cumplimiento a dicho principio se mencionan las siguientes:

- a) En razón de las diferencias de desarrollo económico distintas que posean los países partes. En este caso se hará constar en el Convenio las condiciones expresadas, dándole un trato preferencial al país más pobre.
- b) Por la disparidad que tengan los sistemas fiscales, en donde se causa una asimetría entre algunos impuestos, al igual que en las reglas determinadas.
- c) Por la libre elección que se les da a los países que intervienen en el Convenio, para elegir los métodos para evitar la doble imposición. En atención al artículo 23 del modelo de Convenio de la OCDE, que no limita a los Estados a utilizar un mismo método.

En consecuencia puede ocurrir que un Estado opte por aplicar el método de exención con progresividad, mientras que el otro lo haga por el de imputación ordinaria,... Aún cuando ambos pretenden evitar la doble imposición sus efectos pueden ser distintos en función de los niveles relativos de imposición de los dos Estados contratantes.

d) Principio de la cortesía internacional

Por medio de este principio los países se brindan un trato preferencial en sus relaciones internacionales. Es el caso de los representantes consulares en los Estados extranjeros, que actúan como extensión del territorio de sus países de origen.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

En materia tributaria este principio se desarrolla sobre la exención del pago de impuestos que se realice sobre las representaciones del Estado en el exterior, es decir, que de acuerdo con el principio de la cortesía internacional, no se les considera como sujetos pasivos obligados al pago de impuestos, en virtud de relaciones jurídico-tributarias.

Este principio reconocido por el Derecho Tributario Internacional, (en el Convenio que se celebra); también debe ser incluido en las legislaciones fiscales internas de cada Estado contratante.

e) Principio de asistencia técnica administrativa

Aunque este principio tiene una connotación formal frente a los demás principios de carácter material, no deja de ser importante, pues en atención a su cumplimiento depende el buen desarrollo del Convenio para evitar la doble imposición.

También permite un intercambio de información tributaria entre las autoridades de los Estados partes, para la aplicación de las reglas del convenio.

Se trata de la existencia de una buena colaboración, comunicación y disposición, para que fluya la información necesaria y se cumplan los objetivos tributarios internacionales con beneficios para los sujetos fiscales en los que recae el pago de los tributos materia del Convenio.

Este principio el modelo de la OCDE lo regula en su artículo 26, como una asistencia administrativa recíproca, con la única finalidad del intercambio de información para facilitar la aplicación del Convenio.

Debido a las diferencias que cuentan los países contratantes, requieren de algunas especificaciones y orientación informativa, que haga viable el desarrollo y cumplimiento de las cláusulas del Convenio.

2.3 Doble imposición tributaria

Analizados los principios que deben ser observados en la celebración de Convenios Tributarios Internacionales, (para evitar la doble imposición), pasamos a definir lo que debemos entender por doble imposición.

Buhler¹⁶ señala que existe doble imposición internacional “cuando el mismo o semejante impuesto es percibido por varios Estados en virtud de un mismo presupuesto de hecho y para un mismo periodo de tiempo”.

La presente definición es considerada como doble imposición en sentido amplio o económico, y la doble imposición será en sentido estricto cuando agrega que se trata de la misma persona.

Koch¹⁷ analiza la doble imposición en atención a la persona:

Se da una doble imposición internacional cuando varios Estados ejercen su poder soberano para someter a la misma persona a impuestos sustancialmente iguales y por razón del mismo objeto.¹⁸

De acuerdo a la definición anterior se manifiesta Luis del Arco, al mencionar los elementos que identifican con claridad la doble imposición internacional:

1. Intervención de dos o más soberanías fiscales.
2. Identidad o similitud de impuestos.

De este elemento se desprende la valoración de la doble imposición que recae en los presupuestos de naturaleza jurídica y la económica:

3. Identidad de sujetos gravados.

El autor añade en atención a la definición de Buhler, dos elementos más que enlista con los de Koch:

- 4 Identidad de un periodo impositivo.
- 5 Acumulación de cargas tributarias.

De esta forma se conjugan las definiciones de los autores citados para precisar los elementos que permitan identificar o evitar la doble imposición internacional, y que deben de considerar los países al celebrar dichos acuerdos tributarios.

El modelo de convenio de la OCDE en su artículo 23 se le define a la doble imposición jurídica por: “aquella en que una misma persona tributa por la misma renta o el mismo patrimonio en más de un Estado.”

¹⁶ BUHLER en DEL ARCO RUETE, Luis, *op. cit.*, p. 49.

¹⁷ KOCH en DEL ARCO RUETE, Luis, *op. cit.*, p. 55.

¹⁸ DEL ARCO RUETE, Luis, *op. cit.*, p. 48.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

Con la definición anterior la OCDE, lisa y llanamente establece la doble tributación jurídica, indicando además el objeto del gravamen de los impuestos directos considerados en la celebración de los Convenios Tributarios Internacionales, cuya incidencia es la renta y el patrimonio.

La Dra. Gracia Maria Luchena Mozo¹⁹ cita como doble imposición la existencia de dos o más potestades fiscales, o el pago de dos rentas.

Santiago Marzo, no identifica a la doble imposición con un concepto único normativo, sólo atribuye importancia a la trascendencia económica que ésta produce, “es suficiente el decir que es doble imposición internacional el gravamen de una misma capacidad económica en más de un Estado.”

Distingue también entre la doble imposición internacional económica y la jurídica:

- a) Existe doble imposición internacional jurídica, cuando una persona se le grava la misma capacidad económica por más de un Estado.
- b) Existe doble imposición internacional económica, cuando una misma capacidad objeto de gravamen grava a personas diferentes por más de un Estado.²⁰

La Dra. Luchena Mozo establece en forma más asequible que la doble imposición jurídica, tiene lugar cuando se grava una misma renta en varias legislaciones. Doble imposición económica, se produce cuando un mismo beneficio se grava en dos o más países a nombre de sujetos distintos.

En la presente investigación delimitamos nuestro objeto de estudio a la doble imposición internacional jurídica, por ser la regulada en los Tratados Internacionales para evitar la doble imposición.

2.4 Causas que produce la doble imposición

¹⁹ LUCHENA MOZO, Gracia María, “Impuesto Sobre la Renta de no Residentes”, Conferencia de fecha 25 de marzo de 2008 ofrecida en la Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, España.

²⁰ MARZO CHURRUCA, Santiago, *Curso básico de fiscalidad internacional*, Universidad Nacional a distancia, Madrid, 2002, p. 199.

El origen de la doble imposición internacional es debido a la libertad que posee cada Estado soberano para establecer tributos en sus legislaciones, sin ninguna limitante sistematizada por el Derecho Internacional.

En tal virtud los Tratados Internacionales cubren el vacío normativo internacional, y que a su vez se manifiesta en limitación sobre los Estados partes. Así tenemos que “como características propias de la eliminación de la doble imposición a través de los CDIs radica la coordinación jurídica de sistemas fiscales que el convenio permite articular.”²¹

La Dra. Luchena señala que la doble imposición se produce:

- a) Por la soberanía fiscal de los Estados y falta de principios del Derecho Internacional, y
- b) Por la diversidad de criterios para gravar la fuente.

Otro elemento que sumamos a los anteriores, consiste en que los Estados soberanos en forma unilateral establecen su sistema tributario en función a dos criterios:

- a) Personalista, por medio del cual se exige el pago de impuestos de acuerdo a los criterios de vinculación de los sujetos pasivos por su nacionalidad o residencia.
- b) Territorial, el Estado realiza el cobro de tributos en atención a las rentas que obtienen las personas dentro de su territorio.

Los criterios antepuestos constituyen la causa de la doble imposición, en razón de que no existe coordinación entre los Estados, situación que da nacimiento a la doble imposición por la “sujeción a gravamen de un mismo hecho imponible por más de un estado.”²²

Vistas las ideas preliminares, la doble imposición tributaria internacional, (consideramos que) se debe a la falta de armonización entre los Estados en establecer sus tributos, por las razones subsecuentes:

- a) Cuando el elemento subjetivo del hecho imponible es el mismo en diferentes Estados.

²¹ CALDERON CARRERO, José Manuel, “Métodos para eliminar la doble imposición”, *Convenios Fiscales Internacionales*, CISS, Valencia, 2005, p. 388.

²² MARZO CHURRUCA, Santiago, *op. cit.*, p. 197.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

- b) Cuando el elemento objetivo del hecho imponible, se absorbe en otro hecho imponible más amplio.
- c) Por las discrepancias en las legislaciones de la base imponible.
- d) Cuando dos Estados gravan la renta por criterios diferentes, pero emplean puntos de conexión diversos para adscribir las rentas a sus territorios.

La doble tributación internacional, se produce principalmente por la falta de coordinación entre los Estados partes, en la asignación de elementos que identifiquen la forma de tributar de los sujetos fiscales receptores del Convenio Tributario Internacional.

Esto se debe en muchas ocasiones a las diferencias intrínsecas que posee cada país en sus sistemas jurídico-tributario, al considerar definiciones en forma diversa, así como los hechos imposables que producen el nacimiento de obligaciones tributarias comunes.

Los criterios que prevalecen en cada legislación tributaria interna, -por el legislador fiscal-, marcan la diferencia específica para que se produzca la doble tributación.

Los países latinoamericanos como es el caso de México, los pilares que sostienen la estructura del sistema tributario, descansan en criterios económicos en atención a la estructura impositiva “basada en impuestos de producto o cedulares y a los movimientos de su balanza de pagos.”²³

2.5 Medidas para evitar la doble imposición internacional

Los Tratados Internacionales se traducen en medidas bilaterales para evitar la doble imposición internacional.

México ha sido uno de los países pioneros en crear un modelo de convenio para impedir la doble tributación internacional, en materia de patrimonio en 1943. Este convenio sirvió de precedente para el elaborado en Londres en 1946.

Estos acuerdos internacionales tienen como finalidad armonizar la legislación extranjera, promover inversiones, evitar el fraude, la evasión fiscal y la doble imposición mediante cláusulas especiales.

²³ *Ibíd.*, p, 47.

Se trata de acuerdos internacionales que tienen un rango jurídico especial, debido a su aplicación sobre la legislación tributaria interna, realizada de oficio por los Tribunales Económico-Administrativos, aunque dicha práctica no represente una fuente de soberanía para quienes los celebran.

Debemos destacar que los efectos que se producen con la doble imposición jurídica internacional, “es que una capacidad económica es objeto de un gravamen total superior al soportado por otras capacidades económicas”²⁴ es un trato inequitativo de los sujetos fiscales, que afecta sus capacidades económicas por mínimas que sean las cantidades económicas sobre las que recaen el pago de tributos.

El incumplimiento al principio internacional de la no discriminación entre las partes, da como resultado la falta de certeza jurídica a los sujetos fiscales receptores del pago de los tributos objeto del convenio.

Se puede considerar que esta falta de cumplimiento al principio de no discriminación (o bien la aplicación de normas tributarias que impliquen una doble imposición para los sujetos), puede traducirse en obstáculos para la celebración de actividades empresariales que traigan beneficios económicos para los países.

Para eliminar la doble imposición internacional jurídica se debe analizar su causa, “alterando la estructura de los hechos imponible, o bien utilizando la técnica de las exenciones, mediante la deducción de las cuotas tributarias de los impuestos satisfechos en otro país.”²⁵

La eliminación de la doble imposición puede hacerse a través de las siguientes medidas:

- a) En forma bilateral, cuando los países celebran el Tratado Internacional para renunciar a sus potestades tributarias.
- b) Por medidas unilaterales, que implica la renuncia a la tributación mediante su misma legislación en forma previa.

Ambas medidas tendrán como finalidad evitar la doble imposición internacional. La realizada por un convenio se puede entender que es *a posteriori*, una vez identificada la doble imposición internacional en las legislaciones tributarias respectivas, y también *a priori* para impedir que se produzca la doble imposición por conducto del convenio internacional.

²⁴ CALDERON CARRERO, José Manuel, *Métodos para eliminar la doble imposición*, op. cit., p. 198.

²⁵ *Ibídem*, p. 200.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

Las medidas unilaterales también pueden implicar las dos fases señaladas (para el caso del Convenio), serán *a priori* si con antelación a la celebración del convenio se adecua o reforma la legislación tributaria interna, y será *a posteriori* una vez creado el convenio, la legislación interna se adapta a él para cumplimiento de sus objetivos y se realice el desarrollo de las relaciones tributarias internacionales.²⁶

Acto seguido pasamos al estudio de la medida bilateral como eliminación de la doble imposición internacional.

2.6 Convenios para evitar la doble imposición internacional

Los países que siguen el modelo de la OCDE, para la celebración de los Tratados Internacionales y evitar la doble imposición, deben seguir la letra de su contenido, sin embargo es importante señalar que para obtener el máximo de los beneficios, en muchas ocasiones se requiere de su interpretación, por medio del procedimiento amistoso entre las partes.

En éste fase de aplicación del convenio, figura la participación de los órganos públicos de los Estados parte, cuando apunta el artículo 3º “siempre que el texto reclama la intervención de la autoridad competente es para aplicar e interpretar el convenio de éste.”²⁷ La autoridad competente recae generalmente en el titular de la Hacienda Pública del Estado, o en los delegados que al efecto se designen.

Los tratados internacionales para evitar la doble imposición, adquieren mayor injerencia en los sistemas tributarios internos; en razón de la concertación (vista en sus ordenamientos jurídicos) para su celebración. En virtud de las conveniencias económicas y políticas, que ello representa, pues los Estados definen su política fiscal interna en forma coyuntural a otras economías de Estados soberanos.²⁸

A *contrario sensu*, los tratados se convierten en limitantes a la actuación del ejercicio legislativo y ejecutivo del Poder Tributario, para lograr la “injerencia de

²⁶ Vid. CALDERON CARRERO, José Manuel, “Métodos para eliminar la doble imposición”, *Convenios fiscales internacionales*, CISS, Valencia, 2005, p. 389.

²⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ASESORES FISCALES, SECCIÓN DE FISCALIDAD INTERNACIONAL, *Fiscalidad internacional. Convenios de doble imposición. Doctrina y Jurisprudencia de los Tribunales españoles*, (años 2001-2002-2003), Ed. Thomson, Navarra, 2004, p.38.

²⁸ *Notas de derecho Financiero*, Seminario de Derecho Financiero de la Universidad de Madrid, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho, Vol. 2º, Madrid, 1976, p. 301 en ALMUDI CID, José Manuel, *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

otros Estados en el proceso de creación y de aplicación de las normas tributarias.”²⁹

La aplicación de los tratados internacionales para evitar la doble tributación, se observa como una extensión del derecho tributario interno a otros Estados, de acuerdo a su vinculación con el Texto Constitucional de cada país, cuyo referente normativo lo cita la Ley General Tributaria en su artículo 11, “ nada impedirá que el hecho imponible de determinados tributos que integran el sistema tributario español, afecte a hechos o circunstancias acontecidos en el extranjero, pero que presentan algún tipo de conexión con el Estado español.”

Por lo tanto estas relaciones internacionales inciden en la legislación tributaria interna y actos concretos de aplicación, “un Estado no está autorizado a ejercer jurisdicción sobre aquellas materias o personas sobre las que no tiene ningún contacto.”³⁰

La doble imposición internacional se tiene que eliminar en atención a los movimientos de capitales, tecnologías, personas y la expansión de relaciones económicas internacionales que permiten el sostenimiento de las economías nacionales.

Estos convenios presentan como objetivos principales:

- a) Eliminar en forma completa la doble imposición, tomando en cuenta las características de los correspondientes sistemas fiscales, para ser gravada sólo por un Estado o ambos en forma coordinada.
- b) Permitir una reducción de la doble imposición, con la renuncia a ciertos ingresos en sus funciones recaudatorias.
- c) Brindar mayor seguridad jurídica a los sujetos fiscales que se les aplica el convenio.
- d) Promover las relaciones económicas y comerciales entre las partes, e incrementar también las transacciones.
- e) Combatir el fraude internacional, por medio de supuestos normativos incluidos en las legislaciones tributarias.³¹

²⁹ GONZALEZ POVEDA, V., “Tributación de no residentes”, *La Ley*, Madrid, 1989, p. 301.

³⁰ JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *El Derecho Internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 217.

³¹ *Vid.* MONTOLYA LOPEZ, María del Prado, *op. cit.*, p 41.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

Como producto de las relaciones bilaterales internacionales, surge el método convencional para la eliminación de los efectos de la doble imposición en dichos tratados. Éste método se considera autónomo frente a los métodos unilaterales.

El método convencional presenta aspectos como los siguientes:

- a) Se aplica en función a las rentas y definiciones propias del convenio.
- b) Se enfoca al elemento objetivo y subjetivo
- c) Contempla la determinación de origen económico
- d) Opera sobre las medidas unilaterales de los Estados.
- e) Articula el sistema impositivo de los Estados.
- f) Resuelve problemas de interpretación.
- g) Constituye una garantía para la seguridad jurídica de los sujetos fiscales.³²

La Doctora María del Prado,³³ señala que no obstante la finalidad de los Tratados para evitar la doble imposición internacional, (prevean reglas para este fin), se producen los supuestos normativos que impliquen una doble imposición. El tratado en tal circunstancia, prevé la aplicación de métodos tradicionales para evitar la doble imposición internacional, tales métodos son a saber:

- a) Método de exención, implica que el gravamen a las rentas o patrimonio en el Estado de la fuente, estén exentas en el Estado de residencia.
- b) Método de imputación, reconoce el gravamen pagado por la renta o patrimonio tanto en el Estado de la residencia como en el de la fuente, aceptando las deducciones en éste último de los gravámenes efectuados por concepto de rentas o patrimonio en el primero.

Ahora bien, los métodos de imputación y exención para evitar la doble imposición internacional (como ya dijimos), tienen aplicación después del convenio. Pero recordando que el contenido del Convenio tiene como base las normas tributarias internas de cada Estado parte; y en el supuesto de que estas legislaciones (de cada país) cuenten con métodos o reglas para evitar la doble imposición, se podrán aplicar por conducto del tratado con antelación a los métodos tradicionales, para lograr la eficacia de los Convenios.³⁴

³² CALDERON CARRERO, José Manuel, *op. cit.*, p. 389.

³³ Vid. MONTROYA LOPEZ María del Prado, *op. cit.*, p. 58.

³⁴ En este orden, se puede considerar que los métodos para eliminar la doble tributación internacional se clasificarán a) Métodos del propio convenio, b) Métodos previos existentes en la legislación tributaria interna de cada país participante y c) Métodos de imputación y exención.

Los principios del Derecho Tributario Internacional y los trabajos realizados por la OCDE, para evitar la doble imposición internacional, son considerados al interior de la Comunidad Europea, “pues la línea adoptada por el TJCE se guía por la aceptación de los principios del Derecho internacional tributario, recogidos básicamente por el MCOCDE o prácticas aceptadas por la generalidad de los ordenamientos tributarios de los Estados miembros, como pueden ser los métodos para la eliminación de la doble imposición, de forma que las reglas del Derecho Tributario Internacional pueden constituir excepciones a la aplicación de libertades comunitarias.”³⁵

3. Consideraciones al convenio celebrado entre España y México para evitar la doble imposición internacional

El Convenio celebrado entre los países de México y España para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio, el 24 de julio de 1992 y ratificado el 24 de octubre de 1994, constituye un aporte más en el Derecho Tributario Internacional, para evitar además de la doble tributación, figuras contrarias a las normativas fiscales de cada Estado parte, como el fraude y la evasión fiscal.

Si trasladamos el contenido de los apartados ya analizados, (del presente trabajo de investigación) al Convenio celebrado por México y España (para eliminar la doble imposición en materia de renta y patrimonio); podemos considerar que se sigue el modelo de convenio establecido por la OCDE en el formato correspondiente al año 1977.³⁶

Con la entrada en vigor del presente Convenio, los sujetos fiscales obtendrán los beneficios relativos a los tributos objeto del mismo, en cuanto a sus actividades empresariales, prestación de servicios, bienes y utilidades.

³⁵ COLLADO YURRITA, Miguel Ángel, “Fuentes del Derecho Tributario Internacional,” en *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla la Mancha, Madrid, 2005, p. 23. El presente autor en la idea expuesta, coincide con los autores citados en su estudio: MARTIN JIMENEZ, A. J., “Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa. El caso Gilly”, *REDF*, núm. 102/1999, p. 292 y CALDERON CARRERO, J. M., “Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los convenios de doble imposición y el derecho comunitario europeo: ¿Hacia la “comunitarización” de los CDIS?”, *Documentos IEF*, núm. 4/2002, p. 5

³⁶ Por haberse emitido antes de las modificaciones realizadas al Modelo de convenio de la OCDE en 1992.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

Por otra parte se rompen los obstáculos y fronteras entre los sujetos fiscales de los Estados participantes, para que exista una mayor interrelación comercial internacional.

También se da cumplimiento en el Convenio citado, a los principios generales del Derecho Internacional y el Tributario.

Las normas tributarias de cada país por medio del tratado, permitirán la coordinación de los Poderes Tributarios español y mexicano, para evitar las distorsiones fiscales que puedan surgir por la reciprocidad en la tipificación de los hechos hipotéticos generadores del gravamen.

Siguiendo la estructura que marca el modelo de la OCDE, (para los Convenios Internacionales para evitar la doble tributación en materia de renta y patrimonio), se observa la regulación de los tributos, objeto del presente Convenio, derivados de las legislaciones española y mexicana:

Artículo 2º Impuestos objeto del convenio

Se aplica a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio que sean exigibles por cada uno de los Estados Contratantes, cualquiera que sea el sistema de su exacción.

Antes de enlistar los impuestos objeto del convenio, se precisa (en el mismo artículo 1º), el concepto de los impuestos sobre la renta y patrimonio, como los que:

Gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, así como los impuestos sobre las plusvalías.

De la cita anterior, podemos considerar que los impuestos nominativos que regula el Convenio como genéricos son: impuesto sobre la renta e impuesto sobre patrimonio, y los impuestos incluidos en los genéricos: impuesto sobre las ganancias por enajenación de bienes y los impuestos sobre plusvalías.

Los impuestos no genéricos pueden tener una naturaleza diversa a los genéricos, (regulados en las legislaciones fiscales de cada Estado), en función del tipo de gravamen, clasificación doctrinal y legislativa, con incidencia diversa en los sujetos fiscales. Situación que puede causar distorsiones en el momento de aplicación del Convenio, pues no se les define de manera explícita como los impuestos de renta y patrimonio.

Además, el elemento objetivo de los Convenios implica que los tributos deben ser descritos por las partes, así como establecer los tipos de impuestos y sus elementos.

Los Estados utilizan el método enumerativo de los impuestos sobre los que concretamente se aplica este Convenio:

- a. Para España:
 - El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
 - El Impuesto sobre Sociedades
 - El Impuesto sobre el Patrimonio
- b. Para los Estados Unidos Mexicanos:
 - El impuesto sobre la renta
 - El impuesto al activo

Como se aprecia, el conjunto de tributos que corresponden a la legislación tributaria española, gozan de un tratamiento distinto en su aplicación práctica, en razón de que el impuesto sobre patrimonio es un tributo cedido total a las Comunidades Autónomas, aunque posea naturaleza estatal. La cesión de dicho impuesto implica la intervención de autoridades fiscales distintas a las autoridades fiscales estatales, quizá en el sentido gramatical y literal de acuerdo al contenido del modelo de convenio OCDE, no implique algún problema, pues las Comunidades Autónomas también son autoridad competente para efectos de la OCDE.

Debido a las competencias normativas cedidas a las Comunidades Autónomas, (para las modificaciones de estos impuestos), pueden hacer regulaciones distintas -al tratamiento realizado a los impuestos controlados por el Poder Tributario Estatal,- pues al momento de la aplicación del Convenio, se produce una diversidad de criterios en atención a la autonomía que poseen (las Comunidades Autónomas) en materia tributaria.

Lo anterior, supone la creación de normas que requieran de una coordinación entre si, para establecer un denominador común, sobre todo si resulta necesario aplicar los métodos de interpretación, establecidos en la legislación tributaria interna. En estos casos el tratado deberá observar los Estatutos de Autonomía, en función de que las comunidades Autónomas, realizan la aplicación y administración de el Impuesto sobre el Patrimonio (de naturaleza estatal), cedido en sus legislaciones tributarias autonómicas.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

El presente Convenio también establece como objeto, los demás impuestos que posean una naturaleza similar o idéntica, se añadan a los actuales o los sustituyan, que se establezcan con fecha posterior a la celebración de este Convenio.

Las Autoridades competentes de los Estados Contratantes se comunicarán las modificaciones importantes que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales.

Sobre este particular señalamos, la falta de precisión (en el Convenio) de todos los impuestos sobre los que recaerá, pues se hace alusión a impuestos atípicos que pueden estar regulados en las legislaciones fiscales de las partes, o bien de aquellos impuestos que todavía no existen. En sentido estrictamente jurídico, lo más recomendable para los sujetos partes, es la inclusión de impuestos ya regulados en sus legislaciones tributarias internas.

Además, esta omisión provoca incumplimiento a la determinación del elemento objetivo del Convenio. Por contemplar tributos indeterminados. Además se tienen que considerar las normas supletorias internas de cada país, por medio de las normas del Derecho Común que suplen las lagunas y vacíos legales del Derecho Tributario.

Habría que considerar que de acuerdo al Derecho Común las partes de un contrato (tributario) no se podrán obligar sobre actos y hechos indeterminados. De esta forma el Convenio, al establecer en su contenido las normas tributarias internas de los Estados miembros, también debe incluir las correlaciones que este orden jurídico posea sistemáticamente al interior.

Para evitar estas distorsiones en los particulares, una medida recomendada sería incluir dentro del Convenio una cláusula especial, la que permita adicionar los demás tributos que sobrevengan a la firma del Convenio y que correspondan a la misma naturaleza.

Aunado a lo anterior, podemos decir que el Convenio adolece de los elementos que identifican a cada impuesto en sus respectivas legislaciones tributarias internas.

La adición de un tributo, posterior a su celebración Convenio, puede provocar falta de certeza jurídica para los sujetos fiscales.

En el caso de México los tributos objeto del convenio, son los Impuestos sobre la Renta y el Impuesto al Activo, los que poseen naturaleza federal.

Estos tributos no tendrían porque provocar ninguna distorsión en su aplicación, sin embargo en la actualidad el Impuesto al Activo (IMPAC), es sustituido en el catálogo fiscal en el presente año 2008, por el nuevo tributo denominado Impuesto Especial sobre Tasa Única, -IETU-, su naturaleza recae en operaciones mercantiles y bancarias, distintas a las actividades que gravaba el IMPAC; como son los activos de los contribuyentes obligados al pago del Impuesto sobre la Renta.

México al crear su sistema tributario en función de la fuente de riqueza y la balanza de pagos, marca una diferencia de origen con el sistema tributario español, que se construye en forma diversa, teniendo como denominador la residencia y movilidad de los sujetos fiscales. Estos elementos de fondo en cada sistema tributario siempre estarán presentes en toda relación tributaria internacional, pues son aspectos básicos para cada Estado y que tendrán repercusión jurídica y económica cuando se da la interrelación de normas tributarias, provocando con ello distorsiones en estas leyes hacendarias; con efectos negativos para el cumplimiento del objetivo del convenio para evitar la doble tributación y los obstáculos en las relaciones tributarias internacionales.

Sobre los métodos para la eliminación de la doble imposición, se refiere el artículo 23.

En este artículo se establecen los métodos que los Estados señalan para evitar la doble imposición.

1. En España la doble imposición se evitará, con las disposiciones aplicables contenidas en la legislación española, de la siguiente manera:

- a) Cuando un residente de España obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, con arreglo a las disposiciones de este Convenio, puedan someterse a imposición en México, España permitirá la deducción del impuesto sobre las rentas o el patrimonio de ese residente de un importe igual al impuesto efectivamente pagado en México.
- b) Los dividendos pagados a una sociedad residente de España, que sea la beneficiaria efectiva de los mismos, por una sociedad residente en México que no controle directa o indirectamente a una sociedad residente en un tercer Estado, ni sea controlada por una tal sociedad, se considerará que han

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

satisfecho en México un impuesto del 5 por 100 en el supuesto del párrafo 2.a) del artículo 10.

2. En lo que concierne a México la doble imposición se evitará, de acuerdo con las disposiciones aplicables contenidas en la legislación mexicana, de la manera siguiente.

- a) Los residentes en México podrán acreditar el Impuesto sobre la Renta pagado en España hasta por un monto que no exceda del impuesto que se pagaría en México por el mismo ingreso.
- b) Las sociedades que sean residentes en México podrán acreditar contra el Impuesto sobre la Renta a su cargo derivado de la obtención de dividendos, el Impuesto sobre la Renta pagado en España por los beneficios con cargo a los cuales la sociedad residente en España pagó los dividendos.

Los métodos contemplados para evitar la doble imposición en la legislación española son:

- a) Imputación parcial para el caso de rentas.
- b) Imputación total en el caso de patrimonio.
- c) Imputación de impuestos no pagados con medidas antielusivas en el caso de dividendos.
- d) Imputación de impuestos subyacentes para dividendos matriz-filial.

Mientras que la legislación mexicana contempla el método de:

- a) Imputación limitada para la renta.
- b) Imputación de impuesto subyacente para dividendos.

De la aplicación correcta de las disposiciones fiscales de estos países y el principio de colaboración recíproca, dependerá el empleo o no de los métodos que eviten la doble imposición.

Artículo 24 no Discriminación

El Convenio contiene el principio de la no discriminación, por medio del cual las partes se obligan a que:

- 1. Los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no

se exijan o que sean más gravosos que aquéllos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de este otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, particularmente en lo que concierne a la residencia.

2. Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no serán sometidos a imposición en este Estado de manera menos favorable que las empresas de este otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no puede interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

De esta forma el convenio tendrá que garantizar un trato no discriminatorio, o someter a un no nacional a un gravamen distinto que no este sujeto el nacional. Este tratamiento también se hace extensivo para los establecimientos permanentes, en no recibir un trato diferente en el otro Estado contratante, salvo en los casos que correspondan a los beneficios propios relativos a la calidad de nacional en su relación jurídico-política interna con su Estado de origen.

Para una mayor eficiencia del Convenio, se plantea en su contenido la atribución para las Autoridades competentes de los Estados contratantes en poder comunicarse directamente entre sí, con la finalidad de llegar a acuerdos prácticos sobre la aplicación del Convenio, incluyendo las consultas que puedan plantearse y que permitan unilateralmente establecer sus métodos, técnicas y procedimientos en la vigencia del Convenio, así como la aplicación del procedimiento mutuo.

Artículo 26 Intercambio de Información

El presente artículo señala a las Autoridades competentes de los Estados contratantes el deber de intercambiar información que sea necesaria para una mejor aplicación del contenido del presente convenio, o bien con relación a lo establecido en el derecho interno de los Estados contratantes relativo a los impuestos comprendidos, siempre y cuando no contravengan lo establecido en el Convenio.

De esta forma el intercambio de información entre los Estados los obliga a no:

- a) Acoger medidas administrativas que resulten contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado contratante.

Convenio internacional para evitar la doble tributación: breve acotamiento al acuerdo celebrado entre España y México

- b) Proporcionar información que no se pueda obtener por ser propia (en la base) de su legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal o del otro Estado contratante.
- c) Proveer datos que revelen un secreto comercial, industrial y profesional, así como procedimientos comerciales, cuya declaración sea contraria al orden público.

Conclusiones

Después de haber abordado los aspectos generales que permiten la concertación de Tratados Internacionales, teniendo como breve referente el convenio celebrado entre México y España, para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio; podemos enunciar las siguientes consideraciones:

1.Los Tratados Internacionales para eliminar la doble imposición internacional, como fuente del Derecho Tributario Internacional, constituyen un instrumento trascendente para el derecho tributario interno y el internacional, para la coordinación entre las legislaciones fiscales de los países partes.

2.Los Tratados internacionales para evitar la doble imposición jurídica internacional, representan un dique a la actuación soberana del Poder Tributario, en el diseño de sus estructuras normativas internas.

3.La puesta en vigor de un Tratado Internacional que tenga como finalidad eliminar la doble imposición, debe garantizar la seguridad jurídica de los sujetos fiscales.

4.Los Estados que signan los Convenios internacionales para evitar la doble imposición, con la finalidad disminuir el fraude, la elusión y evasión fiscal, incrementan en los obligados tributarios la legitimidad en sus instituciones fiscales y órganos públicos.

5.Los convenios tributarios internacionales, (en su aplicación interna), coadyuvan al fortalecimiento de las relaciones económicas y tributarias de los países participantes.

6

7.El Convenio signado por México y España, cumple en lo general, con los requisitos establecidos por la OCDE y los principios generales del Derecho Internacional y Tributario.

8. Este Convenio en lo particular, no cumple con las precisiones relativas al elemento objetivo integrador de los tributos que permitan la aplicación de los gravámenes sobre las rentas y patrimonios, sin distorsiones.

9. Se establecen como impuestos objeto del Convenio, tributos innominados o no existentes, que dan nacimiento a obligaciones tributarias indeterminadas, que traen una falta de certeza y seguridad jurídica para las partes. De esta forma el Convenio no cumple con uno de sus objetivos: garantizar la seguridad jurídica de los sujetos fiscales, vista ésta como elemento vinculante a evitar la doble imposición.

10. El Convenio, para el caso de España, al incluir tributos con un tratamiento diverso en su interior -debido a las competencias tributarias constitucionales y estatutarias,- se pueden producir distorsiones por la peculiaridad que guardan los impuestos en atención a las competencias tributarias de la autoridad estatal, regional y local. De esta forma, en los impuestos patrimoniales y de renta (del convenio), intervienen las legislaciones Estatal, Autonómica y Local. En el caso de México, al sólo contemplar el Impuesto sobre la Renta y el Impuesto al Activo (ya desaparecido a partir de enero del 2008), se delimita el campo de aplicación del Convenio a la legislación fiscal federal, por medio de los entes públicos correspondientes (Secretaría de Hacienda y Crédito Público -SHCP- y Servicio de Administración Tributaria -SAT-).

11. Al tratarse de sistemas tributarios distintos desde su origen, se puede provocar una asimetría en las relaciones tributarias internacionales, con relación a los efectos que se produzcan sobre la aplicación de los gravámenes objeto del presente Convenio, en el sentido de que España usa como base de su sistema fiscal la residencia y México la ubicación de la fuente.

12. Por otra parte, no se incluye en el contenido del Convenio, las obligaciones correlativas a los sujetos fiscales, en someterse al Derecho Comunitario originario y derivado, (aunque tal obligatoriedad resulte implícita para España como miembro de la Comunidad Europea, no siendo el mismo caso para México, que indirectamente y por medio del convenio signado, tiene el deber de observar dichas normas comunitarias).

13. En el caso de México no se hace mención a las reglas de carácter general contenidas en la Miscelánea Fiscal, que deben ser cumplidas por todos los contribuyentes, en forma conjunta a las reformas que se susciten cada año en los impuestos sobre renta y patrimonio.

Bibliografía

- Asociación española de asesores fiscales, Sección de fiscalidad internacional. *Fiscalidad internacional. Convenios de doble imposición. Doctrina y Jurisprudencia de los Tribunales españoles, (años 2001-2002-2003)*, Ed. Thomson, Navarra, 2004.
- CALDERON CARRERO, J.M., "Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los convenios de doble imposición y el derecho comunitario europeo: ¿Hacia la "comunitarización" de los CDIS?", *DOCUMENTOS IEF*, núm. 4/2002.
- CALDERON CARRERO, José Manuel, "Métodos para eliminar la doble imposición", *Convenios Fiscales Internacionales*, CISS, Valencia, 2005.
- COLLADO YURRITA, Miguel Ángel, "Fuentes del Derecho Tributario Internacional", *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla la Mancha, Madrid, 2005.
- DEL ARCO RUETE, Luis, *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1977.
- GARCIA PRATS, Francisco Alberto, "Armonización fiscal comunitaria," *Conferencia impartida en la Universidad de Castilla la Mancha*, Toledo, España, 12 de marzo de 2008.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico*, IVAP, Madrid, 1986.
- LUCHENA MOZO, Gracia María, "Impuesto Sobre la Renta de no Residentes", *Conferencia impartida en la Universidad de Castilla la Mancha*, Toledo, España, 25 de marzo de 2008.
- MANGAS MARTIN, Araceli, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- MARCHESSOU, Philippe, "Derecho Tributario Internacional y Derecho Tributario Europeo." Universidad Robert-Schuman, Estrasburgo. *Conferencia impartida en la Universidad de Castilla la Mancha*, Toledo, España, 13 de febrero de 2008.
- MARTIN JIMENEZ, A.J., "Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa. El caso Gilly", *REDF*, núm. 102/1999.
- MARTIN JIMENEZ, Adolfo J. y CALDERON CARRERO, José Manuel, "Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: Naturaleza, efectos e interpretación," *Convenios Fiscales Internacionales*, CISS, Valencia, 2005.
- MARZO CHURRUCA, Santiago, *Curso básico de fiscalidad internacional*, Universidad Nacional a distancia, Madrid, 2002.
- MONTOYA LOPEZ, María del Prado, "Los convenios para evitar la doble imposición internacional", *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*,

- Centro Internacional de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla la Mancha, Madrid, 2005.
- Notas de derecho Financiero*, Seminario de Derecho Financiero de la Universidad de Madrid, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho, vol. 2, Madrid, 1976, p. 301 en obra de ALMUDI CID, José Manuel, *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2005.
- PEREZ CALVO, Alberto, *Estado Autonómico y Comunidad Europea*, Ed.Tecnos, Madrid, 1993.
- PEREZ GONZALEZ, Manuel y PUEYO LOSA, Jorge, “Las Comunidades Autónomas ante el orden internacional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2002.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “La estructura compleja del estado y la atribución de competencias en el ámbito de las relaciones internacionales”, Artículo 149.1.3 de la Constitución, en ALZAGA VILLAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XI, Derecho Reunidas, Madrid, 1999.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, 10ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1993.
- Tratado Tributario Internacional (para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, y prevenir el fraude y la evasión fiscal) entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos celebrado en Madrid el 24 de julio de 1992 y ratificado el 27 de octubre 1994.

Reseñas

La turbulencia de los mercados globales

Rebeca Elizabeth Contreras López*

GREENSPAN, Alan, *La era de las turbulencias (Aventuras en un mundo nuevo)*, tr. Gabriel Dols Gallardo, Ediciones B, Crónica, Barcelona, España, 2008, 620 p.

Alan Greenspan (1926-) ha sido uno de los hombres más influyentes de los últimos tiempos. Fue Presidente de la Reserva Federal estadounidense durante más de 18 años.¹ Su libro *La era de las turbulencias* es autobiográfico y académico pero, sobre todo, es la historia del último siglo contada en primera persona. Greenspan ha sido testigo de apasionantes sucesos a partir de la Segunda Guerra; su formación como economista en una de las sociedades más influyentes del mundo y su posición cercana a diversos presidentes estadounidenses lo colocó en el centro de los debates y la toma de decisiones. En este libro atestigua los apasionantes torbellinos que ha vivido el mundo, al transformarse en una economía global de libre mercado. Hoy, más que nunca, este tema se encuentra en el centro del debate.

Afirma que esta obra tiene dos objetivos. Por un lado, como una retrospectiva de su propio aprendizaje. Por otro, un esfuerzo por conformar un marco conceptual aceptable para comprender la nueva economía global. Alan Greenspan es un capitalista convencido de los beneficios de esta forma de organización pero además ha sido uno de los pilares del capitalismo moderno estadounidense. Hay que señalar que asume una actitud humilde y objetiva a lo largo de su narración, reconoce sus debilidades ante la inmensidad de las turbulencias y la imposibilidad de “controlar” el mercado con perfecta clarividencia, lo que implica que de muchas de las decisiones que toman los líderes mundiales, las consecuencias son sólo vagamente perfiladas, ya que no tienen control sobre todos los aspectos involucrados en ellas.

* Investigadora nacional. Profesora de derecho penal y política criminal en la Universidad Veracruzana y la Universidad de Xalapa. Es investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

¹ La FED (Reserva federal estadounidense) es el banco central de Estados Unidos y se encarga de los sistemas electrónicos de pagos con operaciones de más de 4 billones diarios de dinero y valores entre bancos de todas partes del mundo. Es además, la encargada de fijar las tasas de interés.

Greenspan, el estudiante, desarrolla una metodología (a lo largo de los años) de análisis cuidadosos, a largo plazo, de indicadores individuales que, poco a poco, le permiten identificar el contexto global en que se ubican. Se reconoce a sí mismo como precursor de la econometría, más en la práctica que en la teoría. Y, posteriormente, como un actor preponderante de la macroeconomía. Narra su experiencia con *Arthur Burns*² que le abrió los ojos a la posibilidad de comprender y predecir la economía como un todo. Y narra así, el método que descubrió a los 25 años, para formar modelos certeros a partir de datos empíricos.

No se puede (o al menos yo no puedo) trazar modelos abstractos a partir de la nada. Hay que inferirlos de los hechos. Por mi cabeza no flotan abstracciones, desvinculadas de las observaciones del mundo real. Necesitan un ancla. Por eso me afano por desentrañar hasta la última observación o dato concebible sobre un suceso. Cuantos más detalles, más probabilidades tendrá el modelo abstracto de ser representativo del mundo real que pretendo entender (p. 51).

El libro inicia describiendo el impacto que le causó el 11-S y que le dio la pauta para comprender que vivimos en un mundo nuevo, en el que la economía capitalista global es “más flexible, resistente, abierta, autocorrectora y dinámica...” (p. 23). De ahí que, en algún momento, aluda a la teoría de sistemas sociales. Un mundo con enormes posibilidades pero también con tremendos desafíos. Es una historia, la de Greenspan, que nos permite comprender, aun a los más desentendidos, la magnitud de la crisis financiera global que estamos viviendo.

Podremos, o no, estar de acuerdo con su postura y con sus acciones, pero sin duda, hay que reconocer las lecciones que este libro deja para abordar temas diversos, y de primer orden, para el mundo de hoy. Es fascinante descubrir al ser humano, preocupado por los fundamentos de la vida y de los mercados. Así, Greenspan afirma:

Rara vez contemplamos de cerca la principal unidad operativa de la actividad económica: el ser humano. ¿Qué somos? ¿Qué parte de nuestra naturaleza es fija e inasequible a los cambios, y cuánta discreción y libre albedrío tenemos para actuar y aprender? Llevo a vueltas con esta pregunta desde que estuve en condiciones de formularla (p.29).

² Arthur Burns (1904-1987), economista, fue Presidente de la Reserva Federal, “co-autor de *La medición de los ciclos de negocios*, un estudio que muestra que las economías tienen flujos y reflujos que se pueden predecir y mejorar suavemente, sin grandes intervenciones. Esta posición fue la antítesis a las opiniones de la época del teórico económico dominante, John Maynard Keynes, quien abogó por el uso vigoroso de los controles gubernamentales”.

En http://c250.columbia.edu/c250_celebrates/remarkable_columbians/arthur_burns.html
Consultada el 28 de octubre de 2008.

Por ello es que los economistas son estudiosos de la naturaleza humana, sobre todo, de la euforia y el miedo, de la confianza, o de la pérdida de ésta. Este nuevo mundo tiene eventos temibles, desarraigos e inseguridades que implican cambios dolorosos. Por ello, Greenspan afirma que, “Se trata en verdad de una era de turbulencias, y sería imprudente e inmoral minimizar el coste humano de sus trastornos” (p. 31). A pesar de todo, el autor está convencido de los beneficios del capitalismo de mercado y la necesidad de liberalizar el comercio a escala global. Algo que no es obra de un grupo de personas sino de las condiciones mismas de la humanidad. En mi opinión, la reciente crisis, puede ser una forma autocorrectiva del propio sistema que ha caído en excesos y abusos que, en ocasiones, rayan en la inmoralidad (lo sorprendente es que no siempre son ilegales).

La primera parte del libro es interesante, llena de anécdotas personales y eventos históricos que, en el balance final, pierden peso ante la magnitud del análisis que Greenspan propone de los escenarios de la economía mundial. En esta parte va presentando a todos los hombres y mujeres que fueron influyentes en su formación personal y profesional. Destaca su admiración por *Ayn Rand*.³

En 1968, Greenspan se suma a la campaña presidencial de Richard Nixon y acepta la presidencia del Consejo de Asesores Económicos del presidente de Estados Unidos. En 1987, se convierte en presidente de la Reserva Federal, bajo la presidencia de Ronald Reagan. A lo largo de su mandato, por más de 18 años, la reserva adquirió cada vez más autonomía del ejecutivo norteamericano. Va contando las diversas crisis económicas en que se vio inmerso (algunas anteriores al fin de la guerra fría) y hace un recuento de los eventos históricos más importantes del siglo pasado. La caída del Muro de Berlín y las paradojas que se vivieron entre las dos Alemanias, la disolución de la Unión Soviética y el panorama de miseria y desolación que quedó al descubierto. Con ello, reflexiona sobre las dos formas económicas más influyentes de este período: La economía con planificación central y el libre mercado.

Nos comparte sus relaciones con diversos presidentes estadounidenses como Nixon, Ford, Reagan, los dos Bush y Clinton. Asimismo, aborda la crisis financiera mexicana de 1994 y las implicaciones de la aprobación de un préstamo de 40,000 millones que el Presidente Clinton logró y que, posteriormente, les dio una ganancia de 500 millones de dólares. Llama la atención que siempre el argumento

³ Ayn Rand (San Petesburgo 1905- Nueva York 1982), filósofa, desarrolló el sistema filosófico del objetivismo como la mejor forma de explicar el mundo, cuya expresión política es el capitalismo liberal. Es una fuente indispensable para entender el pensamiento económico liberal.
<http://www.liberalismo.org/articulo/295/38/cien/anos/despues/ayn/rand/> Consultado el 28 de octubre de 2008.

de estas ayudas financieras (como en los casos de migración o narcotráfico) son las repercusiones *para Estados Unidos*, no es la ayuda por sí misma sino cómo les afectaría el no ayudar.

Greenspan aborda aspectos fundamentales para entender la globalización como la euforia de los “puntocom” (1995) y los efectos de la revolución de la información. Se pregunta ¿Por qué tuvo la tecnología de la información un efecto transformador tan inmenso? (p. 191). Algunas respuestas son: a) Cambió el trabajo empresarial. b) La información instantánea modificó la planeación de la empresa y la cultura del consumidor. c) Aumentó la movilidad laboral.

El autor narra su discurso del 5 de diciembre de 1996, en donde aludía a sus temores del crecimiento desenfrenado del valor de los activos y, su sorpresa ante el impacto negativo que sus palabras tuvieron en los mercados. Afirma que él y la FED aprendieron una lección “no puede saberse cuándo un mercado está sobrevalorado y no se puede luchar contra las fuerzas del mercado [por eso] no subimos más los tipos, y nunca volvimos a intentar poner coto a los precios de las acciones” (p. 203).

Llamó mi atención la última fotografía, de la primera sección de fotos, donde Greenspan nos comparte que cada día guarda un tiempo para estudiar y reflexionar en privado. Después de comprender la magnitud de sus funciones, ese consejo tiene sentido.

En la segunda parte del libro, Greenspan se ocupa de lo que él llama “los universales del crecimiento económico” y va analizando aspectos diversos del mundo global. Reafirma que los derechos de propiedad garantizados por el Estado son claves para mejorar el crecimiento económico. Aunque reconoce que la búsqueda de beneficios económicos puede considerarse inmoral en algunas culturas, en occidente “la validez moral de los derechos de propiedad está aceptada” (p. 284) y es incluso transmitida de generación en generación. Asume así que el estado de derecho y los derechos de propiedad son los pilares institucionales del crecimiento económico y la prosperidad. Fundado en las ideas de Adam Smith destaca el papel de la iniciativa personal como detonante económico.

Refiere cifras oficiales de cómo los niveles de pobreza extrema y la tasa de mortalidad infantil se han reducido en el mundo en tanto que, los índices de escolaridad han crecido constantemente; aunque reconoce que para 2004 había 986 millones de pobres, según datos del Banco Mundial (p. 292). Greenspan habla las

protestas antiglobalización del abril de 2000 y transcribo su opinión porque me parece sumamente reveladora sobre su idiosincrasia particular.

Protestaban por lo que veían como depredaciones del comercio global aumentado, en especial la opresión y explotación de los pobres en los países en vías de desarrollo. A mí me apenaban, y me apenan, esos actos, dado que, si los manifestantes lograsen destruir el comercio global, los más perjudicados serían los centenares de millones de pobres del mundo, las mismas personas en cuyo nombre los manifestantes afirmaban hablar (p. 301).

Greenspan alude a las desviaciones del capitalismo: Los gobiernos inexpertos, populistas y autoritarios y los intermediarios o administradores voraces. Dice, “no todas las actividades emprendidas en los mercados son cívicas. Muchas, aunque legales, son decididamente sucias” (p. 313). Afronta la discusión sobre los grandes fraudes de compañías estadounidenses (como el caso de Enron y WorldCom) y las lecciones que dejaron.

Hace un recorrido por las principales economías del mundo y sus visiones económicas. Las más desarrolladas europeas y asiáticas pero también las de América latina y las llamadas economías emergentes, como China e India. En este recorrido, Greenspan afirma que la “lógica de la propiedad colectiva falló” (p. 337).

Dedica el capítulo diecisiete a Latinoamérica y el populismo, afirmando que esta región no ha sido capaz de desarraigar ese sentido populista a pesar de la prueba de su ineficacia. Precisa que,

El diccionario define <populismo> como una filosofía política que respalda los derechos y el poder del pueblo, por lo general en oposición a una élite privilegiada. Yo veo el populismo económico como la respuesta de una población empobrecida a una sociedad en declive, caracterizada por una elite económica a la que se percibe como opresora. Bajo el populismo económico, el gobierno accede a las exigencias del pueblo, sin parar mientes en los derechos individuales o las realidades económicas referentes a cómo se aumenta o siquiera se sostiene la riqueza de una nación (p. 376).

Alude a los sentimientos antiamericanos en la región y pone el ejemplo de Lázaro Cárdenas y la nacionalización del petróleo en México, a Hugo Chávez, en Venezuela; aunque dice que no todos los populistas toman decisiones negativas, como Lula Da Silva, en Brasil que lo sorprendió por sus acertadas decisiones económicas. Habla de la crisis argentina de 2002 y la gravedad de las consecuencias cuando las decisiones económicas son tomadas al amparo de dicho populismo. Asegura,

El populismo atado a los derechos individuales es lo que la mayoría denomina democracia liberal. El <populismo económico>, en el sentido que le dan la mayoría de los economistas, sin embargo, se refiere implícitamente a una democracia en la que el calificador <derechos

individuales> está en buena medida desaparecido. La democracia sin matices, en la que el 51 por ciento de las personas puede desentenderse legalmente de los derechos del restante 49 por ciento, conduce a la tiranía (p. 386).

Greenspan afirma que tiene dos preocupaciones sobre la posibilidad de conservar la inercia del crecimiento global. Una, las grandes concentraciones de ingresos que amenazan la estabilidad y armonía de las sociedades democráticas. Dos, la desaceleración de la propia globalización que llevaría a la reducción del crecimiento mundial y que ya se observa en las sociedades occidentales más desarrolladas.

En el libro también queda en evidencia la posición de Greenspan sobre la regulación y afirma que hay que prescindir de ella, aunque en la FED trató de no imponer su posición extrema y asumir un papel más bien pasivo. Sin embargo, sí enfatiza que el gobierno debe intervenir en la erradicación del fraude y la regulación con leyes en contra del fraude y la delincuencia organizada (p. 422).

Si revisamos las noticias y comentarios anteriores a la crisis del 2008 la mayoría de ellos reconocen el acierto de Greenspan al frente de la FED, hoy en día algunos dicen que “es el responsable de la crisis”, lo cual desde luego es exagerado, ya que son muchos los responsables, sobre todo por el exceso en que se incurre en el tema de los créditos. El 23 de octubre 2008, Alan Greenspan reconoce estar sorprendido del “tsunami crediticio” que no supo prever y señala que estuvo “parcialmente equivocado” al apostar todo a las regulaciones no gubernamentales.⁴

Después de leer el libro y revisar las reacciones en la web, me parece que es una lectura obligada para adentrarnos en el debate actual de la crisis económica. Lo que es importante recuperar es que Greenspan se muestra fiel a su perspectiva del mundo y de la economía a lo largo de su vida profesional, no por ello dicha visión es la mejor o la más acertada pero, sin duda, refleja una coherencia importante.

⁴ www.finanzas.com/noticias/economia/2008-10-23/55488_greenspan-atonito-tsunami-crediticio-sup.html Consultado el 28 de octubre de 2008.